

# Teil I: Recht und Geschlecht – theoretische Perspektiven



Dieser Teil versammelt Texte, die theoretische Perspektiven auf Recht, Arbeit und Geschlecht formulieren. Sie zeigen einerseits, welche Bedeutung feministische und queertheoretische Debatten (über Gleichheit, Differenz, Identität und Positionalität) für das Recht haben und reflektieren die grundsätzliche Frage, ob das Recht überhaupt ein geeignetes Medium ist, um gesellschaftliche Probleme sozialer Ungleichheiten und intersektionaler Diskriminierung feministischer zu adressieren.

Wer sich bisher noch wenig mit Recht und/oder Gender Studies beschäftigt hat, erhält mit dem ersten Text (der für Jurastudierenden geschrieben wurde) einen ersten Einblick in die Feministische Rechtswissenschaft. Anhand der Frage, »wozu braucht das Recht ›Geschlecht?« reflektiert er die Bedeutung der Kategorie »Geschlecht« im Recht. Dabei geht es vor allem um das Personenstandsrecht, das Antidiskriminierungsrecht und postkategoriale Ansätze gegen Diskriminierung. [Übrigens wurden die im Text kritisierten personenstandsrechtlichen Normen (§§ 21 I Nr. 3, 22 III PStG) mittlerweile auf Intervention des BVerfG geändert.]

Der Text zeigt, inwiefern Annahmen von Gleichheit und Differenz der Geschlechter zusammengehören, führt die Begriffe Intersektionalität und Heteronormativität ein und erläutert anhand des Begriffs der »Vergeschlechtlichung« die Ansätze poststrukturalistischer Gender Studies: »Geschlecht« kennzeichnet danach nicht Personen, sondern Praktiken und Handeln. Einige der Fragen, die hier angesprochen werden, insbesondere zur Auslegung und Anwendung des Begriffs »Geschlecht« im Antidiskriminierungsrecht, werden in Teil 2 des Buchs vertiefend behandelt.

Die beiden folgenden Texte sind theoretische Auseinandersetzungen mit der Frage, ob und wie das Recht einen geschlechterpolitischen Bias hat bzw. ob und wie es für eine Befreiung von patriarchaler Herrschaft und Macht entstehen kann.

Beim Text »Recht oder Nicht-Recht: Eine Wahl zwischen Gleichheit und Freiheit?« handelt es sich um eine Doppelrezension zweier Bücher, die für konträre Ansätze in der feministischen Rechtstheorie stehen. Es stellt sowohl Ute Gerhards gleichheitsorientierte Utopie von Recht, Verfahren, Institutionen und der Rolle des Staats vor, die der Kritischen Theorie verpflichtet ist, als auch Ratna Kapurs postkoloniale Kritik von Subjektkonstitutionen des Rechts, auf deren Grundlage diese ein spirituelles Verständnis von Freiheit entfaltet. Indem der Text diese beiden gegensätzlichen Perspektiven miteinander ins Gespräch springt, analysiert er die Ambivalenzen feministischer Rechtstheorie mit einem Blick

auf aktuelle Debatten und verschüttete Denktraditionen. Er macht auch darauf aufmerksam, dass beide Ansätze die Möglichkeiten des Antidiskriminierungsrechts nicht hinreichend ausloten.

Der Text »Geschlechterdifferenz und Staat« (erschienen 1999) skizziert den Stand einer ähnlichen theoretischen Debatte, fast 25 Jahre früher. Er setzt mit der Frage ein, wie öffentliche Kommunikations- und staatliche Entscheidungsprozesse Geschlecht (bzw., nach der damaligen Terminologie: gesellschaftliche Geschlechterverhältnisse) widerspiegeln. Mit Hilfe der Begriffe »Universalismus« und »Essentialismus« werden Debatten zum Verhältnis von Öffentlichkeit und Privatheit analysiert, und es wird auf die Nicht-Berücksichtigung von »Care« und Abhängigkeit als Grundkonstellation des Individuums aufmerksam gemacht. Auch dieser Text sucht in den gegensätzlichen Positionen das Verbindende.

Das Zusammenspiel dieser beiden Texte legt Kontinuitäten, Brüche und Traditionen der feministischen Rechtswissenschaft offen. Es zeigt die Notwendigkeit prozesshafter Verständnisse von Veränderung auf, wie sie in Teil 3 dieses Buchs für das Arbeitsrecht konkretisiert werden. Beide Texte setzen ihre Hoffnung in Konzepte »gleichwertiger Rechte« bzw. Konzepte des Diskriminierungsschutzes, die gesellschaftliche Reflektionsprozesse im Recht erleichtern könnten. Bereits hier geht es auch um die Frage, wie das Recht Teil gesellschaftlicher Prozesse sein kann, statt diesen gegenüberzustehen, eine Frage, die im Mittelpunkt des Textes »Objektivität und gesellschaftliche Positionalität« (Teil 4) steht.

# Geschlecht und Recht – Feministische Rechtswissenschaft

## Das Gerechtigkeitsversprechen des Rechts ernst nehmen (2017)

»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 z.B. 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>

1 BVerfGE 6, 84, 91.

2 Bundesregierung, Zweiter Gleichstellungsbericht, BT-Drs. 18/12840, S. 219 f.

3 Zum Begriff siehe unten A.II.

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

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. Feministinnen 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 im Recht also zusammen. Es stellt sich aber die Frage (»Streit um Differenz«<sup>7</sup>), ob es wirklich der Emanzipation dient, wenn man die Unterschiede zwischen Männern und Frauen betont, insbesondere behauptet, Frauen hätten durch eine Bindung an Familie, Kinder ein anderes soziales und kommunikatives Verständnis als Männer und verträten damit andere Werte.

- 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-Drs. 18/12840, S. 57 ff.
- 7 Benhabib/Butler/Cornell/Fraser, Der Streit um Differenz, 1993.

Denn solche Behauptungen sind ja selbst abstrakte »Stereotypen«, also pauschale Annahmen, die nur eingeschränkt etwas mit konkreten Menschen zu tun haben. Und selbst wo die Statistik Unterschiede zwischen Männern und Frauen anzeigt, haben diese weniger mit 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«.

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

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

10 Vgl. Krüper, in: Krüger, *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. 2013, § 4, Rn. 2; Rn. 7; vgl. auch Kocher, *RW (Rechtswissenschaft)* 2017, S. 153 ff; Baer, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. 2017, § 4, Rn. 155 ff.

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.

- 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. Gildemeister, in: Becker/Kortendiek, *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, 15, 30.



## 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 »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 und zeigen sich unterschiedliche Grundverständnisse.

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 sieben 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 handele 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

16 Sacksofsky, ZRP 2001, 413.

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

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 Sacksofsky, Querelles 2009, 191 ff; siehe auch Wrase/Klose, in: Foljanty/Lembke, 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.

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 erhalten 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 Dominierung stattfindet; Gleichbehandlungsrechte bzw. Diskriminierungsschutz sind insofern immer als Hierarchisierungsverbote zu verstehen.<sup>21</sup>

So lassen sich dann nicht nur formale Gleichbehandlungsgebote, sondern auch materielle Gleichbehandlung 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

20 Baer, Querelles 2009, 15, 32.

21 MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1991, S. 237 ff; MacKinnon, in: Nagl-Docekal/Pauer-Studer, *Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität*, 1996, S. 142 ff; Sacksofsky, *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 Sacksofsky, *ZRP* 2001, 413 zum Zusammenhang zwischen mittelbarer Diskriminierung und Dominierungsverbot; zu den Begriffen »formale/materielle« Gleichheit/Gleichbehandlung Schiek, *Einleitung*, Rn. 51 ff, in: Schiek, *AGG*, 2006.

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).

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>

In neuerer Zeit wird darüber hinaus diskutiert, inwieweit auch hierarchisierende Belästigung, Mobbing, Cyber Harassment und symbolische Abwertungen als Diskriminierung behandelt werden können.<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 würden – oder wenn Journalist\*innen im Internet wegen angeblich geschlechtsuntypischen Verhaltens mit Gewaltphantasien angegriffen werden.

## 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

24 BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeitsverbot).

25 BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeitsverbot); siehe auch 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 Cornell, in: Benhabib/Butler/Cornell/Fraser, Der Streit um Differenz, 1993, S. 80 ff; Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011.

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. Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, 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.

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.

## 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

32 Siehe insbesondere Grünberger, *Personale Gleichheit*, 2013; Bachmann, *ZHR* 2006, 144, 159; siehe auch Mangold, *Demokratische Inklusion durch Recht*, 2021.

33 Kocher/Wenckebach, *SR* 2013, 17.

34 Siehe schon Baer, *Würde und Gleichheit*, 1995.

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

Personenstandsrecht. 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 nun zwar 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, transgener 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 2017 beschlossenen Gesetz über die »Ehe für alle«<sup>39</sup> ist diese Notwendigkeit nun allerdings entfallen. Damit ist praktisch kein Rechtsbereich mehr übrig, in dem es zwingend darauf ankommt, welchem Geschlecht eine Person zugeordnet ist – jedenfalls personenstandsrechtlich ist die Zuweisung eines Geschlechts überflüssig.

## 2. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht

Umso problematischer wäre es, wenn ausgerechnet das Antidiskriminierungsrecht einen Hort der Heteronormativität darstellen würde. Art.

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

37 Das BVerfG entschied mit Beschluss vom 10. Oktober 2017 (1 BvR 2019/16), dass § 21 I Nr. 3 PStG insoweit verfassungswidrig war; § 22 Abs. 3 PStG lautet seit 2018: »Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe ›divers‹ in das Geburtenregister eingetragen werden.«

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

39 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20. Juli 2017, BGBl. 2017 I 2787 f.

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 »feministischen 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 jedenfalls 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 benachteiligten »-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

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 Biologisierungen der Geschlechtsdifferenz durch das BVerfG siehe auch Sacksofsky, *Querelles* 2009, 191, 192.

41 Baer, *KrimJour* 1996, 242; Kocher, *KJ* 1999, 182, 193 (in diesem Band S. 49 ff); Holzleithner, *KJ* 2008, 250, 252.

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

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

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 Opfern sexueller Gewalt können ausschließlich Polizistinnen eingesetzt werden;<sup>49</sup> Gleichstellungsbeauftragte dürfen unter bestimmten

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 C-5/12 (Betriu Montull); Kocher, *FS Eichenhofer*, 2015, S. 301 ff (in diesem Band S. 109 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.

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, 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 dann meist eine 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 jeweils Testosteron produziert/verarbeitet?<sup>53</sup> Oder soll es auf die Gene oder auch nur 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

50 BAG, AP Nr. 16 zu § 611a BGB.

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

52 Genauer zum Ganzen Kocher, KJ 2009, 386 (in diesem Band S. 85 ff).

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«).



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 die Erfahrung der 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>

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 (Hrsg.)), 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 A.Schmidt, in: Foljanty/Lembke, *Feministische Rechtswissenschaft*. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2012, S. 74 ff.

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

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> Feministische Jurist\*innen werfen auch hier die Frage auf: Geht nicht etwas Wesentliches verloren, wenn Rechtssubjekte allgemein 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

60 Siehe z.B. Lang, in: Kreisky/Sauer, *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 Young, S. 67 ff, in: Benhabib/Cornell, *Feminism as Critique*, 1987, S. 67 ff.

63 Benhabib, in: List/Studer, *Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik*, 1989, S. 454 ff; vgl. auch Sacksofsky, ZRP 2001, 413, 416.

64 Röwekamp, *Juristinnen*, 2005.

65 Pabst/Slupik, KJ 1977, 242; Valentiner (unter Mitarbeit von Bilawa/Beeck/Jacobs), *(Geschlechter)Rollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen. Eine hamburgische Studie*, 2017; Chebout/Gather/Valentiner, *djBZ* 2016, 190 ff; siehe auch den Blog »Juristenausbildung – üble Nachlese«, <https://juristenausbildung.tumblr.com/>.

Durchschnitt mit signifikant und unerklärlich schlechteren Examensnoten verlassen als Studenten.<sup>66</sup>

Wer dann mehr über die Hintergründe wissen will, dem seien die Fachzeitschrift »Streit« oder das Studienbuch »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 zu ändern/kritisch zu schärfen. Auf [www.feministischer-juristinnentag.de](http://www.feministischer-juristinnentag.de) erfahren Sie, wie Sie an jedem 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 doch 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?

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

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

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

# Recht oder Nicht-Recht: Eine Wahl zwischen Gleichheit und Freiheit?

## Eine Doppelrezension zum Stand der feministischen Rechtstheorie (2020)<sup>1</sup>

Zwei feministische Autorinnen haben 2018 Bücher vorgelegt, die die Rolle des Rechts für Gleichheit und Freiheit mit sehr unterschiedlichen Perspektiven, theoretischen Hintergründen und Zielrichtungen behandeln: Während Ute Gerhard eine Utopie von Recht, Verfahren, Institutionen und der Rolle des Staats entfaltet, die der Kritischen Theorie verpflichtet ist, entwickelt Ratna Kapur ein spirituelles Verständnis von Freiheit vor dem Hintergrund einer postkolonialen Kritik von Subjekt-konstitutionen des Rechts. Ich nehme dies zum Anlass für eine Analyse der Ambivalenzen feministischer Rechtstheorie und versuche im Folgenden, die beiden Ansätze mit einem Blick auf aktuelle Debatten und verschüttete Denktraditionen in ein Ferngespräch miteinander zu bringen.

### 0. »Invoking Justice« in Tamil Nadu

Um die Ambivalenzen zwischen beiden Ansätzen anschaulicher machen zu können, sei ein Beispiel für feministische Arbeit mit dem Recht an den Anfang gestellt. Der Dokumentarfilm »Invoking Justice« (der anlässlich eines Besuchs von Ratna Kapur in Berlin gezeigt wurde) stellt die Arbeit von »STEPS« vor, einer Organisation muslimischer Frauen in Tamil Nadu (Südindien), deren Gründung auf das Jahr 2004 zurückgeht.<sup>2</sup> Der Film zeigt unter anderem den Fall eines Ehepaars, dessen Tochter

1. Zugleich Besprechung von: Ute Gerhard, Für eine andere Gerechtigkeit. Dimensionen feministischer Rechtskritik, Frankfurt a.M./New York (Campus) 2018, 403 S.; Ratna Kapur, Gender, Alterity and Human Rights. Freedom in a Fishbowl, Cheltenham (Edward Elgar Publishing) 2018, 328 S.
2. Regisseurin: Deepa Dhanraj. Weitere Informationen über die Organisation: Sharifa Khanam (STEPS), The Tamil Nadu Muslim Women's Jamaat: Who Are We And What Do We Do?, 2019 <http://mazedfilm.de/wp-content/uploads/2019/02/khanum.pdf> (Abruf 8.5.2020); vgl. Nadja-Christina Schneider, Islam und Gender in Indien. Perspektiven der Geschlechtergerechtigkeit in der Minderheitensituation, in: Susanne Schröter (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit durch Demokratisierung? Transformationen und Restaurationen von Genderverhältnissen in der islamischen Welt, 297–318 (310 ff.).

nach der Heirat in die Familie des Mannes aufgenommen worden war, von dieser misshandelt und nach einem Streit von den Schwiegereltern verbrannt, also ermordet wurde. Der entstehende Konflikt zwischen den beiden muslimischen Familien wurde im Dorf vom Jamaat, dem örtlichen außerstaatlichen muslimischen Streitschlichtungs- und Rechtsprechungsmechanismus auf der Basis von Sharia-Recht verhandelt.<sup>3</sup> Als der örtliche Jamaat die Anliegen der Eltern nicht ernst nahm, wandten diese sich an die Frauen von STEPS, die in vielen Einzelgesprächen das Anerkennen erreichen konnten, dass hier Unrecht geschehen sei. STEPS hatte sich als »Frauen-Jamaat« gegründet und erfunden, um den ausschließlich mit Männern besetzten herkömmlichen Jamaats etwas entgegenzusetzen. Trotz vehementen Widerstandes, insbesondere durch diese Jamaats, hatte die Organisation zum Zeitpunkt des Erscheinens des Films bereits über 8.000 Fälle bearbeitet und entschieden.

Solche Praktiken fordern die feministische Rechtstheorie heraus. STEPS versteht sich als Frauenrechte-Organisation. Da sie innerhalb eines rechtspluralistischen Kontextes agiert,<sup>4</sup> hat sie beständig Widersprüche auszubalancieren: Einerseits entwickelt sie einen eigenen Zugang zum religiösen Recht, auf der Basis feministischer Interpretationen des Korans. Andererseits interagiert sie mit staatlichen Rechtsverfolgungsorganen und macht von den im indischen staatlichen Recht bestehenden Rechtspositionen Gebrauch. Ohne explizit Rechte auf Gleichbehandlung einzufordern, verhandelt STEPS letztlich Fragen der Bedeutung des Rechts für »weibliche Freiheit«<sup>5</sup> und der Geschlechtergleichheit. Die Organisation bewegt sich in ihrer Praxis in genau dem Spannungsverhältnis zwischen dem feministischen »Anderen« des Rechts und der Nutzung von Gleichheitsrechten, das auch den Gegensatz zwischen den Büchern ausmacht, die ich im Folgenden diskutiere: Während Ratna Kapur in »Gender, Alterity and Human Rights« eine feministische Kritik der Menschenrechte aus postkolonialer Perspektive präsentiert, der es vor allem um Freiheit geht, tritt Ute Gerhard mit der westeuropäischen feministischen Rechtskritik »für eine andere Gerechtigkeit« ein. Um es kurz auf den Punkt zu bringen: So optimistisch Ute Gerhard im Hinblick auf die Angebote des Rechts für den Feminismus ist, so pessimistisch ist Ratna Kapur. Der Kontrast zwischen beiden Ansätzen verdeutlicht die

3 Zu diesen rechtspluralistischen Konstellationen siehe z.B. Katherine Lemons, *Sharia Courts and Muslim Personal Law in India: Intersecting Legal Regimes*, *Law & Society Review* 52/3 (2018), 603–629.

4 Genauer dazu Lemons, aaO; Tanja Herklotz, *Law, Religion and Gender Equality: Literature on the Indian Personal Law System from a Women's Rights Perspective*, *Indian Law Review* 2018, 250–268.

5 Vgl. *Libreria delle donne di Milano*, *Wie weibliche Freiheit entsteht*, 1988. Eine Begründung, weshalb dieser Begriff hier gut passt, findet sich unten bei Fn. 37 ff.

Ambivalenzen, die Recht und subjektive Rechte aus einer feministischen Sicht aufweisen. Am Ende stellt sich die Frage nach den utopischen Potenzialen des Rechts.

## 1. Ute Gerhard: »Eine andere Gerechtigkeit«

### a) Überblick/Zusammenfassung

Ute Gerhard blickt in »Eine andere Gerechtigkeit« auf ihre eigene theoretische und wissenschaftliche Entwicklung zurück und bietet damit einen ausgezeichneten Ein- und Überblick über die Denkweisen feministischer Rechtskritik im Westeuropa der vergangenen fünfzig Jahre – allerdings mit einigen interessanten Lücken.

Ute Gerhard ist Juristin, Soziologin und Historikerin. Sie war von 1987 bis 2004 Professorin für »Soziologie mit dem Schwerpunkt Frauen- und Geschlechterforschung« und damit die erste interdisziplinär arbeitende Geschlechterforscherin an einer deutschen Universität, die sich systematisch nicht nur mit Geschichte und Theorie des Feminismus, sondern auch mit Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Europäischer Sozialpolitik auseinandergesetzt hat. 1997 gab sie den Anstoß zur Gründung des Frankfurter Zentrums für Frauen- und Geschlechterforschung.<sup>6</sup> Ihre Dissertation »Verhältnisse und Verhinderungen« von 1978 wurde ein »Schlüsselwerk der Geschlechterforschung«;<sup>7</sup> auch ihre 1990 erschienene Habilitation »Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht« ist ein Klassiker der feministischen Rechtsforschung in Deutschland. Ute Gerhard hat also die deutsche und westeuropäische feministische Rechtsforschung seit Ende der 1980er Jahre entscheidend mitgeprägt, und das aktuelle Buch spiegelt dies wider, indem es die Auseinandersetzungen, die feministische Bewegungen in Deutschland und Europa im 20. Jahrhundert um Recht geführt haben, prägnant zusammenfasst.

So zeichnet Gerhard die Entwicklung der Menschen- und Gleichheitsrechte (S. 97 ff.) und das Verhältnis des Feminismus zum Wohlfahrtsstaat (S. 88 ff., 287 ff.) ebenso nach wie auf der theoretischen Ebene die Paradoxien in den Forderungen nach Gleichheit einerseits und Anerkennung von Differenz andererseits (S. 90 ff.), denen Gerhard nicht nur bereits

- 6 »Cornelia Goethe Centrum für Frauenstudien und die Erforschung der Geschlechterverhältnisse« an der Universität Frankfurt am Main; Information auf <http://www.cgc.uni-frankfurt.de/das-centrum/geschichte/> (8.5.2020).
- 7 Martina Löw/Bettina Mathes (Hrsg.), Schlüsselwerke der Geschlechterforschung, Wiesbaden (VS Verlag für Sozialwissenschaften) 1997.

ihre Habilitation, sondern auch einen debattenprägenden Sammelband<sup>8</sup> gewidmet hat. Ein Schwerpunkt liegt auf dem »public-private-divide« in seiner Entwicklung und Vieldeutigkeit. Um z.B. die Bedeutung des Privat- und insbesondere des Familienrechts für Geschlechtergerechtigkeit herauszuarbeiten, erläutert Gerhard, wie sich im 18. und 19. Jahrhundert in europäischen Rechtsordnungen ein Verständnis der bürgerlichen Familie als Keimzelle des Staates durchsetzt und im Familienrecht zu einer Art »Sonderrecht für Ehefrauen« führt (S. 184 ff.). Der »Kampf um das Frauenwahlrecht« wird für Deutschland und England dargestellt (S. 191 ff.). Darüber hinaus erläutert sie, wie Politik und Recht zum Dauerthema »Müttererwerbstätigkeit« widersprüchliche Botschaften senden (S. 294 ff.). Dass das Europarecht zum Katalysator des Gleichstellungsrechts werden konnte, begründet Gerhard mit einer »provokierende[n] These«: »Das zu Recht beklagte demokratische Defizit in der Regierungsgestaltung und bei den Entscheidungen der EU hat der Verbesserung der Rechtsstellung von Frauen eher genützt als geschadet« (S. 245). Unter der Überschrift »eine neue Geschlechterordnung« (S. 310 ff.) beobachtet Gerhard schließlich, dass sich rechtlich und gesellschaftlich ein erweiterter Familienbegriff durchgesetzt habe, der an die »realen Lebensverhältnisse« anknüpfe.

Gerhards Darstellung kulminiert in der Vorstellung eines Konzepts von »Care« als gesellschaftskritischem Entwurf und feministischer Vision dafür, »wie Liebe und Recht als ›Fürsorglichkeit‹ und in Verantwortung füreinander gleichberechtigt gelebt werden können« (S. 320). Diese Vision konfrontiert sie mit gesellschaftlichen Wirklichkeiten wie den »global care chains«, d.h. der Übernahme von Sorgearbeit durch marginalisierte und prekär beschäftigte Migrantinnen (S. 321 ff.).

## b) Eine westeuropäische Utopie des Rechts

Das Buch zeichnet sich durch die Verbindung von normativen Überlegungen und empirischen Analysen aus, wobei ein Schwerpunkt auf politik- und geschichtswissenschaftlichen Fragestellungen liegt; sozioökonomische Aspekte oder kulturwissenschaftliche Analysen spielen allenfalls am Rande eine gewisse Rolle. In der Sache konzentriert es sich auf die Darstellung der politischen und Rechtssetzungsprozesse sowie der wissenschaftlichen Debatten. Gerhard geht es vor allem um die utopischen und normativen Potenziale des Rechts. Der Anspruch, »Dimensionen feministischer Rechtskritik« aufzufächern, wird deshalb nur insoweit eingelöst als konkrete Regelungen kritisiert werden.

8 Vgl. das für die Debatte in Deutschland wichtige Buch von Ute Gerhard/Mechtild Jansen/Andrea Maihofer/Pia Schmid/Irmgard Schultz (Hrsg.), *Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht*, 1990.

Der Klappentext fasst insofern gut zusammen, was die konzeptionelle Grundlinie der Darstellung ausmacht: Recht sei ein »Spiegel gesellschaftlicher Machtverhältnisse, zugleich eröffnet es Wege, diese Verhältnisse zu verändern.« »Rechte müssen im jeweiligen Kontext erkämpft, verteidigt und neu verhandelt werden.« Eine weitere Funktion von Recht wird im Kontext der Menschenrechte angesprochen: »Die Menschenrechte sind ein Sprachrohr für diejenigen, die Unrecht erfahren haben« (S. 97 ff.), eine »Instanz des Sprechens«, das Unrechtserfahrungen zum Ausdruck bringen könnte (S. 127 ff. – die Formulierung ein Zugeständnis an kulturosoziologische Ansätze).

Da Ute Gerhard das Recht sowohl als Befreiungs- als auch Herrschaftsinstrument sieht, aber die Eigendynamiken, Logiken und Funktionsweisen des Rechts nicht systematisch hinterfragt, hält sie die Tatsache, dass (»erst recht weltweit«) die Mehrheit der Frauen prekär, in ökonomischer Abhängigkeit und bedroht von Gewalt lebt, vor allem für ein Problem mangelnder Durchsetzung von Rechten (S. 8 ff.). Mit seinem recht ungebrochenen Fortschrittsdenken steht das Buch in bestimmten Traditionslinien der Kritischen Theorie.<sup>9</sup> Bei der historischen Darstellung von Frauenbewegung, Feminismus und Geschlechterpolitik in der Bundesrepublik (S. 19 ff.) geht es auch bildlich um Schritte nach vorn, Rückschritte, »Verspätung« und »nachholende Entwicklung« (S. 20). Die Tatsache, dass die im Buch behandelten komparativen Studien sich »nur auf west- und teilweise südeuropäische Familienregime« beziehen,<sup>10</sup> wird zwar thematisiert (S. 291), und Gerhard bedauert, die Transformationsgesellschaften Ost- und Mitteleuropas nicht berücksichtigt zu haben.<sup>11</sup> Die beiläufige Bemerkung, die UN-Frauenrechte-Konvention CEDAW folge »dem Leitbild der westlichen ›modernen‹ Kleinfamilie« (S. 110), bleibt aber letztlich ohne Folgen für die Analyse, die im Ganzen einen westlichen, universalistischen Liberalismus fortschreibt – und schon deshalb keine Antworten auf die Fragen hat, welche die eingangs erwähnten Praktiken von STEPS aufwerfen.

- 9 Zu diesen Traditionslinien kritisch Amy Allen, *The End of Progress. Decolonizing the normative foundations of Critical Theory*, 2015.
- 10 Bei den ausführlichen historischen Analysen der Ehegesetzgebungen werden das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (147 ff.), der französische Code Civil (154 ff.), das österreichische ABGB (160 ff.), das gemeine und kirchliche Recht (163 ff.), das englische (170 ff.) und amerikanische Common Law (175 ff.), das russische (179 ff.) und das skandinavische Recht (182 ff.) behandelt.
- 11 Die ostdeutsche Frauenbewegung wird für die Zeit um 1989 einbezogen (35).



## c) Care: im Namen von Frauen

Geradezu frappierend ist auch, wie wenig explizit sich das Buch auf einige der aktuelleren feministischen Debatten bezieht. Zu jüngeren Bewegungen, die unter anderem Fragen von sexualisierter Gewalt wieder auf die Tagesordnung gebracht haben (#aufschrei, #metoo), heißt es u.a. skeptisch (S. 73): »Die Frage bleibt, wie nachhaltig sie wirken können.« (Das ist natürlich immer die Frage.) Die schwierigen feministischen Debatten um Identität und Intersektionalität, die auch im und über das Antidiskriminierungsrecht verhandelt werden, scheinen allenfalls implizit und als Gegenposition auf, etwa wenn Gerhard gegen nicht ausdrücklich benannte Positionen darauf besteht, dass ein »Sprechen im Namen von Frauen« möglich sein müsse (S. 72). Am Ende nutzt sie für ihr Bekenntnis zu »Care« zwar ein Zitat von Chantal Mouffe – »für ein pluralistisches, multiples und dynamisches Modell, das davon ausgeht, dass jeder und jede Einzelne in vielfältige soziale Beziehungen bzw. in ein Ensemble von ›Subjektpositionen‹ eingebunden ist« – jedoch nicht, ohne sich gleichzeitig auch irgendwie wieder davon abzugrenzen: »[...] die Anerkennung der Pluralität darf nicht zu Beliebigkeit und Indifferenz führen.« (S. 246).

Gerade in diesen Lücken spiegelt Ute Gerhards Überblick sowohl die Stärke wie auch die Schwäche der zweiten Welle der Frauenbewegungen und des westeuropäischen Feminismus in ihrem Verhältnis zum Recht. Sie wurden durch die Debatten der 1980er und 1990er Jahre über Differenz und/oder Gleichheit der Geschlechter geprägt, und Ute Gerhard hat sich damals (und seither) immer für feministische Gleichheitspositionen eingesetzt, das heißt explizit gegen Vorstellungen »weiblicher« Werte und Differenzfeminismen gewandt. Umso interessanter ist es, wie sie in ihren Vorstellungen für ein »Konzept fürsorglicher Praxis« als Schlüsselkonzept einer zukunftsfähigen europäischen Sozialpolitik nun produktiv an die aktuell höchst relevante Debatte um »Care« als neuen gesellschaftskritischen Entwurf anknüpft. In ihm sollten Liebe und Recht, Freiheit und Gerechtigkeit vereinbar werden. Inwiefern dieses Konzept über die frühere Entgegensetzung von Differenz- und Gleichheitsansätzen hinausweist, wird in ihrem Buch leider nicht ausdrücklich angesprochen. Sie erinnert stattdessen an die Debatten um einen erweiterten Arbeitsbegriff, wenn sie die Notwendigkeit der Um- und Neuorganisation der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung betont, und wählt für »Care« einen Ansatz, der letztlich auf der Basis von Gleichheitsrechten konzeptioniert ist: »Care« müsse als soziales Bürgerrecht und Menschenrecht sowohl für Pflegende wie für Gepflegte gewährleistet werden (S. 340 ff.).

## 2. Ratna Kapur: »Freedom in a fishbowl«

### a) Überblick/Zusammenfassung

Auch Ratna Kapurs Buch handelt vordergründig von Recht als Instrument politischer Herrschaft. Aus einer konsequent postkolonialen und subjekttheoretischen Perspektive kommt sie aber nicht nur zu anderen Themen, sondern auch zu ganz anderen Ergebnissen als Ute Gerhard: Mehr Rechte für Frauen hätten nicht mehr Freiheit und Gleichheit gebracht, sondern mehr moralische Überwachung und Regulierung (S. 228).

Ratna Kapur hat in Cambridge (GB) und Harvard (USA) Jura studiert, in Indien als Rechtsanwältin gearbeitet und war Professorin an der Jindal Global Law School in Indien, bevor sie zur Queen Mary Universität nach London kam, wo sie heute lehrt. Sie ist eine Aktivistin der indischen feministischen Bewegung; fast 20 Jahre lang (1995–2012) leitete sie das Centre for Feminist Legal Research in New Delhi. Sie engagierte sich z.B. im Verfahren vor dem indischen Supreme Court gegen die Kriminalisierung von Homosexualität – mit Erfolg: Im September 2018 wurde Sec. 377 des indischen Strafgesetzbuchs, eingeführt zur Zeit der britischen Kolonialherrschaft, für verfassungswidrig erklärt.<sup>12</sup>

In »Gender, Alterity and Human rights« beschreibt sie mit dem Bild des Goldfischglases aus dem Untertitel des Buches (»Freedom in a fishbowl«) die Grenzen eines Macht- und Herrschaftssystems, in dem wirkliche Freiheit nicht möglich werden könne. Rechte seien – auch und gerade wenn sie verwirklicht werden – mit Verfahren, Prozessen, Regierungs- und Herrschaftstechniken verbunden, in denen radikale Substrate des Rechts verschwänden (S. 78). So seien Gender und Feminismus in der Vergangenheit wiederholt »kooptiert« worden, um den politischen Zielen des Imperialismus und Kolonialismus zu dienen (S. 89; 109). Aufgrund dieser historischen und aktuellen Erfahrungen bezweifelt Ratna Kapur, dass Rechte jemals eine »authentisch gegenhegemoniale Rolle« spielen könnten (S. 75).

Kapurs Analyse startet im ersten Kapitel mit der These, dass der Diskurs um Rechte mit »Avataren des Subjekts« arbeite (S. 40 ff.). Die Konstruktion des autonomen und erfolgreichen Subjekts stehe entsprechenden Konstruktionen von verletzlichen Subjekten einerseits sowie bedrohlichen Subjekten andererseits gegenüber, und diese Konstruktionen begrenzten, was Recht erreichen könne.

In den folgenden drei Kapiteln wird diese These für drei spezifisch vergeschlechtlichte Subjektstrukturen im Einzelnen ausgeführt. Im

12 Navtej Singh Johar & Ors. versus Union of India, W. P. (Crl.) No. 76 of 2016. Zu diesem Urteil siehe unten Fn. 15. Zur Vorgeschichte Kapur, 55 ff.

zweiten Kapitel geht es um »prekäre sexuelle Subjekte« und Rechte für queere Menschen. Hier zeigt sie, wie mit Entkriminalisierung und Re-kriminalisierung der Homosexualität in Indien eine komplexe »Governance«<sup>13</sup> entstand, die queere Menschen mit Hilfe des Rechts oder der Rechte-Forderungen in einer globalen schwul-lesbischen Identität normalisiert habe. Das Narrativ des »coming out« verorte Sexualität vor allem in einer Dialektik von Sichtbarkeit und Unsichtbarkeit und vernachlässige damit Gefahren von Sichtbarkeit (S. 67). Im dritten Kapitel (»the gendered subject«) erläutert sie den Umgang des Rechts mit sexualisierter Gewalt gegen Frauen am Beispiel der medialen Debatten um die Kölner Silvesternacht 2015/16, die sexualisierte Gewalt gegen Frauen rassistisch konstruierten.<sup>14</sup> Sie nennt Beispiele aus Indien, in denen feministische Proteste gegen Gewalt und entsprechende Rechte-Forderungen letztlich zu einer Stärkung staatlicher Sicherheits-Governance geführt hätten. Im vierten Kapitel taucht die Figur des weiblichen »Anderen« und damit erstmals der Begriff der »alterity« aus dem Titel des Buchs auf. Am Beispiel von Debatten um Geschlechtergleichheit und das muslimische Kopftuch (die sie u.a. anhand der entsprechenden Rechtsprechung des EGMR darstellt) zeigt sie, wie die »Entschleierung« zur Governance werde – und erinnert z.B. daran, dass die »Befreiung der afghanischen Frau« durch die USA dadurch symbolisiert wurde, dass die US-amerikanischen Truppen durch unverschleierte Frauen willkommen geheißen wurden (S. 137).

## b) Die Grenzen der Methode

Die Herangehensweise von Kapur ist vom Poststrukturalismus Michel Foucaults und Judith Butlers geprägt, von einer macht- und subjekt-theoretischen, konstruktivistischen Analyse von Gender und Sexualität (S. 90 ff.), verbunden mit einer Absage an dualistische Vorstellungen von Geschlecht (S. 95). Recht ist hier Disziplinierung bzw. eine spezifische Weise von Herrschaft (»Governance«). Und gezeigt wird das nicht in erster Linie an konkreten rechtlichen Positionen, Verfahren und Regulierungen, sondern unter Berufung auf Literatur und Autoritäten, auf Bücher, Geschichten, Filme oder künstlerische Arbeiten. Zum Teil

- 13 Zu Begriff und Kritik des »Governance-Feminismus« siehe Janet Halley/Prabha Kotiswaran/Rachel Rebouché/Hila Shamir, *Governance Feminism: An Introduction*, Minneapolis (University of Minnesota Press) 2018 (rezensiert von Serena Natile/Silvana Tapia Tapia, *Law&Society Review* 52 [2018], 1106–1111, und von Elisabeth Holzleithner, *KJ* 2018, 378–384).
- 14 Vgl. Sabine Hark/Paula-Irene Villa, *Unterscheiden und Herrschen*, Bielefeld (transcript) 2017.

scheinen Figuren der Diskursanalyse verwandt zu werden, z.B. wenn das Narrativ des Coming Out als eine der wichtigsten Leiterzählungen für homosexuelle Emanzipation analysiert wird (S. 67) oder wenn Diskurse nachvollzogen werden, die den »happy queer« als homo oeconomicus beschreiben (S. 69 ff.).

Weil diese Methoden und ihre Aussagekraft aber nicht benannt oder erklärt werden, bleibt die Behauptung, es handele sich jeweils um dominante, hegemoniale Erzählungen, in der Luft hängen. Zwar verortet Kapur ihren eigenen Erfahrungshintergrund wiederholt deutlich (S. 72) mit Beispielen aus Indien und dem indischen Recht – also einer Rechtsordnung, die in den letzten Jahren gleichzeitig eine hindunationalistische, rechtsgerichtete Regierung, eine neoliberal organisierte Wirtschaft und eine Reihe von Urteilen des Supreme Court gesehen hat, die gleiche Rechte für Homosexuelle und Frauen zum Gegenstand hatten (und die z.T. Anlass für Kapurs negative Bewertung der Rolle des Rechts in der Schaffung einer normalisierenden Governance-Struktur gegen queere Menschen sind).<sup>15</sup> So kann ihre Darstellung zum Teil als (wenn auch sehr indirekte) Solidarisierung mit den oben skizzierten und auch in der Religion verorteten Praktiken von STEPS verstanden werden. Auch historisch ist die Auswahl der Themen klar verortet: Es geht ihr um die Rolle der Menschenrechte in Herrschaftstechniken des Othering »post-9/11«. Seit dieser Zeitenwende befänden sich die Menschenrechte in den Händen des »Empire« und damit in einer Sackgasse (S. 20/30).

Die gewählte Methode taugt aber nicht zu verallgemeinernden Aussagen. So hätte sich z.B. die Rolle des Rechts in Diskursen um das weibliche Andere möglicherweise etwas differenzierter dargestellt, hätte Kapur nicht ausgerechnet die französische Kopftuch-Debatte und die indischen Homosexuellenbewegungen als Beispiele genommen.<sup>16</sup> Kapur kritisiert

- 15 Im September 2018 wurde nicht nur die Kriminalisierung von einverständlichem homosexuellem Sex für verfassungswidrig erklärt (oben Fn. 12). Im selben Monat fiel auch (in einer einstimmigen Entscheidung) die indische »Ehebruchsklausel« in Sec. 497 des Strafgesetzbuchs, die ebenfalls aus der Kolonialzeit stammte und den Ehebruch eines Mannes mit einer verheirateten Frau bestrafte, wenn er ohne die Einwilligung von deren Ehemann erfolgte (Joseph Shine vs Union Of India, W. P. (Crl.) No. 194 of 2017). Und Ende September 2018 untersagte es der Supreme Court, Frauen zwischen 10 und 50 Jahren (im menstruationsfähigen Alter) den Zutritt zum hinduistischen Sabarimala Temple in Kerala zu verbieten (Indian Young Lawyers' Association v. State of Kerala, W. P. (Civ.) No. 373 of 2006; die Entscheidung wird derzeit durch den Supreme Court überprüft).
- 16 Siehe auch Kotiswaran, in: *Governance Feminism* (Fn. 13), Chapter 4, die ebenfalls einen Niedergang (»decline«) der indischen Frauenbewegung von einer gegenhegemonialen Bewegung zu »corporatisation« beschreibt. Siehe auch Naisargi N. Dave, *To Render Real the Imagined: An Ethnographic*

letztlich nicht das Recht, sondern konkrete Diskurse um Rechte. Sie erklärt nicht theoretisch, *wie* (Menschen-)Rechte versagen; sie zeigt an Beispielen, *dass* dies in bestimmten Konstellationen der Fall ist.

### c) The spiritual turn

Der eigentliche Clou des Buchs liegt aber ohnehin weniger in der Rechtskritik des ersten Teils als in dem Versuch, das subjekttheoretische Paradox aufzubrechen und den Prozess der Formierung eines Subjekts, das durch die (hegemoniale) Erzählung überhaupt erst existent wird, gegenhegemonial zu denken. Der Schlüssel zu Freiheit im Angesicht gesellschaftlicher (Herrschafts-)Technologien des Selbst sind für Kapur nicht rechtstheoretische, sondern spirituelle Konzepte.

Entsprechend kritisch wendet sie sich in den letzten Kapiteln theoretischen Ansätzen zu, die sich kritisch mit Recht als Machtinstrument und den Emanzipationspotenzialen von (Menschen-)Rechten auseinandersetzen und dennoch nach alternativen Verwendungsweisen von Rechten suchen. Auch diese Suchen müssen für Kapur in der Erkenntnis enden, dass (Menschen-)Rechte ein Governance-Projekt seien, das vollständig in bestehenden Machtstrukturen einbezogen sei (S. 175). Wer (wie z.B. Costas Douzinas, Boaventura de Sousa Santos und Wendy Brown) Menschenrechtskonzepte herrschaftskritisch kritisiere, ohne deren Emanzipationspotenzial aufgeben zu wollen, setze sich Selbstwidersprüchen aus (S. 155 ff.).

Sie sucht deshalb nicht in Rechten, sondern in der Affekttheorie und anderen Formen von Wissen und Sein nach Alternativen (S. 165). Aus dem Widerspruch zwischen dem Wunsch nach Autonomie und der täglichen Erfahrung von Prekarität entstünden spirituelle Krisen der Verzweiflung, die sich in Melancholie, Traurigkeit oder Depression äußerten (S. 172); aus diesem Erleben des Täglichen, aus dem Granularen, dem Intimen müsse das Verständnis von Freiheit »on its own terms« entwickelt werden (S. 174 f.). Dafür knüpft sie im sechsten Kapitel an »nicht-liberale«<sup>17</sup> Alternativen und Wissenstraditionen aus nicht-westlichen Kontexten an, in Weiterführung von Eve Sedgwick's Hinwendung zum tibetischen Mahayana-Buddhismus (S. 186 ff.) und Michel Foucault's Vorstellung von politischer Spiritualität, die dieser in nicht-westlichem Denken und insbesondere im transformativen Potenzial schiitischer Ideen fand, wie sie in den ersten Phasen der iranischen Revolution

History of Lesbian Community in India, Signs 35 (2010), 595–619 zur Bedeutung ausländischer NGO-Förderung.

17 Sie betont dabei, »nicht-liberal« sei nicht gleichbedeutend mit »illiberal« (Kapur 181).

verbreitet waren<sup>18</sup> (S. 190 ff.) und in denen er Auswege aus dem »government through the state« und eine neue Subjektivität gefunden habe (S. 194 ff.). Hier wird deutlich, was Kapur mit »freedom« meint: spirituelle innere Freiheit, eine Transformation des Selbst (S. 197 ff.), deren Erfahrungen sie u.a. im persischen Sufismus findet. In einem solchen Verständnis von Freiheit werde das Subjekt nicht beobachtet, sondern erfahren und könne deshalb nicht objektifiziert werden (S. 219 ff.).

Was daraus folgt und wie sich das zu den feministischen Ansätzen verhalten kann, die Ute Gerhard resümiert, ist Gegenstand des vierten Abschnitts dieses Beitrags. Zunächst aber soll an den beiden unterschiedlichen Erfahrungshintergründen, Beispielen und theoretischen Positionen beispielhaft aufgezeigt werden, welche Gesprächsmöglichkeiten bestehen könnten.

### 3. Kontraste: Utopie oder Kritik des Rechts

Einige Kontraste liegen auf der Hand: Keine der Debatten, auf die Ratna Kapur sich bezieht – Homonationalismus, Othering, »Köln«, muslimisches Kopftuch – spielt in Ute Gerhards Buch eine relevante Rolle. Auf der anderen Seite kommt bei Ratna Kapur keins der bei Ute Gerhard zentralen Themen vor – weder Familie noch Arbeit, Gleichstellung in der Politik oder Sozialstaatspolitiken. Gegensätze zeigen sich aber genauso deutlich an Themen, die sie beide ignorieren (Intersektionalität und Antidiskriminierungsrecht), sowie in Fragen, die beide ansprechen (»Care«). Um diese geht es im Folgenden.

#### a) Intersektionalität: Geschlecht, Rassismus und Religion

Dass der Begriff der »Intersektionalität«, der globale feministische Debatten der letzten Jahrzehnte geprägt hat, bei Kapur nicht vorkommt, ist nur konsequent. Ratna Kapur verwendet ihn nicht, weil sie sich für das Antidiskriminierungsrecht genauso wenig interessiert wie für andere mit Gleichheitsdiskursen verbundene Politiken und Governance-Techniken. In einer spirituellen Freiheit sei das Selbst unteilbar und nicht durch Labels oder Identitäten definiert (S. 221).

Bei Ute Gerhard ist die Leerstelle schwerer zu erklären. Sie bezieht sich ja maßgeblich auf die westeuropäischen und US-amerikanischen feministischen Debatten der 1980er und 1990er Jahre, in denen sie mit ihrer Stellungnahme für »Gleichheit« und gegen »Differenz« selbst eine wichtige

18 Ungeachtet seiner späteren kritischen Auseinandersetzung mit den konkreten Praktiken des fundamentalistischen Regimes unter Khomeini (Kapur 190 ff).

Akteurin war. Die Frage nach »Unterschieden zwischen Frauen« wurde aber damals bereits zu einem zentralen Thema.<sup>19</sup> Inmitten dieser Debatten, im Jahr 1989, erschien der Aufsatz »Demarginalizing the Intersection of Race and Sex« von Kimberlé Crenshaw;<sup>20</sup> der Begriff der »Intersektionalität« ist seither zum Begriff der Wahl geworden, um Überschneidungen von Macht-, Ungleichheits- und Herrschaftsverhältnissen rechtlich und politisch zu analysieren. Die Heinrich-Böll-Stiftung richtete am 28.4.2019 aus Anlass des 30-jährigen Erscheinens dieses Aufsatzes sogar eine »Gala« für Kimberlé Crenshaw aus. Allerdings: Die Debatte zu den Überschneidungen von Geschlechterordnung und Rassismus war ursprünglich von der feministischen Suche nach Solidarität und Identifikation geprägt. Mit der Zunahme von antimuslimischen Spielarten des Rassismus wurden Intersektionen zwischen Religion und Geschlecht wichtiger und gleichzeitig problematisch. Und in ähnlichem Maße, wie die Linke sich auf dem Terrain des Säkularismus verortet (Kapur S. 217), geraten auch Feministinnen in Dilemmata. Je stärker insbesondere der Islam als sexistisch markiert wird, desto mehr scheinen diese Ungleichheitsdimensionen gegenläufige Handlungsanforderungen zu stellen und Solidarität oder Identifikation zu erschweren.<sup>21</sup> Die Auseinandersetzung mit Religion und der Rolle des Staates ist vor diesem Hintergrund zu einer zentralen Herausforderung für den linken, westlichen und säkularen Feminismus geworden, in dessen Tradition Ute Gerhard steht. Die von Ratna Kapur kritisch thematisierten Governance-Perspektiven, die für staatliche Regulierung des muslimischen Kopftuchs eintreten, ohne die Vielschichtigkeit der Problematik aus Sicht der betroffenen Subjekte in Betracht zu ziehen, stellen auch deutsche feministische und Frauenrechte-Organisationen seit vielen Jahren vor Bewährungs- und Zerreißproben – oft als Generationenkonflikte inszeniert, nicht nur beim Streit um das

19 Vgl. Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis 27, 1990; Birgit Romelspacher, Dominanzkultur, 1995.

20 Kimberlé Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum: Vol. 1989/Issue 1.

21 Zur Motivation der Identifikation siehe z.B. Editorial zu Bd. 27 der »Beiträge« (Fn. 19), 7: »[Es] gilt, *unsere* Unterdrückungserfahrungen als eine wichtige Basis zum Verständnis der Unterdrückung anderer zu nutzen.« Siehe aus heutiger Sicht auch z.B. Tanja Herklotz, Feminist Dilemmas: The Challenges in Accommodating Women's Rights within Religion-Based Family Law in India. Rapoport Center Human Rights Working Paper Series 2/2018; dies., Law, Religion and Gender Equality: Literature on the Indian Personal Law System from a Women's Rights Perspective, *Indian Law Review* 2018; Ulrike Lembke, Religionsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter, in: dies. (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht, 2014, 188–217.

»Kopftuchverbot«,<sup>22</sup> sondern auch z.B. bei dem Streit um die Forderung von Terre des Femmes gegen ein Aufenthaltsrecht von in Kinderhe verheirateten Mädchen.<sup>23</sup>

Ute Gerhard scheint sich heraushalten zu wollen; man muss schon gezielt suchen, um Stellen zu finden, an denen Religion in ihrem Buch überhaupt vorkommt. Eine explizite Auseinandersetzung findet sich lediglich als »Exkurs: Frauenrechte und Islam« (S. 112 ff.). Hier kritisiert sie islamische Menschenrechtserklärungen, die alle Rechte und Pflichten der Scharia unterstellten, beruft sich beiläufig positiv auf reformerische und liberale Koran-Diskurse und erinnert daran, dass »auch im ›christlichen Abendland‹ die Anerkennung der Menschenrechte durch die Religionsgemeinschaften und die Kirchen kein Selbstläufer war« (S. 115).<sup>24</sup>

Aus einer postkolonialen Position ist das Verhältnis von Religion und Feminismus ein anderes, aber nicht unbedingt ein einfacheres. Ratna Kapur nimmt für ihre Kritik wiederholt die Perspektive religiöser Frauen ein. Insofern thematisiert sie zwar nicht den theoretischen Diskurs über Intersektionalität, geht aber implizit auf einige Fragen ein, die dieser zu beantworten sucht. Sie bezieht sich insbesondere auf die Perspektive muslimischer Frauen in Indien, also der Gruppe, der die oben beschriebenen Praktiken von STEPS zuzuordnen sind und die dort einer sozio-ökonomischen und im Hindunationalismus mehrfach diskriminierten Minderheit angehören. Diese stehen in Diskursen, in denen die Befreiung der Frau mit deren Befreiung vom Islam gleichgesetzt wird, unmittelbar vor dem Dilemma der Positionierung zwischen Religion und Feminismus. Und im postkolonialen rechtspluralistischen Kontext Indiens stehen sie konkret vor der Wahl zwischen diskriminierenden und gewaltvollen Regeln der (religiös geprägten) Gemeinschaft und dem staatlichen,

- 22 Vgl. Baer/Wrase, Zwischen Integration und »westlicher« Emanzipation – Verfassungsrechtliche Perspektiven zum Kopftuch(-verbot) und der Gleichberechtigung, KritV 2006, 401–416.
- 23 Die Organisation war die einzige unter den Sachverständigen und sachkundigen Organisationen, die das gesetzliche Verbot uneingeschränkt für richtig hielt (siehe die Expertisen auf [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung\\_Kinderhehe.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung_Kinderhehe.html) (11.5.2020); zur Verfassungswidrigkeit dieser Regelung siehe Vorlagebeschluss des BGH vom 14.11.2018 (XII ZB 292/16), der auch von einem Verstoß gegen das Gebot des Kindeswohls (Art. 2 Abs. 1/Art. 1 GG) ausgeht. Das BVerfG hat mittlerweile mit Beschluss vom 1. Februar 2023 (1 BvL 7/18) die Regelung überwiegend für verfassungswidrig erklärt; siehe auch Lena-Maria Möller/Nadja Yassari, KJ 2017, 269–285.
- 24 Auch diese Stelle kann als Beispiel für Ratna Kapurs These dienen, dass kulturelle Distanzierungen oft durch ein lineares Verständnis von Zeit laufen, in dem ein fortgeschrittener Westen rückschrittlichen »Anderen« gegenübergestellt wird (Kapur, 218).



säkularen Recht mit seinem (ebenfalls gewaltvoll durchgesetzten) polizeilichen Regime.<sup>25</sup>

### b) »Care« und »self-care«: Gleichheit oder Freiheit?

Beide Autorinnen scheinen sich allerdings in einer Frage zu begegnen – nämlich in ihrer Kritik an Subjektpositionen des Rechts und ihrer Hervorhebung von Sorge/Care als Zukunftsfrage feministischer Theorie und Praxis. Denn auch für Ute Gerhard bezieht sich »care« auf das soziale Eingebundensein der Person und auf gesellschaftlich vordefinierte Positionen. Dem »Menschenbild [...] des autonomen Subjekts der abendländischen Philosophie und Jurisprudenz, die männliche Lebens- und Denkweise zum Maß aller Dinge und Menschlichkeit erhoben hat«, stellt sie insofern ein »Grundverständnis von der Angewiesenheit, Verletzbarkeit und Sozialität aller Individuen« gegenüber (S. 354). Beide schließen damit an Fragen an, die in feministischen Debatten hochaktuell sind.<sup>26</sup>

Umso interessanter ist, wie unterschiedlich die Verständnisse von Care sind, von denen Gerhard und Kapur ausgehen. Ute Gerhard möchte das mit der Bezugnahme auf Recht verbundene »utopische Verlangen nach Gerechtigkeit« (S. 10), »die Idee der Freiheit und Gleichheit nicht aufgeben« (S. 350) – allerdings mit einer klaren Schwerpunktsetzung: Am Beispiel der Menschenrechtserklärung von Olympe de Gouges (S. 351 f.) behauptet sie das Rechtsprinzip der Gleichheit als »radikalste oder gar ungehörige Forderung«, weil sie »bestehende Herrschaftsverhältnisse, überkommene Ordnungen und Privilegien und vor allem soziale Ungerechtigkeit« angreife.

Kapur dagegen entwickelt eine Kritik von Subjektkonstitutionen und Herrschaftsdiskursen fast ausschließlich aus ihrem Verständnis von Freiheit. Wenn sie von Recht, subjektiven Rechten und Menschenrechten spricht, so bezeichnet sie diese (aus einem anglo-amerikanischen Rechtsverständnis heraus) als »liberal freedoms«. Deren normatives Skript sei so eng mit einem ganz spezifischen Verständnis von Glück und einem guten Leben verbunden, dass jeder Diskurs über Menschenrechte notwendig in dieser »fishbowl« gefangen bleibe und wirkliche (innere) Freiheit verhin-dere. Sie sucht Wege, auf denen subalterne Subjekte und Gemeinschaften sich in einer dominanten Kultur behaupten können, um zu überleben.

- 25 Zu diesem »positioning dilemma« siehe Tanja Herklotz. *Feminist Dilemmas* (Fn. 21).
- 26 Siehe auch Hark, *Enteignet Euch! Oder: Keine Frage der Wahl. Über Autonomie in der Demokratie*, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, Baden-Baden (Nomos) 2018, 157–172 (167) zu Judith Butlers Überlegungen hierzu.

Vor diesem Hintergrund entwickeln beide sehr unterschiedliche Vorstellungen zur Rolle von Recht und zur gesellschaftlichen Bedeutung von »care«. Zwar kritisieren beide explizit ein Verständnis von Rechten unter Kategorien von »Haben oder Besitz« (Gerhard S. 7; Kapur, S. 227), doch mit ganz unterschiedlichen Folgerungen. Gerhard setzt dem ein Verständnis von Rechten als »Ausdruck von institutionalisierten Regeln für soziale Beziehungen und für die Verbundenheit mit anderen Menschen« gegenüber – Recht als Institutionen und Verfahren. »Care« bezieht sich hier also weniger auf eine Subjektposition als auf neue Vorstellungen von der Organisation der Gesellschaft und des Sozialen. Entsprechende politische und ökonomische Modelle und deren Durchsetzung stehen für Gerhard im Vordergrund der Aufmerksamkeit. Sie meint deshalb auch unter Berufung auf Linda Zerilli, »feministische Theorie [sollte sich] aus der falschen Sicherheit der Erkenntnistheorie lösen und in die Welt des Handelns aufbrechen« (Gerhard, S. 59). Utopien des Rechts sollten nicht einer Kritik des Rechtssubjekts zum Opfer fallen: »Weil der Diskurs über Recht in der neuzeitlichen Philosophie eng mit dem vorherrschenden Konzept eines autonomen, der Idee nach männlichen Subjekts verbunden ist, führt die Opposition [...] zu einer Traditionslinie des Rechtsnihilismus und Skeptizismus in der feministischen Theorie« (S. 57).

Bei Kapur geht es dagegen in erster Linie um »self-care«, um Heilung, um Selbstbefragung; sie wendet sich gegen das »doing«, das die Rechtsverfolgung vom Subjekt verlangt. Freiheit werde im »being« durch Selbstreflexion und Selbstbefragung erreicht (S. 227; 229). In der Frage der Bedeutung von Gemeinschaften oder allgemein kollektiver Kontexte bleibt sie daher durchgehend unscharf und unklar.

#### 4. »Non credere di avere dei diritti«

##### a) »rights delinked from freedom«

Anderen Kritiker\*innen des »Governance-Feminismus« wurde schon entgegengehalten, dass man sich eine solche grundsätzliche Kritik erst einmal leisten können müsse.<sup>27</sup> Auch Ratna Kapur könnte in diesem Sinn Hannah Arendts Formulierung entgegengehalten werden, dass der Zustand, in dem es das »Recht, Rechte zu haben«, nicht gibt, »ein gnadenloser und unbarmherziger Zustand der Willkür, der Enteignung und Abhängigkeit« ist.<sup>28</sup> Kapur gesteht zu, dass eine neue Subjektformierung nicht

27 Serena Natile/Silvana Tapia Tapia (Fn. 13).

28 Vgl. Hark (Fn. 26), 163.

vollständig mit der existierenden normativen Ordnung brechen könne und Anstrengungen um die Menschenrechte erforderlich seien (S. 225 ff.). Sie macht auch vereinzelt Vorschläge, wie nicht-liberale Verständnisse von Freiheit in einer Rechte-Strategie berücksichtigt werden könnten. Insbesondere müsse die bewusste Selbstreflexion allgemeiner ein wichtiger Bestandteil jeder Menschenrechtspolitik (»human rights advocacy«) werden (S. 227), und das Recht müsse Räume der Selbsterfahrung schützen. So weist sie gegen das Verbot der religiösen/spirituellen Praxis des Verhungerns im indischen Recht darauf hin, dass das Recht die in dieser Praxis zum Ausdruck kommenden philosophischen Aspekte berücksichtigen könne statt sie als nicht-freiwillig zu denunzieren (S. 247 f.).

Es geht Kapur also nicht primär darum, den politischen und instrumentellen Gebrauch der Rechte zu denunzieren. Es geht ihr vielmehr um die mit dem Recht verbundenen Hoffnungen und Utopien. Rechte seien Instrumente der Macht und könnten so auch genutzt werden. Sie seien aber ungeeignet, Freiheit zu erzielen. Man müsse »rights as instruments of power, but delinked from freedom« (S. 230 ff.) sehen – statt im Recht utopische Potenziale zu suchen.

## b) Die Sichtbarmachung der Nicht-Benennbaren und Nichtlesbaren

In ihrer radikalen Kritik an den Emanzipations- und Befreiungspotenzialen des Rechts trifft Ratna Kapur sich mit Christoph Menke oder Daniel Loick, die zuletzt die Notwendigkeit von »Gegenrechten« oder eines »Rechts auf Nicht-Recht« rechtsphilosophisch begründet haben.<sup>29</sup> Kapur argumentiert in ihrer Rechtskritik hingegen nicht zuvörderst theoretisch oder philosophisch und verwendet für ihre Vorstellung von Emanzipation auch bewusst nicht den Begriff des (Gegen-)Rechts. Dafür macht sie ernst mit einer nicht-relativistischen pluralistischen Perspektive, die außer-europäische Philosophien und Theorien mit einbezieht – und zeigt damit implizit blinde Stellen der philosophischen Rechtskritik auf. Freiheit müsse ihren Ausgangspunkt in existierendem Leiden und Grausamkeit haben (S. 33). Die Wendung zu spirituellen Ansätzen begründet sie vor allem damit, dass diese Erfahrungen der Subalternen innerhalb der liberalen »fishbowl« genauso wenig lesbar und benennbar seien wie spirituelle Freiheit (S. 197 ff.).<sup>30</sup>

29 Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, 2015; Daniel Loick, *Juridismus*, 2017; zur Diskussion von Menkes Thesen siehe z.B. Buckel, *KJ* 2017, 461–474.

30 Gayatri Spivak, *Can the Subaltern Speak*, in: Patrick Williams/Laura Chrisman (eds), *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory*, Columbia University Press 1994, 66–111.

Zur Benennung solcher Erfahrungen und Wege, das Unlesbare zumindest sichtbar zu machen, sucht sie in ihrem Epilog Narrative und findet Erzählungen über die mystischen Wege (weiblicher) Weiser. Statt abstrakt über diskursive Formen von Gegenrechten zu schreiben, beschreibt Kapur z.B. eine Video-Arbeit von Shirin Neshat, die eine Gerichtsszene zeigt, visuell gestaltet wie Szenen des »letzten Abendmahls«, in der das Gericht vor den subversiven Potenzialen der Gedichte von Jalaluddin Rumi warnt, einem persischen Sufi-Poeten des 13. Jahrhunderts – während die Angeklagten mit dem Gesang von Rumi-Liedern antworten (S. 197 ff.).<sup>31</sup>

## 5. »Take a break«?

Der Versuch, Ute Gerhard und Ratna Kapur und damit ganz unterschiedliche Feminismen miteinander ins Gespräch zu bringen, wird dadurch erschwert, dass beide Autorinnen mit ihren gegensätzlichen Methoden auch gegensätzliche Formen der Kommunikation, des Diskurses und der Rationalität pflegen. Der normative Zugang von Gerhard und der narrative von Kapur begegnen sich kaum. Das Fehlen einer gemeinsamen Sprache mag auch daran liegen, dass einige Traditionslinien des westlichen Feminismus verschüttet scheinen. Beispielsweise bezieht sich Sara Motta, die wie Ratna Kapur aus einer Perspektive des globalen Südens schreibt und mit Konzepten arbeitet, die das Subjekt fluide und postmodern verstehen, nicht nur auf (südamerikanische) schamanische Traditionen,<sup>32</sup> sondern auch auf Frantz Fanon, Gloria Anzaldúa und Luce Irigaray<sup>33</sup> und mit letzterer auf einen Ansatz, der in der westeuropäischen Debatte als »Differenztheorie« bezeichnet worden war.<sup>34</sup> Diese Denktraditionen führen z.B. die »ausgeprägte Rhetorik der Selbstfindung [...] als Kern einer revolutionären Politik« in der frühen autonomen Frauen- und Lesbenbewegung weiter.<sup>35</sup> Für den Differenzfeminismus der 1980er/1990er Jahre entwickelte ein einflussreicher Text der »Libreria delle donne di Milano« mit dem »affidamento«<sup>36</sup> einen

31 Shirin Neshat, *Overruled*, 2012.

32 Sara C. Motta, *Liminal Subjects. Weaving (our) Liberation*, 2018.

33 Frantz Fanon, *Schwarze Haut, weiße Masken* (1952), 1980; Luce Irigaray, *Speculum. Spiegel des anderen Geschlechts*, 1974; *Ethik der sexuellen Differenz*, 1991; Gloria Anzaldúa, *Borderlands/La Frontera: The New Mestiza* (1987), 4. Aufl. 2012.

34 Vgl. Irigaray, in: Gerhard u.a. (Hrsg.) (Fn. 8), 1990, 338 ff; Cavarero, ebd., 95 ff.

35 Hark (Fn. 26), 166.

36 Entspricht auf deutsch ungefähr dem (An-)Vertrauen; in der deutschen Debatte wurde allerdings der italienische Begriff verwendet, um die spezifischen Assoziationen, die die »donna« damit verbanden, transportieren zu können.

Aufruf zur Wertschätzung der »Autorität« von Frauen.<sup>37</sup> Auch hier wurde Freiheit als zentraler Gegenbegriff zu Recht gesetzt – ganz deutlich in der deutschen Fassung des italienischen Titels »Non credere di avere dei diritti« (wörtlich »Glaube nicht, Rechte zu haben«), der auf Deutsch zu »Wie weibliche Freiheit entsteht« wurde.

In der westeuropäischen Debatte über Geschlechtergleichheit oder -differenz wurde dieser Ansatz allerdings vor allem in seiner Opposition zu einer »Politik der Forderungen«, d.h. insbesondere der Rechte-Forderungen diskutiert (für die auch Ute Gerhard steht) – und diese gewann die Deutungshoheit über die Debatte.<sup>38</sup> Die Gleichheit-Differenz-Debatte scheint so auch Potenziale verschüttet zu haben. Denn die »Libreria«-Autorinnen verstanden Differenz keineswegs als eine Suche nach einem vermeintlich authentischen Selbst, sondern als »offene Potenzialität«; bereits hier wurde Differenz weniger als Gegensatz zu Gleichheit und vielmehr als Gegensatz zu Identität verstanden.<sup>39</sup> Es sind solche Ansätze, die ein besseres Verständnis und ein Weiterdenken von Rechtspraxen ermöglichen, die Organisationen wie STEPS verhandeln. Diese löst ja das »positioning dilemma« so auf, dass sie die islamischen Regeln der Scharia auf feministische Weise anwenden und sich damit weigern, zwischen Religion (als Zeichen für spirituelle Freiheit) und feministischen Gerechtigkeitsansprüchen zu wählen. In der Frage des Triple Talaq zum Beispiel, dem einseitigen Recht auf Scheidung, das in herkömmlichen Interpretationen der Scharia nur für Männer vorgesehen ist, ermächtigte die Gruppe sich selbst zu einem gleichberechtigten Triple Talaq durch Ehefrauen, statt sich entweder im Namen der Religionsfreiheit für die herkömmliche Auslegung der Scharia oder im Namen der Gleichheit gegen den Triple Talaq einzusetzen.<sup>40</sup>

Kollektivierungs- und Bewegungsperspektiven, wie sie mit diesen Praktiken ausprobiert werden, kommen leider in beiden besprochenen Bücher

37 Libreria delle donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti*, 1987 (die deutsche Fassung erschien 1988). »Autorität« wird dort als »Prozess und Produkt von Kommunikation, Beziehung und (Ver-)Bindung« verstanden (Heike Kahlert, *Differenz, Genealogie, Affidamento. Das italienische »pensiero della differenza sessuale« in der internationalen Rezeption*, in: Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, 2010, 94–102 [95]).

38 Gerhard, S. 91 f. in Ute Gerhard u.a. (Hrsg.), 1990 (Fn. 8).

39 Kahlert (Fn. 37) zum Bezug zu Jacques Derridas Begriff der »différance«.

40 Zur verfassungsrechtlichen Entwicklung in dieser Frage siehe die Triple-Talaq-Entscheidung des indischen Supreme Court, 22 August 2017 (*Shayara Bano v. Union of India & Others*), die das muslimische Recht insoweit für verfassungswidrig erklärte; The Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Act, 2019 vom 30. Juli 2019 kodifizierte diese Entscheidung ([https://en.wikipedia.org/wiki/Triple\\_talaq\\_in\\_India](https://en.wikipedia.org/wiki/Triple_talaq_in_India) [Abruf 8.5.2020]).

zu kurz – was möglicherweise mit den fehlenden Auseinandersetzungen mit Intersektionalität und (Anti-)Diskriminierung zusammenhängt. Denn diese Debatten und Konzepte stellen letztlich Versuche dar, individuelle Erfahrungen des Unrechts auf eine Weise sichtbar zu machen, die für das Recht und damit für das herrschende System lesbar ist – mit allen Brüchen und Schwierigkeiten, mit denen dies notwendig verbunden ist.

# Geschlechterdifferenz und Staat

## Juristische und politikwissenschaftliche Sichtweisen der Repräsentation der Geschlechterdifferenz in öffentlichen Kommunikations- und staatlichen Entscheidungsprozessen (1999)\*

Feministinnen haben sich aus unterschiedlichen Blickrichtungen für das »Geschlecht des Staates« interessiert.<sup>1</sup> Nicht nur in der Philosophie und in der Politikwissenschaft wurde die Frage aufgeworfen. Insofern Recht eine der wichtigsten Handlungsformen des Staates ist, kamen auch JuristInnen nicht darum herum, sich darüber Gedanken zu machen, welchen Stellenwert rechtsdogmatisches und rechtspolitisches Handeln in staatlichen Strukturen für die Umsetzung feministischer Vorstellungen haben könne.

Vom Erkenntnisinteresse der Disziplinen her dürfte frau zunächst vermuten, daß in der Politikwissenschaft eher prinzipiell untersucht wird, welche rechtlichen Handlungsformen überhaupt im feministischen Sinne nutzbar gemacht werden können; von der Rechtswissenschaft werden pragmatischere Fragestellungen erwartet. Und tatsächlich haben Politikwissenschaftlerinnen und feministische Philosophinnen ihren kritischen Blick herkömmlich mehr auf die Entscheidungsstrukturen und -verfahren gerichtet; Juristinnen haben sich stärker mit den geschaffenen Normen beschäftigt und dabei nach Wegen gesucht, wie sich Fraueninteressen so im Recht verankern lassen, daß Veränderungen des gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisses unterstützt oder sogar eingeleitet werden.

In neuerer Zeit scheint hier allerdings eine Angleichung oder gar ein Seitenwechsel stattgefunden zu haben: Feministische Politikwissenschaftlerinnen, und unter ihnen insbesondere die Autorinnen, die seit Beginn der 90er Jahre in der Reihe »Politik der Geschlechterverhältnisse« im Campus-Verlag veröffentlichen,<sup>2</sup> treten zunehmend für einen

\* Zu bedanken habe ich mich vor allem bei Brigitte Basler, Rose Killinger, Detlef Schneider, Katrin Lohse, Martina Spirgatis und Sibylle Raasch, die frühere Entwürfe mit mir diskutiert haben.

1 Einen Überblick über die Betrachtung des Staats in der bundesdeutschen Frauen und Patriarchatsforschung gibt Seemann, *Feministische Staatstheorie*, 1996, S. 47 ff; siehe insbesondere auch Heft 13 (1985) der *beiträge zur feministischen theorie und praxis* (»unser staat?«).

2 Siehe vor allem Biester/Holland-Cunz/Sauer (Hrsg.), *Demokratie oder Androkratie? Theorie und Praxis demokratischer Herrschaft in der*

pragmatischen Umgang mit den gegebenen staatlichen Entscheidungsstrukturen ein: Frauen sollten sich in solchen Prozessen engagieren und für Fraueninteressen und feministische Anliegen einsetzen. Mit der Begründung, »eine Erklärung der Geschlechtlichkeit des Staates [werde]... nach wie vor nicht deutlich genug gegeben«, erklärt Birgit Sauer die Fragestellung selbst für obsolet: Frauen sollten den Staat nicht mehr als einen »je nach Standpunkt patriarchalen oder frauenfreundlichen Monolithen« begreifen, sondern sich auf das »Prozeßhafte sozialstaatlicher Strukturen und Politiken..., historischer Kontinuitäten und Diskontinuitäten staatlicher Apparate und Mechanismen« besinnen.<sup>3</sup>

Auf der anderen Seite nimmt die feministische Rechtslehre und -praxis zunehmend Anregungen aus der feministischen Theorie auf.<sup>4</sup> Und die Juristinnen des Feministischen Rechtsinstituts in Bonn haben große Skepsis gegenüber der Vorstellung entwickelt, feministische Perspektiven könnten in rechtsförmiger Regulierung liegen. Nach Meinung der Rechtsanwältin Malin Bode dienen staatliche Strukturen und Regelungsformen nicht nur zufällig männlichen Interessen, sondern stellen notwendigerweise ungeeignete Mittel und Aktionsfelder für feministische Ziele dar.<sup>5</sup>

Im folgenden werde ich versuchen, einen Überblick über die Ansätze zu geben, die im Rahmen dieser beiden Diskussionslinien in den verschiedenen Disziplinen vertreten werden. Dabei kommt es mir auch darauf an, die theoretischen Ansätze in einen Zusammenhang zur Entwicklung der Rechtspraxis und -dogmatik zu stellen und sie insofern auf ihre Konsequenzen für praktisches rechtsbezogenes Handeln zu überprüfen. Den Begriff »feministisch« verwende ich dabei zunächst für alle AutorInnen und Denkrichtungen, die für ihren Ansatz in Anspruch nehmen,

feministischen Diskussion, 1994; Kreisky/Sauer (Hrsg.), *Feministische Standpunkte in der Politikwissenschaft. Eine Einführung*, 1995; Kulawik/Sauer (Hrsg.), *Der halbierte Staat. Grundlagen feministischer Politikwissenschaft*, 1996. Vorher schon: Biester/Geißel/Lang/Sauer/Schäfer/Young (Hrsg.), *Staat aus feministischer Sicht, Dokumentation des workshops der ad-hoc-Gruppe »Politik und Geschlecht« in der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft*, 1991.

- 3 Sauer, *Krise des Wohlfahrtsstaats. Eine Männerinstitution unter Globalisierungsdruck?*, in: Braun/Jung (Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit? Feministische Debatte zur Krise des Sozialstaats*, 1997, S. 131.
- 4 Zu Parallelen feministischer Rechtslehre und feministischer Theorie siehe Sokol, *Feministische Rechtspolitik – rechtliche Diskriminierung und Gleichberechtigungskonzepte*, Streit 1989, S. 3 ff.
- 5 Bode, *Norm und Demokratie, Weiblick*, Heft 23/Okt. 1995, S. 19 ff sowie Bode, *Demokratieverständnis und Entscheidungsfindung von Frauen*, Streit 1996, S. 9–14; Bode ist Mitglied der Arbeitsgruppe *Feministische Rechtslehre des Feministischen Rechtsinstituts*.



daß er Wege zu einer Veränderung des gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisses aufzeige – daß darunter im einzelnen ganz unterschiedliche theoretische Verständnisse und Zielsetzungen stehen, wird im konkreten deutlich werden.

## I. Eine pragmatische Herangehensweise in Rechtsdogmatik und Rechtspolitik

### 1.1 Der theoretische Ansatz

Als pragmatisch könnte man die Herangehensweise von Autorinnen wie Ute Gerhard bezeichnen, die darauf bestehen, daß staatliches Recht ein Mittel sei, das von Frauen zur Durchsetzung des Gleichberechtigunggebots und zur Steuerung gesellschaftlicher Verhältnisse genutzt werden könne. Insbesondere die Menschenrechte zeigten emanzipatorische Ansätze im Rahmen einer widersprüchlichen, auch durch Widerstand gegen Herrschaft gekennzeichneten Rechtsentwicklung auf. Sie geht sogar so weit zu sagen, rechtliche Regulierung sei unabdingbar für die Durchsetzung von Fraueninteressen: Historisch betrachtet, sei die Einbeziehung von Frauen in die Gleichberechtigungsnorm überhaupt erst damit denkbar geworden, daß Gleichbehandlung als Rechtssatz mit universalem Anspruch formuliert wurde.<sup>6</sup>

In eine ähnliche Richtung argumentieren in einem anderen Zusammenhang Mädje/Neusüß, wenn sie zugunsten sozialstaatlicher Leistungen anführen, daß gerade deren »Unpersönlichkeit« und »Formalisierung« es den Frauen ermögele, einen Schritt aus der persönlichen Abhängigkeit vom Mann und seinen Unterhaltsleistungen herauszukommen.<sup>7</sup>

### 1.2 Der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Rechtspraxis

Diese Denkrichtung verweist zu ihrer Bestätigung auf eine ganze Reihe unbestrittener Erfolge. Daß staatliche Entscheidungsstrukturen und -ergebnisse patriarchalen Charakter haben könnten, drängt sich jedenfalls heutzutage

- 6 Gerhard, Bürgerliches Recht und Patriarchat, in: Gerhard/Jansen/Maihofer/Schmid/Schultz (Hrsg.), Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, 1990, S. 188 ff.
- 7 Mädje/Neusüß, Frauen in der Sozialpolitik- und Armutsforschung, in: Kulawik/Sauer (Hrsg.) 1996 (Fn 2), S. 206 ff; auch Meyer, Über das schwierige aber notwendige Verhältnis von Feminismus und Demokratie, in: Biester/Geißel/Lang/Sauer/Schäfter/Young (Hrsg.) 1991 (Fn 2), S. 68.

nicht mehr auf den ersten Blick auf. Abstrakte, geschlechtsneutral formulierte Regelungen erfassen formal sowohl Männer als auch Frauen. Frauen dürfen wählen und sich in Vereinen, Gewerkschaften und Parteien organisieren, alles Rechte, die Anfang des Jahrhunderts noch hart umkämpft waren.<sup>8</sup>

Und die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte weist weit über den Grundsatz formaler Gleichbehandlung hinaus. Das Verbot »mittelbarer Diskriminierung«, das in der Bundesrepublik nicht zuletzt auch von feministischen Juristinnen entwickelt wurde, verlangt, Gleichberechtigung nicht nur formal zu sehen, sondern die konkrete Lebensrealität der Geschlechter zu berücksichtigen. Dieses Verbot ist geradezu als systemsprengend angesehen worden: »Im überkommenen [Arbeits]Rechtssystem würde kaum mehr ein Stein auf dem anderen bleiben, wollte man nach denselben Grundsätzen wie bei der unmittelbaren Diskriminierung verfahren.«<sup>9</sup> Es könnte sich insofern lohnen, auf diesem Wege rechtsdogmatisch weiterzudenken. Weiterentwicklungen des Konzepts zeigen zum Beispiel, daß Gleichberechtigung hier nicht notwendigerweise eine Angleichung an die Lebensweise des Mannes voraussetzen muß oder lediglich bedeutet, wie frau zunächst vermuten könnte, daß die Mutter und Hausfrau unter Fortschreibung geschlechtsspezifischer Arbeitsteilung gleichbehandelt werden muß. Denn von der Meinung, Art. 3 Abs. 2 GG richte sich nicht gegen die gesellschaftlichen Wirkungen der Geschlechterdifferenz,<sup>10</sup> ist selbst das Bundesverfassungsgericht abgekommen. Es meint heute: »Art. 3 zielt auf Angleichung der Lebensverhältnisse... Überkommene Rollenverteilungen... dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.«<sup>11</sup>

Bei allen Schwierigkeiten der praktischen Umsetzung sowie zahlreicher offener rechtsdogmatischer Fragen, zum Beispiel zur sachlichen Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierung,<sup>12</sup> hat die feministische Rechtstheorie hier weit mehr als bloße Spuren in der Rechtspraxis

8 Zur Entwicklung siehe zum Beispiel Raasch, Rechtsweg ausgeschlossen?, Läßt sich die Befreiung der Frau durch Gesetze erstreiten?, Jahrbuch für Sozialökonomie und Gesellschaftstheorie 1989, S. 38 f.

9 Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 5. Aufl. 1988, S. 625; zu Begriff und Konzept Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 115 ff; zur Herkunft aus dem anglo-amerikanischen Recht gegen Rassendiskriminierung Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts. Ihre Rechtsgrundlagen im EU-Recht und ihre Auswirkungen auf das Sozialrecht der Mitgliedsstaaten, 1997, S. 20 ff.

10 So noch BVerfG 18.12.53, BVerfGE 3, 225 (S. 241).

11 BVerfG 28.02.91, BVerfGE 85, 191 (S. 207); siehe BVerfG 17.11.92, BVerfGE 87, S. 234 sowie BVerfG 16.11.1993, BVerfGE 89, 276; zur Interpretation des Verbot des mittelbaren Diskriminierung als Gewährleistung unterschiedlicher »Optionen« der Lebensgestaltung siehe Bieback 1997 (Fn 9), S. 39 ff.

12 Siehe zum Beispiel Bieback 1997 (Fn 9), S. 95 ff.

hinterlassen. Feministische Rechtspolitik und -dogmatik scheint ein so selbstverständlicher Teil der Rechtsentwicklung geworden zu sein, daß sie von Jürgen Habermas zusammen mit dem Arbeits- und dem Verbraucherschutzrecht als ein weiteres Beispiel für die Weiterentwicklung des modernen Rechts vom liberalen über das sozialstaatliche zu einem neuen »reflexiven« Paradigma genannt worden ist.<sup>13</sup>

### 1.3 Veränderung des Geschlechterverhältnisses als Machtfrage

Sowohl diese Entwicklungen wie die Schwierigkeiten bei der praktischen Durchsetzung unterstützen die Einschätzung, die Gleichberechtigung der Geschlechter stelle »nur« eine Frage politischer Macht dar. Nachdem der Anspruch auf Gleichbehandlung als Rechtssatz durchgesetzt ist, sehen es die Autorinnen, die auf die Eignung des Gleichbehandlungskonzeptes setzen, in erster Linie als ein Umsetzungsdefizit an, wenn die gesellschaftliche Realität dem Gleichbehandlungsgebot widerspricht. So erklärt es Ute Gerhard in erster Linie mit den gesellschaftlichen Verhältnissen, daß trotz Durchsetzung und Geltung des rechtlichen Gleichbehandlungsgebots das Leben der meisten Frauen auch heute noch durch die Zuweisungen geschlechtsspezifischer Arbeitsteilung bestimmt wird: »Gegen die Verwirklichung der Gleichberechtigung stehen Gewohnheiten und die Macht des Faktischen.«<sup>14</sup>

Wer in dieser Weise auf die Verwirklichung von Gleichberechtigung mit Hilfe rechtlicher Regelungen setzt, muß darauf achten, daß Frauen in staatlichen Entscheidungsorganen repräsentiert und vertreten sind. Entsprechend fragen die hier zu nennenden AutorInnen weniger danach, was der Staat darstelle, sondern, in wessen Hand er [zur Zeit] sei. Frauen müßten auch als Akteurinnen in staatlichen Strukturen gesehen werden.<sup>1615</sup> In den Worten von Jürgen Habermas: Die Verwirklichung von Gleichberechtigung setze »die Aktivierung der staatsbürgerlichen Autonomie« der Frauen voraus. Der Tatsache, daß gesellschaftliche Strukturen und öffentliche Kommunikation in der Realität durch Männer bestimmt sind, könne dadurch Rechnung getragen werden, daß »die Stellung der Frauen in der politischen Öffentlichkeit [ge]stärkt und ihre Teilnahme an den politischen Kommunikationen [ge]fördert« werde.<sup>1716</sup>

13 Habermas, Faktizität und Geltung, 2. Aufl. 1992, S. 506 ff.

14 Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht, 1990, S. 108; ähnlich MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State, 1991, S. 237 ff.

15 Sauer, Was heißt und zu welchem Zweck partizipieren wir, in: Biester/Holland-Cunz/Sauer (Hrsg.), 1994 (Fn 2), S. 99 ff.

16 Habermas 1992 (Fn 13), S. 513 ff.

Auch Politikwissenschaftlerinnen wie Eva Kreisky sehen zumindest keine prinzipiellen Hindernisse für Frauen, zu Entscheidungspositionen Zugang zu erhalten, und betrachten die Strukturen als zunächst offen für die Aufnahme von Frauen und Fraueninteressen. Die Unterrepräsentation von Frauen in staatlichen Entscheidungsstrukturen wird von Kreisky vor allem damit begründet, daß die formal geltenden Regeln öffentlicher Kommunikation in der Wirklichkeit mangelhaft umgesetzt würden. Frauen würden aus der Politik und staatlichen Entscheidungsstrukturen und -prozessen unter anderem durch »das äußerst vielfältige und vitale Berufsumfeld extremer Männerbünde« herausgehalten.<sup>17</sup> Diese Kritik an den »Männerbünden« richtet sich letztlich nicht gegen die formellen Strukturen, sondern gegen die informellen Verbindungen, die sich Männer unterhalb der auch für Frauen offenen Ebenen geschaffen hätten.

Hier wird deutlich, welche zentrale Bedeutung Gleichstellungsregelungen, insbesondere Quotierungsforderungen, im Rahmen eines solchen Ansatzes haben, und wie wichtig es für diese Autorinnen ist, daß der Weg zu ausdrücklicher Frauenförderung durch Bevorzugungsregelungen seit der Entscheidung des EuGH vom November 1997 wieder der politischen Auseinandersetzung geöffnet ist.<sup>18</sup>

## 2. Die grundsätzliche Kritik am patriarchalen Charakter von Recht und Staat

Im Gegensatz dazu sind andere Autorinnen der Meinung, daß einer Veränderung des Geschlechterverhältnisses über Recht abgesehen von der Frage politischer Macht grundsätzliche Hindernisse entgegenstehen, die mit dem patriarchalen Charakter des Staates zu tun hätten.

### 2.1 Zum Geschlechterbezug der Trennung von Staat und Gesellschaft

Der 13. Band der »beiträge zur feministischen theorie und praxis«, der 1985 unter dem Titel »unser staat?« erschien, wurde eingeleitet durch

- 17 Kreisky, Der Staat als Männerbund, in: Biester/Geißel/Lang/Sauer/Schäfter/Young (Hrsg.) 1991 (Fn 2), S. 53 ff; auch zitiert bei Sauer, 1994 (Fn 15), S. 124.
- 18 EuGH 11.11.97, Rs. C-409/95 (Marschall), EuZW 1997, S. 757. Vgl. dazu Kodré, KJ 1998, S. 335 ff. Zur politischen Auseinandersetzung um die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG siehe Limbach/Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, 1993.

Irmgard Schultz, die anhand einer historischen Argumentation den prinzipiellen Ausschluß von Frauen aus dem modernen Staat zu erklären sucht.<sup>19</sup> Schultz stellt eine Verbindung her zwischen der Entstehung des modernen Staates und den Hexenprozessen, die in derselben historischen Epoche stattfanden. Jean Bodin, der wichtigste Theoretiker der Staatsrechtslehre im 16. Jahrhundert, und Benedict Carpzov, der als Begründer der deutschen Strafrechtswissenschaft gilt, seien beide erbitterte Hexenverfolger und Hexenjäger gewesen. Diese dunkle Seite dieser Theoretiker habe keineswegs in Gegensatz zu ihren modernen Ideen gestanden. Auch bei den Hexenprozessen selbst habe es sich keineswegs um »Spuk« und »Wahn« gehandelt, um Reste des Mittelalters in der Neuzeit, denen durch die Aufklärung, die Diskussion über das Naturrecht, die Durchsetzung der Vernunft und die Entdeckung der Menschenwürde ein Ende gesetzt worden sei. Denn die moderne Rechtswissenschaft als Wissenschaft habe sich gerade erst anhand der Hexenprozesse herausgebildet und etabliert. Hier sei die Monopolisierung des Rechtes durch den Staat und die Herausbildung eines Polizei- und Staatsapparates durchgesetzt worden. Mit ihrer Hilfe seien zugunsten des staatlichen Gewaltmonopol gesellschaftliche Mechanismen der Konfliktregelung bekämpft und vernichtet worden. In den Hexenprozessen fänden wir deshalb nicht zufällig in rudimentärer Form bereits alle Kennzeichen des modernen Rechts, insbesondere dessen Abstraktion und Begrifflichkeit.<sup>20</sup>

Diese Argumentation ist in neuerer Zeit von der Rechtsanwältin Barbara Degen wieder aufgenommen worden und hat insofern aktuellen Einfluß. Degen versucht mit ihrer Hilfe zu begründen, inwiefern Frauen sich in Rechtsfragen entweder an männlichen Normen orientierten oder dieser Rechtsordnung prinzipiell fremd gegenüberstünden.<sup>21</sup>

Die historisch orientierte feministische Theorie hat demgegenüber einen differenzierteren Ansatz verfolgt, um das Konzept der Abstraktion des Rechts von konkreten Lebensverhältnissen und Unterschieden in Hinblick auf das Geschlechterverhältnis zu analysieren. In den Mittelpunkt stellte sie die Frage, inwieweit mit der modernen Trennung von Staat und Gesellschaft ein bestimmtes Konzept der Geschlechterdifferenz und Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern notwendig verbunden ist. Diese Verbindung wurde unter anderem darin gesehen, daß

19 Schultz, Überlegungen zu einer feministischen Staatstheorie anhand von Jean Bodin (1529–1596), in: beiträge zur feministischen theorie und praxis 13 (1985), S. 9 ff.

20 Zum ganzen Schultz, beiträge zur feministischen theorie und praxis 13 (1985) (Fn 19), S. 9 ff; Degen, Justitias mißratene Töchter – Feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft, Streit 1993, S. 43 ff; Degen, Im Kernland der Hexenprozesse, Weibblich 23/Okt. 95, S. 9 ff.

21 Degen, Streit 1993 (Fn 20), S. 47.

Produktions- und Reproduktionsbereich als Strukturkomponente der modernen Lebensweise voneinander getrennt seien.<sup>22</sup> Sowohl die kapitalistische Wirtschaft wie die Familie stünden im Staatskonzept als »private« Bereiche zunächst außerhalb des Einflusses staatlicher Regulierung.<sup>23</sup>

Wie über diese Strukturen der Ausschluß von Frauen organisiert wird, ist vor allem anhand einer Kritik des Modells des autonomen Staatsbürger dargestellt worden. Unter Bezugnahme unter anderem auf Hobbes, Locke und Kant haben zahlreiche Autorinnen den männlich gedachten und konzipierten autonomen Staatsbürger, der auch die Familie nach außen repräsentiert, als Grundeinheit des Staates kritisch beschrieben. Vor diesem Hintergrund sei es keineswegs inkonsequent gewesen, wenn die Naturrechtstheorie Frauen nicht als Partnerinnen des Gesellschaftsvertrags vorsah. Sie seien als eigenständige Subjekte nicht vorgekommen, da sie als über das Konstrukt Ehe an einen Mann angebunden und insofern als dem öffentlichen, staatsbezogenen Bereich nicht angehörend gesehen worden seien.<sup>24</sup>

## 2.2 Der kühle Raum der Öffentlichkeit und das Geschlechterverhältnis

Eine wichtige Rolle in diesen Analysen des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft spielt das Medium »Öffentlichkeit«, das in demokratischen Konzepten eine Anbindung staatlicher Entscheidung an die Staatsbürger und über diese eine Verbindung zu deren »privaten« gesellschaftlichen Verhältnissen gewährleistet. Feministische Kritikerinnen haben sich dabei unter anderem an seiner Beschreibung durch Jürgen Habermas orientiert. Der Bereich »Öffentlichkeit« sei darin zum einen in Gegensatz zum Bereich des »Privaten« festgelegt, zum anderen insofern auf den Staat bezogen, als gesellschaftliche Auseinandersetzungen

- 22 Lang, Öffentlichkeit und Geschlechterverhältnis, in: Kreisky/Sauer (Hrsg.) 1995 (Fn 2), S. 94; Raasch 1989 (Fn 8), S. 36.
- 23 Siehe insbesondere Lang, Politische Öffentlichkeit und Demokratie, in: Biester/Holland-Cunz/Sauer (Hrsg.) 1994 (Fn 2), S. 209 ff sowie Lang 1995 (Fn 22), S. 95 ff.
- 24 Gerhard 1990 (Fn 6), S. 188 ff; Lang 1994 (Fn 23), S. 204 ff; Hansen, Egalität und Androzentrismus, in: Biester/Holland-Cunz/Sauer (Hrsg.) 1994 (Fn 2), S. 146 ff (vor allem zu Locke); Braun/Diekmann, Individuelle und generative Reproduktion in den politischen Philosophien von Hobbes, Locke und Kant, in: Biester/Holland-Cunz/Sauer (Hrsg.) 1994 (Fn 2), S. 175 ff. Siehe auch Apelt, Staatsbürgerin und Gesellschaftsvertrag, Argument 210/1995, S. 548; Pateman, Feminismus und Ehevertrag, in: Nagl-Docekal/Pauer-Studer (Hrsg.), Politische Theorie – Differenz und Lebensqualität, 1996, S. 174 ff.

der Vorbereitung der staatlichen Willensbildung in Form von Gesetzgebung dienen.<sup>25</sup>

Unter den Kritikerinnen, die versucht haben zu zeigen, inwiefern die Geschlechterdifferenz in diesen Konzepten enthalten ist, sei hier Andrea Maihofer hervorgehoben. Nach ihrer Analyse gehört zum modernen Staats-, Bürger- und Demokratieverständnis die Konstruktion zweier polarisierter Geschlechtscharaktere. Auf der einen Seite stehe das »Subjekt Mann«, der autonome, 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 regle. Auf der anderen Seite stehe die von ihrem Geschlecht und ihrem Körper, das heißt auch der Natur, abhängige Frau.<sup>26</sup> Der männliche Geschlechtscharakter bestimme sich so immer in Abgrenzung zum weiblichen Charakter der Beziehungsorientiertheit, Emotionalität und Körperbezogenheit.

- 25 Dackweiler/Holland-Cunz, Strukturwandel feministischer Öffentlichkeit, Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis 30/31 (1991), S. 105 ff; Hausen, Überlegungen zum geschlechtsspezifischen Strukturwandel der Öffentlichkeit, in: Gerhard/Jansen/Maihofer/Schmid/Schultz 1990 (Fn 24), S. 268 ff. Auch Lang 1994 und 1995 (Fn 23) bezieht sich kritisch vor allem auf Arendt und Habermas und deren Verständnis der Öffentlichkeit als des politischen, gesellschaftlichen Raumes. Siehe auch Benhabib/Cornell, Introduction, in: dies. (Hrsg.), *Feminism as Critique: Essays on the Politics of Gender in Late-Capitalist Societies*, 1987, S. 5 ff; eine kritische Analyse von Habermas' Konzepten findet sich auch bei Young, *Impartiality and the Civic Public*, in: Benhabib/Cornell (Hrsg.), 1987 (aaO), S. 67 ff.
- 26 Ausführlich Maihofer, *Geschlecht als Existenzweise. Macht, Moral, Recht und Geschlechterdifferenz*, 1995, S. 109 ff; ; siehe auch Schultz 1985 (Fn 19), S. 16 und Benhabib/Cornell 1987 (Fn 25), S. 10 ff für die feministische Kritik; zu den entsprechenden Konzepten bei Hobbes und Locke: Hansen 1994 (Fn 24), S. 146 ff sowie Lang 1994 (Fn 23), S. 204 ff; Schaeffer-Hegel, *Säulen des Patriarchats. Zur Kritik patriarchaler Konzepte von Wissenschaft – Weiblichkeit – Sexualität und Macht*, 1996, S. 196 ff; Rumpf, *Staatsgewalt, Nationalismus und Krieg*, in: Kreisky/Sauer (Hrsg.) 1995 (Fn 2), S. 223 ff.

## 2.3 Praktische Konsequenzen des Geschlechterbezugs des Staates

### 2.3.1 Durchsetzung des Geschlechterverhältnisses durch staatliches Recht

Daß diese Strukturen auch historisch und praktisch Frauen aus der staatlichen Entscheidungsfindung ausgeschlossen hätten, ist für Maihofer die Erklärung dafür, wie es kommen konnte, daß die Theoretiker und Praktiker der Französischen Revolution keineswegs die Frauen mitmeinten, wenn sie sich auf den formal universalen Gleichbehandlungsgrundsatz bezogen. Die politischen Frauencclubs wurden 1793 geschlossen; 1795 wurde Frauen die Teilnahme an jeglicher politischen Versammlung verboten, und im Jahre 1800 wurde ihnen auch das Tragen der Kokarde, des Symbols der revolutionären Bürgergesinnung, untersagt, bevor man sie explizit vom Wahlrecht ausnahm. Olympe de Gouges, die in Parallelität zur Erklärung der Rechte der Männermenschen eine »Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin« entworfen hatte, wurde später guillotiniert.<sup>27</sup>

Anders als Ute Gerhard, die vor allem die strategisch positiven Aspekte der rechtlichen Verankerung des universalen Gleichbehandlungsgrundsatzes sieht, lenkt diese prinzipielle Kritik das Augenmerk auch auf die Rolle, die der Staat bei der Ausgestaltung des modernen Geschlechterverhältnisses spielte und spielt. Staatsbürgerkonzept und Ehekonzept bildeten zwei Seiten derselben Medaille. Indem die Ausgestaltung des Geschlechterverhältnisses keineswegs unbeeinflusster gesellschaftlicher Entwicklung überlassen, sondern mit Hilfe des Eherechts staatlich geformt worden sei, sei das Recht wesentlich daran beteiligt gewesen, die ökonomische Abhängigkeit der Frau vom Mann durchzusetzen.<sup>28</sup> Bezeichnenderweise habe sich das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) nicht gemäß der sonstigen Tendenz des modernen Zivilrechts »vom Ständerecht zum Vertrag«<sup>29</sup> entwickelt. Denn anders als noch im Preußischen Allgemeinen Landrecht sei die Ehe im 19. Jahrhundert zunehmend nicht mehr als Vertrag zwischen den Eheleuten begriffen, sondern als Institution konzipiert worden.<sup>30</sup> Übrigens wurde dies

27 Maihofer, Gleichheit nur für Gleiche?, in: Gerhard/Jansen/Maihofer/Schmid/Schultz (Hrsg.) 1990 (Fn 24), S. 351 ff; Appelt 1995 (Fn 24), S. 540; Schaeffer-Hegel 1996 (Fn 30), S. 127. Vgl. auch Gerhard, Menschenrechte auch für Frauen. Der Entwurf der Olympe de Gouges, KJ 1987, S. 127–144 mit der Erklärung im Anhang S. 145 ff.

28 So auch Voegeli, Funktionswandel des Scheidungsrechts, KJ 1982, S. 132–155.

29 Degen 1995 (Fn 21) zitiert hierzu William Seagle.

30 Gerhard 1990 (Fn 6), S. 197 ff; Berneike, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1995, S. 60; zu Fichtes Konzepte insofern Schaeffer-Hegel 1996, (Fn 26),



auch damals schon als ein Angriff auf Fraueninteressen angesehen, wie die Tatsache zeigt, daß in der Zeit der Verabschiedung des BGB gerade die Frauenbewegung noch auf der Vertragskonstruktion bestand. So verteilte der Bund deutscher Frauenvereine um und nach 1900 Flugblätter mit Musterverträgen zur Vereinbarung der Gütertrennung.<sup>31</sup>

Gegen die These, das staatliche Recht trage eine Mitverantwortung für die Ausgestaltung des gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisses, mag eingewandt werden, daß die Bedeutung der Institution Ehe abgenommen hat<sup>32</sup> und insofern die ungleichen gesellschaftlichen Strukturen des Geschlechterverhältnisses nicht mehr so ausdrücklich durch und im Recht verfestigt werden. Andererseits gibt es neuere Untersuchungen zum Geschlechterbezug des Sozialstaats, die nahelegen, daß der Sozialstaat es zum Teil übernommen haben könnte, die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung zu unterstützen und zu reproduzieren. Darauf deutet jedenfalls die Struktur dieser Leistungen hin, insbesondere ihre Erwerbsarbeits- und Familienbezogenheit.<sup>33</sup>

### 2.3.2 *Frauen im kühlen Raum der Öffentlichkeit*

Nichtsdestotrotz haben sich die erwähnten Regelungen fraglos mit der gesellschaftlichen Situation und politischer Macht verändert. Dies könnte ein Argument dafür sein, daß möglicherweise nichts prinzipiell dagegen spricht, daß der Staat bei einer stärkeren Repräsentation von Frauen und Fraueninteressen in den Strukturen diese Aufgaben einer Zementierung des Geschlechterverhältnisses abgeben könnte.

Den erwähnten grundsätzlichen Analysen zufolge muß sich die geschlechtsspezifische Konzeption von Staat und Öffentlichkeit allerdings in praktischem rechtsbezogenem Handeln notwendig zu Lasten einer Beteiligung von »Frauen« auswirken. So hat Barbara Holland-Cunz dargestellt, daß die Zuweisung von Orten der Öffentlichkeit an den autonomen Staatsbürger und dessen Zuweisung wiederum an das männliche Geschlecht bedeute, daß ein Handeln im Bereich der »Öffentlichkeit«

S. 157 ff; zur Entwicklung auch Böttger, *Das Recht auf Gleichheit und Differenz*. Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3.2 Grundgesetz, 1990, S. 34 ff.

31 Berneike 1995 (Fn 30), S. 64.

32 Voegeli 1982 (Fn 28).

33 Gerhard, *Sozialstaat auf Kosten von Frauen*, in: Gerhard/Schwarzer/Slupik (Hrsg.), *Weinheim/Basel* 1988, S. 11 ff; S. 24 f. Bieback 1997 (Fn 9), S. 123 ff und S. 229 ff. Eine ähnliche Rolle könnte auch das Steuerrecht spielen; siehe dazu Mennel, *Frauen, Steuern, Staatsausgaben* in: Gerhard/Schwarzer/Slupik (Hrsg.) 1988 (aaO), S. 79 ff und Schwan, *Milchmädchens Rache*, 1996.

den männlichen, körper- und beziehungslosen Geschlechtscharakter erfordere. So stelle sich der »durch Rituale, Rollen und Grenzen kühl strukturierte Raum« der Öffentlichkeit als patriarchal dar: »Binnenstrukturen des öffentlichen Ortes signalisieren: Die hier Sprechenden und Handelnden sind sozial-männlichen Geschlechts, ihre Sprache ist sach- und nicht personenbezogen, ihre Weise des Verstehens ist nicht-empathisch.«<sup>34</sup>

Inwieweit die hiermit beschriebene Differenz zweier Geschlechtercharaktere tatsächlich empirisch beobachtbar ist und einen geeigneten Bezugspunkt für feministische Politik darstellt, ist zwischen Differenz- und Gleichheitstheorie heftig umstritten. Insbesondere postmoderne Theoretikerinnen wie Judith Butler bestehen darauf, daß die Geschlechterdifferenz in all ihren Aspekten ein soziales Konstrukt sei, das die Wirklichkeit von einzelnen konkreten »Frauen« und »Männern« nicht annähernd vollständig wiedergebe.<sup>35</sup> Dem hält wiederum Andrea Maihofer entgegen, daß die gesellschaftlichen Zuschreibungen von Eigenschaften trotzdem dadurch eine Realität erhalten, daß alle Menschen gesellschaftlich einem von zwei Geschlechtern zugeordnet werden sowie dazu veranlaßt werden, sich ständig in jeder Handlung wieder zuzuordnen. Sie beschreibe das Geschlecht deshalb nicht als Eigenschaft, sondern als eine »Existenzweise«.<sup>36</sup>

Diese Beschreibung der Beziehung zwischen idealtypischen Geschlechtscharakteren und empirischen Frauen und Männern vermag meiner Meinung nach angemessen zu erklären, wie die aufgezeigten strukturellen Kontinuitäten die historischen Fortschritte unter dem Gleichbehandlungsgrundsatz überdauern konnten. So kann Maihofer erklären, wie Staat und Öffentlichkeit männliche Institutionen bleiben können, selbst wenn sie von Frauen besetzt sind. Die Zuweisung des Raums der Öffentlichkeit an das sozial-männliche Geschlecht bedeute für Frauen eben, daß sie hier nicht »als Frauen« teilnehmen. Wollen sie in der gesellschaftlichen, staatsbezogenen Öffentlichkeit agieren, müßten sie dies unter Absehung ihres »weiblichen« Geschlechtscharakters tun und sich »männlich« verhalten.<sup>37</sup> Oder, wie auch Sauer formuliert: »Zwischen der Rekrutierung von Frauen in Staatsbürokratien und einem »frauenfreundlichen Staat« [gibt es] keinen automatischen Zusammenhang« – »ein Staat kann also maskulinistisch sei, ...ohne im eigentlichen Wortsinne »bemannt« zu sein«.<sup>38</sup>

34 Holland-Cunz, Öffentlichkeit und Intimität, in: Biester/Holland-Cunz/Sauer (Hrsg.) 1994 (Fn 2), S. 235 ff.

35 Insbesondere Butler, Das Unbehagen der Geschlechter, 1991.

36 Maihofer 1995 (Fn 26).

37 Maihofer 1995 (Fn 26).

38 Sauer 1997 (Fn 3), S. 136.

### 3. Konsequenzen der grundsätzlichen Kritik für feministisches Handeln in staatlichen Strukturen

Wenn man/frau akzeptiert, daß die Geschlechterdifferenz in dieser Weise in den modernen staatlichen Strukturen eingeschrieben ist, stellt sich die Frage, ob staatliches Recht überhaupt im Interesse einer Veränderung des Geschlechterverhältnisses genutzt werden kann. Feministische Autorinnen haben sie ganz unterschiedlich beantwortet; am deutlichsten und pointiertesten ist die Frage von einigen Autorinnen aus dem Umfeld der sogenannten Differenztheorie verneint worden.

#### 3.1 Weibliche Entscheidungsfindung: »Die andere Stimme«

Sie beschränken sich nicht darauf, die patriarchalen Verhältnisse zu kritisieren, sondern beziehen sich auch positiv auf ein »weibliches« Rechts- und Demokratieverständnis. So stellt Gilligan<sup>39</sup> die (männliche) Moral der Rechte, welche »natürliche Bindungen« zugunsten individueller Ansprüche auflöse, in einen Gegensatz zu einer (weiblichen) Moral der Verantwortung (»Care«), die Einzelansprüche zu einem Netz von Beziehungen verwebt und die Unterscheidung zwischen dem Selbst und dem Anderen durch den Hinweis auf Interdependenz verwische. Gilligan wünscht sich, die »weibliche Ethik« möge nicht im privaten Raum der Frauen verbleiben, sondern einen eigenen Platz im öffentlichen Raum beziehen.

In Bezug auf Entscheidungsprozesse und demokratische Regeln ist ein Differenzmodell im deutschen Raum neuerdings vor allem beim Feministischen Rechtsinstitut vertreten und von Malin Bode formuliert worden. »Unser« (das weibliche) Demokratieverständnis zeichne sich durch eine ständige Suche nach dem Gemeinsamen statt dem Trennenden und Beziehungsorientiertheit aus. Bode betont vor allem die Prozeßhaftigkeit der, wie sie es nennt, »Entscheidungsfindung von Frauen«: »Die informellen Regeln verlieren sofort an Wert, wenn sie benannt werden.«<sup>40</sup>

39 Gilligan, Die andere Stimme. Lebenskonflikte und Moral der Frau, 1984, S. 163; vgl. auch die Besprechung von Maihofer, Ansätze zur Kritik des moralischen Universalismus. Zur moraltheoretischen Diskussion um Gilligans Thesen zu einer »weiblichen« Moralauffassung, Feministische Studien 1/1988, S. 32 ff.

40 Bode 1995 (Fn 5), S. 19 ff; Bode 1996 (Fn 5), S. 9 ff.

## 3.2 Demokratietheoretische Kritik

Kritik an diesem Differenzansatz kommt außer von der Seite der universalistischen Gleichheitstheorie<sup>41</sup> aus zwei Richtungen: Zum einen werden die »weiblichen« Entscheidungsmechanismen demokratietheoretisch hinterfragt, zum anderen wird der inhärente »Essentialismus«, die positive Bezugnahme auf »weibliche« Eigenschaften der Frauen kritisiert.

Aus demokratietheoretischer Sicht meint zum Beispiel Barbara Holland-Cunz, die weibliche Ethik des »Care«, der Sorge für andere, erhalte einen unterdrückenden Charakter, wenn sie aus ihrem Zusammenhang gerissen werde. »Weibliche« Verhaltensweisen könnten nicht als solche in den »männlichen« öffentlichen Raum eingebracht werden. »Private Tugenden« würden im Öffentlichen ihren (ansonsten positiv zu bewertenden) Charakter verlieren und Herrschaft an Stelle von Bindung erzeugen. »Beziehungsorientierung« und die ständige Betonung des Gemeinsamen statt des Trennenden könnten dazu führen, daß Differenzen, Hierarchien, aber auch Stärken und Schwächen einzelner Frauen nicht sichtbar und bewußt würden, während sich unter der Hand Hierarchien durchsetzten und einzelnen Frauen Verantwortung zugeschoben oder von diesen ergriffen würden.<sup>42</sup>

Anne Phillips kommt zu ähnlichen Ergebnissen, wo sie Entscheidungsprozesse in der »Frauen- und Alternativbewegung« beschreibt. Der informelle Stil baue vor allem auf persönliche und freundschaftliche Kontakte. Dies könne es schwer machen, verschiedener Meinung zu sein, weil dann häufig gleich auch persönliche Kontakte und emotionale Beziehungen auf dem Spiel stünden.<sup>43</sup>

Was mit dieser Kritik gemeint ist und inwiefern solche Prozesse im Grunde genommen nur unter »Freundinnen« funktionieren, wird gerade bei Bodes Beschreibungen des »weiblichen« Demokratieverständnisses deutlich. Denn das wortlose Verstehen unter Frauen, das sie beobachtet haben will, gibt es nicht schon qua Geschlecht. Entweder ist über Jahre hinweg eine gemeinsame Verständigungsbasis gewachsen und in vielen Konflikten erarbeitet worden, oder die Affinität ergibt sich aus einer über Generationen in bestimmten sozialen Zusammenhängen entstandenen Einheitlichkeit im Verhalten oder Habitus.<sup>44</sup>

41 Vgl. oben bei Fn 6 f.

42 Holland-Cunz 1994 (Fn 34), S. 239. Siehe auch schon Dackweiler/Holland-Cunz 1991 (Fn 25), S. 112.

43 Phillips, *Geschlecht und Demokratie*, 1995, S. 210 ff unter Hinweis auf Mansbridge, die hierfür den Begriff der »Grenzen der Freundschaft« geprägt habe; siehe dazu auch Nagl-Docekal, *Gleichbehandlung und Anerkennung von Differenz: Kontroversielle Themen feministischer politischer Philosophie*, in: Nagl-Docekal/Pauer-Studer (Hrsg) 1996 (Fn 24), S. 44 ff.

44 Zum Begriff des Habitus Pierre Bourdieu, *Die feinen Unterschiede: Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft*, 8. Aufl. 1996.

Das »wortlose Verstehen« erinnert sogar an Kreiskys Beschreibung der Männerbünde im politisch-öffentlichen Raum, die durch nicht benannte und nach außen nicht transparente informelle Regeln den Ausschluß unter anderem von Frauen organisierten.<sup>45</sup> Entsprechend könnten auch innerhalb der Frauenbewegung über die Formel »Eine Frau ist eine Frau« Ausschlußpraktiken gegenüber Frauen funktionieren, die nicht der Dominanzkultur zugehören.<sup>46</sup> Spätestens seit den Debatten über Rassismus und Differenz unter Frauen, wie sie innerhalb der Frauenbewegung geführt worden sind, kann nicht mehr einfach von »wir« und »unseren« Verhaltensweisen geredet werden, ohne daß deutlich gemacht wird, wer mit »wir« gemeint und wer davon ausgeschlossen ist.

### 3.3 Kritik an Essentialismus und Universalismus

Zu ähnlichen Ergebnissen kommen postmoderne Theoretikerinnen wie Judith Butler und Drucilla Cornell über eine Kritik am »Essentialismus« des Geschlechterverständnisses der Differenztheoretikerinnen.<sup>47</sup> Butler und Cornell meinen insbesondere, daß es grundsätzlich keine allgemeinen Maßstäbe für verschiedene Menschen geben könne, konkreten Frauen und Männern also nicht Eigenschaften unterstellt werden könnten, die gesellschaftlich dem Geschlecht, dem sie angehörten, zugewiesen seien.

Diese Argumente richten sich allerdings genauso gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, der Frauen dieselbe Behandlung wie Männern garantieren soll. Butler kennzeichnet diese Ansätze mit dem Begriff »fundamentalistischer Universalismus«.<sup>48</sup>

Im deutschen Raum hat sich vor allem Maihofer mit den Erkenntnissen postmoderner Theorien, insbesondere Foucaults, und ihren Konsequenzen für feministische Theorie beschäftigt. Aus diesem Anlaß hat sie im einzelnen bis in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gezeigt, wie »der Diskurs der Gleichheit... und der Diskurs der Geschlechterdifferenz... nicht nur historisch gleichursprünglich«

45 Nachweis siehe oben bei Fn 17.

46 Siehe zum Beispiel Rommelspacher, *Dominanzkultur*, 1995 (zur Definition siehe S. 22) sowie Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis 27/1990 (»Geteilter Feminismus«) und 42/1996 (»Migration und Dominanzgesellschaft«).

47 Butler, *Kontingente Grundlagen: Der Feminismus und die Frage der »Postmoderne«*, in: Benhabib/Butler/Cornell/Fraser, *Der Streit um Differenz*, 1993, S. 36 ff; Cornell, *Gender, Geschlecht und gleichwertige Rechte*, aaO, S. 80 ff.

48 Butler 1993 (Fn 47), S. 36 ff.

entstehen, sondern bis heute »gleichsam konstitutiv miteinander verwoben« sind.<sup>49</sup> Die Anwendung eines allgemeinen Maßstabs könne vor diesem Hintergrund zu Uniformierung und Leugnung tatsächlicher Differenzen führen. Das herkömmliche Gleichheitskonzept, das auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Grund liege und mit dem vorgegeben werde, keine Gleichmacherei zu betreiben, zwingt diejenigen, die sich auf Gleichheit berufen wollen, ihre Verschiedenheit zu bestreiten.

### 3.4 Zwischen Essentialismus und Universalismus: »Gleichwertige« Rechte

In dieser Kritik sowohl am Essentialismus der Differenztheorien als auch am Universalismus der Gleichheitstheorien entsteht nun das »feministische Dilemma«. <sup>50</sup> Kann frau sich überhaupt auf Geschlecht und Geschlechterdifferenz beziehen, wenn sie andererseits die Kategorien selbst ablehnt und sich perspektivisch für eine Auflösung der Geschlechterdifferenz einsetzt? In letzter Konsequenz wird diese Frage gerade von der US-amerikanischen Rechtswissenschaftlerin Drucilla Cornell positiv beantwortet. Sie hat sich für die Konstruktion von zwei Gruppen von Rechten ausgesprochen, die diese nicht wieder in letzter Instanz auf einen gemeinsamen Nenner bringen sollte, das heißt für die Schaffung »gleichwertiger Rechte«. <sup>51</sup> Auch Andrea Maihofer hat ein Verständnis der Gleichheitsnorm entwickelt, das von vornherein von Verschiedenheit ausgeht. <sup>52</sup> Wenn Frauen im Gleichberechtigungsrecht nicht nur als Verkörperung eines Mangels, sondern als wirkliche Subjekte erscheinen sollten, müsse gegen die Logik des einen männlichen Maßstabs eine plurale Logik gesetzt werden, die verschiedene Maßstäbe zulasse.

»Plural« bezieht sich dabei allerdings nur auf »möglicherweise zwei« Begriffe von menschlicher Würde, <sup>53</sup> also auf die Differenz der beiden gesellschaftlich konstruierten Geschlechter. Und auch Cornells Konzept der gleichwertigen Rechte erkennt, wie sie selbst schreibt, letztlich das

49 Maihofer 1995 (Fn 26), S. 161; MacKinnon, Geschlechtergleichheit: Über Differenz und Herrschaft, in: Nagl-Docekal/Pauer-Studer (Hrsg.) 1996 (Fn 24), S. 142 ff.

50 Baer, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise, KrimJour 1996, S. 242 ff.

51 Cornell 1993 (Fn 47), S. 95 f.

52 Sie will unter Verweis auf Adorno, *Minima Moralia*, 1978, S. 130 f, Nr. 66 »...den besseren Zustand... denken als den, in dem man ohne Angst verschieden sein kann.« Siehe auch Sokol 1989 (Fn 4), S. 10/11.

53 Maihofer 1990 (Fn 27), S. 351 ff.

Bestehen der Geschlechterdifferenz an. Worin unterscheiden sich ihre Vorschläge also von Irigarays Forderung nach einer Schaffung »geschlechtsdifferenzierter bürgerlicher Rechte«? Diese Differenztheoretikerin hat schließlich theoretisch einen grundsätzlich anderen Ansatzpunkt, denn sie nimmt auf herkömmliche Geschlechtsattribute positiven Bezug, wenn sie Rechte für »historisch dringlich« erklärt, damit ein Modell für eine »Identität von Frauen als Angehörige der Zivilgesellschaft« geboten werde.<sup>54</sup> Andererseits haben Cornells und Maihofers Ansätze über den Begriff der »Gleichwertigkeit auch eine Nähe zu universalistischen Gleichheitstheorien, so daß Nagl-Docekal zu dem Schluß kommen kann, daß »das postmoderne Pluralitätskonzept, freilich ohne dies zu reflektieren, einen Begriff formaler Gleichheit ... in Anspruch nehmen muß.«<sup>55</sup>

Die Heftigkeit, mit der die theoretische Auseinandersetzung zum Teil geführt wird, steht auf den ersten Blick in Gegensatz zu dieser Annäherung in den Begriffen, ließe sich aber immerhin rechtfertigen, wenn entsprechende Unterschiede in den praktischen Ergebnissen bestünden. Einen solchen Ertrag der Debatte festzustellen, ist jedoch nicht ganz einfach. Die Theoretikerinnen äußern sich nur in den seltensten Fällen dazu, wie sie sich ein Konzept gleichwertiger Rechte im einzelnen durchgeführt vorstellen und worin jeweils Unterschiede zu bestehenden rechtswissenschaftlichen Ansätzen liegen könnten. Wo Drucilla Cornell dies getan hat, hat sie allerdings tatsächlich deutlich gemacht, daß mit einem Konzept »gleichwertiger Rechte« mehr verbunden sein könnte als nur die Aufforderung, auch rechtliche Handlungsformen und den Gleichbehandlungsgrundsatz zu nutzen. So faßt sie Formen der Diskriminierung von Homosexuellen als Diskriminierungen wegen des Geschlechts und zeigt, wie die Verstärkung von Stereotypen weiblicher Differenz als Diskriminierung verstanden werden kann, insofern die Stereotypen nicht von der Hierarchie der Geschlechter zu trennen sind.<sup>56</sup> Auch Catharine MacKinnon, die sich ebenfalls mit dem feministischen Dilemma auseinandergesetzt hat, schlägt vor, das Geschlechterverhältnis als Dominanzverhältnis und das Gleichheitsrecht als Hierarchisierungsverbot zu betrachten.<sup>57</sup>

Im einzelnen könnte dies für das deutsche Recht heißen, an der Entwicklung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung weiterzuarbeiten,

54 Einleitung von Irigaray, *Genealogie der Geschlechter*, 1989, S. 15 ff und Irigaray, in: Gerhard/Jansen/Maihofer/Schmid/Schultz (Hrsg.) 1990 (Fn 6), S. 338 ff; vgl. für ihre essentialistischen Vorstellungen der Geschlechterdifferenz S. 342: der »weibliche Körper« als »jungfräulicher und potentiell Gebärender«; siehe auch Bode 1996 (Fn 5), S. 12, die auf die Gleichheit der Frauen in der »Kompetenz der Gebärfähigkeit« verweist.

55 Nagl-Docekal 1996 (Fn 43), S. 29.

56 Cornell 1993 (Fn 47), S. 81.

57 MacKinnon 1991 (Fn 14), S. 242; MacKinnon 1996 (Fn 49), S. 145 ff; Baer 1996 (Fn 50) unter Verweis auf MacKinnon.

das ja bereits unter Einbeziehung der tatsächlichen Lebensverhältnisse (Un-)Gleichheit konkret und nicht abstrakt betrachtet. Hier könnten Ansatzpunkte für ein alternatives Verständnis von Gleichheit und Gleichberechtigung sein, das weder eine bloße Angleichung an das männliche Vorbild noch eine Festschreibung bestehender Geschlechtsrollen bedeutet. So hat Karl-Jürgen Bieback am Beispiel der mittelbaren Diskriminierung im Sozialrecht gezeigt, mit welchen praktischen Konsequenzen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung weiterentwickelt werden könnte als eine Garantie verschiedener Optionen der Lebensgestaltung, also der Möglichkeit, verschiedene (Geschlechts-)Rollen einzunehmen.<sup>58</sup>

#### 4. Zur Repräsentation von Frauen und Fraueninteressen in Entscheidungsprozessen

Mit dem Nachdenken über tragbare Konzepte »gleichwertiger Rechte« im materiellen Recht habe ich allerdings die grundsätzliche Frage übersprungen, die sich aus den dargestellten Kontroversen über den Charakter des Staates ergibt: Wie können solche feministischen Aspekte und Konzepte in die staatlichen Entscheidungsprozesse eingebracht werden? Wenn die Geschlechterdifferenz tatsächlich konstitutives Moment der politischen Öffentlichkeit ist, wie sowohl Barbara Holland-Cunz als auch Andrea Maihofer aus unterschiedlichen Richtungen gezeigt haben, muß frau sich auch mit der Frage auseinandersetzen, wie ein Konzept von öffentlicher Kommunikation zu denken wäre, bei dem »weibliches« Sozialverhalten Teil formalisierter Entscheidungsfindungsprozesse sein kann. Gerade die prinzipiellen Analysen über den Geschlechtscharakter des Staates fordern zu einer Stellungnahme über Alternativen auf, wenn auch möglicherweise nicht im unmittelbaren und gegebenen staatlichen Strukturzusammenhang.

Auch hier stellen wir allerdings fest, daß die Autorinnen, die sich auf theoretischer Ebene mit dem Geschlechtscharakter des Staates und des Rechts beschäftigen, selten konkrete Beispiele oder Vorschläge für Modelle nennen, die ihrem Ansatz entsprechen könnten. Trotzdem soll im folgenden versucht werden darzustellen, zwischen welchen Polen sich die Auseinandersetzung bewegt bzw. bewegen könnte, insbesondere welche praktischen Modelle eine Umsetzung der Konzepte von »gleichwertigen Rechten« auf der Ebene der Entscheidungsstrukturen darstellen könnten.

58 Bieback 1997 (Fn 9), S. 63; S. 92.



## 4.1 Die verschiedenen Modelle und Ansätze

Zur Umgestaltung öffentlicher Kommunikation gibt es zwei Grundansätze. Der eine setzt auf Formen spezifischer Repräsentation von »Fraueninteressen« oder »Frauen«, der andere setzt auf eine Integration der geschlechtergeteilten Maßstäbe in einem neuen »androgynen« Verhaltensmodell.

### 4.1.1 Modelle spezifischer Repräsentation

Das erste Modell einer speziellen Repräsentation der Geschlechterdifferenz durch Beteiligungsrechte kennt zwei Ausprägungen: Zum einen kann verfahrensrechtlich die Berücksichtigung von »Fraueninteressen« in Entscheidungsprozessen festgeschrieben werden, zum anderen kann die Beteiligung von Frauen durch Formen von »affirmative action« abgesichert werden.

#### 4.1.1.1 Repräsentation von Fraueninteressen durch spezielle Institutionen

Das Modell, das sich in Europa praktisch am weitesten durchgesetzt hat, ist das einer spezifischen Repräsentation von Fraueninteressen. Personen oder Organisationen, die sich die Repräsentation von »Fraueninteressen« zur Aufgabe gemacht haben, also insbesondere Frauenverbände und -gruppen, aber auch Einzelpersonen, werden formell in die Entscheidungsverfahren eingebunden, um die Berücksichtigung der von ihnen repräsentierten Interessen zu gewährleisten.

In der BRD wird so zum Teil der »Deutsche Frauenrat – Lobby der Frauen – Bundesvereinigung deutscher Frauenverbände und Frauengruppen gemischter Verbände e.V.« einbezogen, der insgesamt etwa 11 Millionen Mitglieder repräsentiert.<sup>59</sup> In formalisierten Anhörungsverfahren, insbesondere im Gesetzgebungsprozeß, aber auch in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, ist es üblich, VertreterInnen wie den Deutschen Juristinnenbund oder einzelne WissenschaftlerInnen, die sich mit Fragen des Geschlechterverhältnisses beschäftigen, einzubeziehen.

Auf eine spezielle Repräsentation stellen auch die Modelle von Gleichstellungsbehörden ab, wie es sie insbesondere in den anglo-amerikanischen Ländern gibt. Die USA haben seit 1965 die Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), die Titel VII des Civil Rights Act

59 Seemann 1996 (Fn 1), S. 188; S. 167 f; S. 187 ff.

sowie den Equal Pay Act umsetzen soll.<sup>60</sup> In Großbritannien gibt es seit 1970 mit der Equal Opportunity Commission (EOC) eine vergleichbare Institution.<sup>61</sup> In Deutschland sind seit Beginn der 70er Jahre verschiedentlich in staatlichen Verwaltungen sowie vereinzelt auch in privaten Unternehmen Stellen wie die Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten eingerichtet worden, die die Gleichstellung von Männern und Frauen vorantreiben sollten. Seit 1994 regelt das FFG die Einrichtung solcher Stellen auch bei den Bundesbehörden.<sup>62</sup>

Österreich gewährt im Anschluß an das Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission nach § 6 des Gleichbehandlungsgesetzes von 1979 eine Verbandsklagebefugnis der in der Kommission vertretenen Interessenvertretungen der Beschäftigten und der Arbeitgeber.<sup>63</sup> Die Schweiz wiederum kennt seit 1996 eine Verbandsklagebefugnis für alle »Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren« (Art. 7 des schweizerischen Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG)).<sup>64</sup>

Unter den feministischen Theoretikerinnen hat insbesondere Iris Young konkrete Vorschläge gemacht, wie eine Gruppenrepräsentation auszugestalten sein müßte.<sup>65</sup> Sie plädiert dafür, daß die Selbst-Organisation der

- 60 Hohmann-Dennhardt/Mallmann-Döll, Gutachten über die Funktion und Bedeutung einer Kommission zur Überwachung des Gleichheitsgrundsatzes im Arbeitsleben, 1972, S. 17 f; Text der Normen im Anhang bei Wisskirchen, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994, S. 227 ff; Erläuterung der Einzelheiten S. 174 ff; im einzelnen Lindecke, Frauen und andere Minderheiten. Zur Entstehung und Konkretisierung der US-amerikanischen Gleichstellungsregelungen zugunsten von Frauen und zur Frage eines möglichen Transfers auf die Bundesrepublik Deutschland 1995, S. 123 ff.
- 61 Im einzelnen Dix, Gleichberechtigung durch Gesetz. Die britische Gesetzgebung gegen die Diskriminierung der Frau im Arbeitsleben – ein Modell für die Bundesrepublik Deutschland?, 1984, S. 224 ff; Hohmann-Dennhardt/Mallmann-Döll 1972 (Fn 60), S. 21; S. 33.; S. 37 ff auch zu vergleichbaren Institutionen in anderen europäischen und außereuropäischen Ländern.
- 62 Siehe insbesondere den Kommentar von Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonefeld/Malzahn/Wankel, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 1996.
- 63 Mayer-Maly, Die Frauengleichbehandlung als Thema der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung in Deutschland und Österreich, in: FS für Herschel 1982, S. 264 ff; Martinek, Gleichbehandlungsgebot und Gleichbehandlungskommission in Österreich, in: FS für Kahn-Freund 1980, S. 553 ff.
- 64 Genauer hierzu Freivogel, Die Verbandsklage und -beschwerde im neuen Gleichstellungsgesetz, in: Schwander/Schaffhauser (Hrsg.) Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, 1996, S. 127 ff.
- 65 Young, Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship, Ethics 99 (1988/89), S. 250–274; zum Begriff der sozialen

Gruppenmitglieder mit öffentlichen Mitteln unterstützt werden solle. In institutionalisierten Verfahren müßten Anhörungs-, Beratungs- und Vetorechte der »Gruppe« bzw. ihrer RepräsentantInnen integriert sowie EntscheidungsträgerInnen verpflichtet werden nachzuweisen, daß und inwiefern sie geschlechtsspezifische Aspekte mitbedacht haben.

Sie sieht die Gruppenrepräsentation zum einen als eine Form des Ausgleichs für die Benachteiligung unterdrückter Gruppen. Dies ist die Sichtweise, die hierzu am verbreitetsten ist und dem rechts- und gleichheitsorientierten Ansatz der universalistischen Theorien entspricht.<sup>66</sup> Darüber hinaus ist sie aber auch der Meinung, daß auf diese Weise die Qualität staatlicher Entscheidungen verbessert werden könne. Nur so könnten andere Sichtweisen als die der herrschenden Gruppen sowie verschiedene kulturelle Aspekte wirklich Gegenstand öffentlicher Kommunikation werden. Insofern bezieht sie sich ähnlich wie Andrea Maihofer auf die unterschiedlichen Kommunikationsformen und Erfahrungen, die mit der Geschlechterdifferenz verbunden sind, also auf eine Vorstellung von »Gleichwertigkeit« in der Unterschiedlichkeit.

#### 4.1.1.2 Repräsentation von Frauen durch Quotierung/»affirmative action«

Von dieser institutionellen Repräsentation durch Verbände und spezielle Organe unterscheiden sich Formen von »Frauenförderung«, das heißt insbesondere die Festschreibung eines Mindestanteils von Frauen in Entscheidungsgremien, dadurch, daß sie persönlich an das Geschlecht der repräsentierenden Person anknüpft. Argument für diese Form der Repräsentation ist ähnlich wie für die institutionelle Repräsentation hauptsächlich, daß so das gesellschaftliche Machtverhältnis berücksichtigt und die Benachteiligung von Frauen in gewisser Weise ausgeglichen werden könne, was erforderlich sei, um tatsächliche Voraussetzungen für die rechtliche Gleichbehandlung zu schaffen.

Neuerdings finden sich demgegenüber aber auch Begründungsansätze, die sich stärker auf die kulturelle Geschlechterdifferenz beziehen und insofern Ansätzen von »gleichwertigen« Rechten, für die hier unter anderem Maihofer und Cornell genannt wurden, näher stehen. So wird die Zulässigkeit von »affirmative action« auch mit einer Gruppenbetrachtung des Gleichberechtigungssatzes begründet, die den

Gruppe auch Young, Fünf Formen der Unterdrückung, in: Nagl-Docekal/Pauer-Studer (Hrsg) 1996 (Fn 24), S. 104 ff. Siehe auch die Diskussion dieses Konzepts bei Phillips 1995 (Fn 43), S. 126 f sowie den stärker pragmatisch begründeten rechtspolitischen Vorschlag für das deutsche Recht in Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998.

66 Siehe dazu bei Fn 6 ff.

Gleichberechtigungssatz nicht nur als Differenzierungs-, sondern vor allem als Hierarchisierungsverbot versteht.<sup>67</sup> Vor einem ähnlichen theoretischen Hintergrund sieht Iris Young solche Formen der »Bevorzugung« von Frauen ausdrücklich als ein weiteres Mittel zur Verbesserung der Qualität von Entscheidungen.

Anders als im Falle der Repräsentation durch spezielle Institutionen ist hierbei allerdings in keiner Weise organisatorisch abgesichert, daß die jeweilige Person auch die spezifischen Sichtweisen »der Gruppe« einbringt, und die entsprechenden Autorinnen grenzen sich insofern deutlich und meist auch ausdrücklich von den »Differenztheorien« ab, die gesellschaftlich einem Geschlecht zugeschriebene Eigenschaften in den konkreten Frauen und Männern verkörpert sehen.

#### 4.1.2 »Neorepublikanische« Ansätze

Soweit ersichtlich setzt sich auch unter den Vertreterinnen von Differenzansätzen keine Autorin ernsthaft für eine Abkoppelung der »weiblichen« Kommunikationsstrukturen ein. Auch Bode äußert sich letztlich nicht dazu, ob sie tatsächlich grundsätzlich gegen ein Agieren von Frauen in »männlich« strukturierten Entscheidungsprozessen eintreten will.<sup>68</sup>

Allerdings gibt es zunehmend Stimmen, insbesondere in der feministischen Philosophie und Theorie, die Vorstellungen für eine vollständige Umgestaltung der Strukturen und Kommunikationsformen des öffentlichen Raums entwickeln. So meinen die auf »Androgynität«<sup>69</sup> setzenden AutorInnen, daß der »weibliche« Maßstab dem »männlichen« soweit gleichgestellt werden müsse, daß sich beide letztlich wieder unter einem neuen allgemeinen, »menschlichen« Maßstab treffen können. Dazu müsse das auf den männlichen Sozialcharakter bezogene Modell der Staatsbürgerschaft feministisch umgebaut werden. Eine solche Integration »weiblicher« Elemente wird zum Beispiel darin gesehen, »Abhängigkeit als Grundkonstellation des Individuums« und die Subjektivität von Interaktion als selbstverständlichen Bestandteil öffentlicher Kommunikation zu akzeptieren. Auf diese Weise könnten »Care«-Konzepte in ein Konzept der StaatsbürgerInnenschaft eingebaut werden.<sup>70</sup>

67 Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 312 ff; S. 318 ff; siehe auch Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, vor allem S. 134 ff; Young 1989 (Fn 65), S. 271 ff.

68 Siehe bei Fn 40; zu Irigarays Vorschlag »geschlechtsdifferenzierter... Rechte« siehe Fn 54.

69 Zum Begriff Rhode, Prinzipien und Prioritäten, in: Nagl-Docekal/Pauer-Studer (Hrsg) 1996 (Fn 24), S. 293 ff.

70 Siehe insbesondere Benhabib, The Generalized and the Concrete Other, in: Benhabib/Cornell (Hrsg.) 1987 (Fn 23), S. 86 ff. Solche Ansätze finden

Dieses Konzept ist prozeßorientiert und vertraut nicht auf normative Festschreibungen von Verfahren. Insofern unterscheidet es sich grundsätzlich von den herkömmlichen Gleichheitstheorien, mit denen es die Orientierung auf einen »allgemeinen« Maßstab zunächst gemeinsam zu haben scheint. Die öffentliche Kommunikation solle nicht formal, sondern in ihren argumentatorischen Inhalten und Bezugspunkten umgestaltet werden; die moralischen Grundlagen des öffentlichen Handelns und der sozialen Praxis sollten hinterfragt werden. »Dieses Konzept setzt ein Denken in Rechtsbegriffen nicht voraus; eher gilt der Rechtsdiskurs als einer der möglichen normativen Vokabularien, auf die wir uns beziehen können, wenn wir uns öffentlich engagieren«<sup>71</sup> – die »Care-Ethik« könnte ein weiterer Bezugspunkt sein.

Besser verständlich wird dieser Ansatz, wenn er auf seine theoretischen Grundlagen in der anglo-amerikanischen Demokratiedebatte zurückgeführt wird. Aus feministischer Sicht hat Anne Phillips eine gründliche Studien hierzu vorgelegt. Sie unterscheidet zunächst historisch und politisch verschiedene Demokratieverständnisse, die in kritischer Auseinandersetzung mit der traditionellen »liberalen« Demokratie und der modernen Praxis der Demokratie entwickelt worden seien.<sup>72</sup> Neben »partizipatorischen« Modellen stellt sie vor allem das »republikanische« Demokratieverständnis dar. Während die liberale Demokratie<sup>73</sup> mit ihrer strengen Trennung von Staat und Gesellschaft staatliche Entscheidungsbereiche eng begrenze und fordere, daß in politischen Prozessen die gesellschaftlichen Verhältnisse der AkteurInnen außen vor bleiben müßten, käme es dem »republikanischen« Verständnis mehr auf ethische Fragen an. An dem liberalen Demokratieverständnis werde von republikanischer Seite vor allem kritisiert, daß Politik immer weniger eine Angelegenheit aktiver Staatsbürgerschaft sei als vielmehr eine Frage von Regeln. Das »androgyn« Verhaltensmodell ist insofern zu Recht als »neorepublikanisch« bezeichnet worden.<sup>74</sup>

In der deutschen Staatsrechtswissenschaft ist der Republikbegriff bisher zwar vorwiegend zur Begründung von BürgerInnenpflichten verwandt worden: »Republikanisch ist das Bewußtsein jedes Bürgers, daß

sich auch zum Beispiel bei Appelt 1995 (Fn 24); Sevenhuijsen, Feministische Überlegungen zum Thema Care und Staatsbürgerschaft, in: Braun/Jung (Hrsg.) 1997 (Fn 3), S. 74 ff; kritisch Rampf, Kann die Care-Perspektive auf sozialstaatliche Fragestellungen übertragen werden? in: Braun/Jung (Hrsg.) 1997 (aaO), S. 96 ff.

71 Sevenhuijsen 1997 (Fn 70), S. 77.

72 Phillips 1995 (Fn 43). Die englische Erstausgabe »Engendering Democracy« stammt aus dem Jahre 1991. Zu den drei Modellen von Demokratieansätzen siehe insbesondere S. 27 ff.

73 Sie bezieht sich hierbei auf ähnliche Konzepte wie die bei Fn 24 ff. genannten Autorinnen.

74 Zum Beispiel von Sevenhuijsen 1997 (Fn 70), S. 77.

der Staat sein Besitz und seine Aufgabe ist.«<sup>75</sup> Aus dem anglo-amerikanischen Raum sind aber auch Ansätze wie der von Hannah Arendt zu nennen, die für emanzipatorische Auslegungen offener sind und auf die in der feministischen Diskussion über öffentliche Kommunikation öfter Bezug genommen wird. Aber auch diese Ansätze haben meist das geschlechterduale Modell des »autonomen« Staatsbürgers vor Augen, wenn sie fordern, daß die privaten Einzelnen fähig werden müßten, von ihren Privatinteressen zugunsten des Gesamtinteresses zu abstrahieren.<sup>76</sup> An dieser Stelle erweitert nun die erwähnte feministische Version einer Einbeziehung der »Care-Ethik« die republikanischen Theorien.

## 4.2 Zur Analyse und Kritik

### 4.2.1 Problematik einheitsorientierter Ansätze

Der »vermeintlich besondere[n] Perspektive der Care-Ethik« wird vor allem vorgeworfen, daß sie sich letztlich in einer »diskurstheoretischen Theorie des Rechts- und Sozialstaates [auflöse]«.<sup>77</sup> Da sie sich kaum mit Fragen gesellschaftlicher Macht auseinandersetzen, müssen diese »androgynen« Ansätze die Erklärung schuldig bleiben, wie abgesichert werden kann, daß sich bei dem Bezug auf einen allgemeinen Maßstab nicht doch wieder der »allgemein-männliche« durchsetzt. Auf die Frage, wie der Erkenntnis, daß »Menschenrechte.. stets zwei Geschlechter haben [müssen]. Denn wenn sie keines haben, haben sie nur eins – das

- 75 Isensee, Republik – Sinnpotential eines Begriffs. Begriffsgeschichtliche Stichprobe, JZ 1981, S. 1 ff, der das republikanische Prinzip auch auf die kantische Ethik und deren materiales Freiheitsverständnis zurückführt: Tugend als Prinzip der Republik; das Ämter- und Organprinzip seien republikanisch, da sie im Gegensatz zu Prinzipien von Identität und persönlicher Macht stünden. Zustimmend und ergänzend Henke, Verfassungsprinzip der Republik, JZ 1981, S. 249 ff. Vor diesem Hintergrund wird in der staatsrechtlichen Literatur der Republikbegriff in der Regel auf seinen antimonarchischen Aspekt reduziert.
- 76 So setzt Arendt setzt auf den aktiven Staatsbürger als das (von »privaten« Verpflichtungen) freie, mit der ganzen Person beteiligte und für seine Entscheidungen eintretende Individuum; siehe genauer Phillips 1995 (Fn 43), S. 79 ff zu Hannah Arendt; positiv Bezug nehmend Sevenhuijsen (Fn 70), S. 87; für eine feministische Kritik an Hannah Arendts Politikbegriff siehe Cornell, Geschlechterhierarchie, Gleichheit und die Möglichkeit von Demokratie, in: Nagl-Docekal/Pauer-Studer (Hrsg) 1996 (Fn 24), S. 397 ff.
- 77 Rampf 1997 (Fn 70), S. 111. Auch Sevenhuijsen 1997 (Fn 70), S. 77 schlägt den Begriff »diskursives Modell von Staatsbürgerschaft und Ethik« vor.

männliche«,<sup>78</sup> Rechnung getragen werden könnte, haben diese Theorien keine praktischen Antworten. Nicht zufällig bezeichnet Seyla Benhabib ihren Ansatz als »normativen Universalismus«.<sup>79</sup>

Es besteht insofern dieselbe Gefahr, die auch dem staatsethischen Programm des ebenfalls neorepublikanischen »Kommunitarismus« vorgehalten wurde. Auch VertreterInnen des Kommunitarismus meinen, das Modell des »autonomen Individuums« und die Formen öffentlicher Kommunikation müßten die sozialen Bindungen und Werte der Personen berücksichtigen. Wie aber zum Beispiel Friedman aus einer feministischen Sicht festgestellt hat, knüpfen sie dabei weitgehend an konservativen Familienbeziehungen und der Nation an, also an unfreiwilligen »Communities« und örtlich definierten Beziehungen.<sup>80</sup> Und dem haben auch die feministischen Versionen des »Neorepublikanismus« wenig entgegenzusetzen: Zwar nehmen sie zur Kenntnis, daß die »Care-Ethik« keine spezielle Disposition der empirischen konkreten Frauen sein muß. Andererseits vernachlässigen sie die Erkenntnis, daß diesen Perspektiven nicht zufällig keine Legitimation in der öffentlichen Kommunikation zukommt. Wenn die Care-Perspektive als Aspekt des »weiblichen« Sozialcharakters wie dargestellt strukturell außerhalb des öffentlichen Raumes steht, kann sie nur durch spezielle Rechte verankert werden: »Konkrete Andere benötigen Rechte, um ihre Andersartigkeit zu schützen«<sup>81</sup> – und um die Einbeziehung der von ihnen repräsentierten Lebensaspekte zu garantieren.

#### 4.2.2 Problematik gruppenorientierter Ansätze

Das ist auch die Argumentation von Iris Young für ihr Modell der Gruppenrepräsentation. Aber für die formalisierte Beteiligung braucht auch sie, für die eine soziale Gruppe zunächst durch den »sense of identity« der Menschen definiert wird,<sup>82</sup> ein Konzept der Gemeinsamkeit. Sie bezieht sich insofern auf die Gemeinsamkeit in der Unterdrückung und Benachteiligung<sup>83</sup> sowie auf gemeinsame »kulturelle« Erfahrungen

78 Hassauer, Weiblichkeit – der blinde Fleck der Menschenrechte in: Gerhard/Jansen/Maihofer/Schmid/Schultz (Hrsg.) 1990 (Fn 24), S. 320 ff, S. 323.

79 Benhabib, Feminismus und Postmoderne, in: Benhabib/Butler/Cornell/Fraser 1993 (Fn 23), S. 24; und Benhabib, Subjektivität, Geschichtsschreibung und Politik, aaO, S. 117.

80 Insbesondere Friedman, Feminism and Modern Friendship: Dislocating the Community, Ethics 99 (1988/89), S. 276 ff; siehe auch MacIntyre, Ist Patriotismus eine Tugend?, in: Honneth (Hrsg.) 1993 (Fn 34), S. 90 ff.

81 Rampf 1997 (Fn 70), S. 110.

82 Young 1989 (Fn 65), S. 259.

83 Siehe auch Young 1989 (Fn 65), S. 261 für ihre Definition von »Unterdrückung«.

innerhalb einer bislang nicht-repräsentierten Gruppe, womit in unserem Fall die Aspekte des »weiblichen Sozialcharakters« bzw. die »Care«-Perspektive erfaßt würden. Wir stehen hiermit wieder vor der Frage, wie zu vermeiden ist, daß die Menschen nur in ihrer Identität als Frauen oder Männer wahrgenommen werden.<sup>84</sup>

Bei der Repräsentation durch konkrete einzelne wie bei Modellen von Frauenförderung/»affirmative action« ist dies noch problematischer als bei der institutionellen Repräsentation. Aber auch bei dieser stoßen wir immer wieder auf die Gefahr einer Essentialisierung der Geschlechterdifferenz. Denn wie Fraueninteressen oder -sichtweisen im Einzelfall aussehen, kann keineswegs gesichert festgestellt werden, und zwar nicht nur wegen der Vielfalt von Lebenslagen in modernen Gesellschaften. In der politischen Wirklichkeit werden die Festlegungen von Fall zu Fall umstritten sein. Historisch sind »Fraueninteressen« bezeichnenderweise erst nach und nach »entdeckt« wurden, und bei der Definition haben politische Konjunkturen immer eine wichtige Rolle gespielt.<sup>85</sup> Diese Interessendefinition würde bei einer spezifischen Repräsentation zumindest teilweise an die Repräsentationsinstitution abgegeben.

Und hier können gegen die spezifische Repräsentation des »weiblichen Sozialcharakters« vergleichbare Bedenken geltend gemacht werden wie gegen die Repräsentation durch andere Interessengruppen.<sup>86</sup> Denn spezielle Repräsentation gibt es in der europäischen und US-amerikanischen Praxis auch in der Form der Einbeziehung von Interessenverbänden wie Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden oder auch Umwelt- und VerbraucherInnenverbänden in staatliche Entscheidungsfindungsprozesse. Diese Interessengruppenpolitik kann insofern demokratisch fragwürdig sein, als die Verbände sehr unterschiedliche gesellschaftliche Repräsentativität aufweisen. Meist sind sie kaum durch die Mitglieder der Gruppe legitimiert, deren Interessen sie repräsentieren. Theoretisch und ökonomisch ist dies, wie zuerst von Olson analysiert, in den Kosten und Nutzen einer Organisation für die einzelnen begründet.<sup>87</sup> Für die Repräsentation spezieller Fraueninteressen würde ähnliches gelten. Die Interessen zeichnen sich ähnlich wie die Verbraucherinteressen durch geringe

84 So die Formulierung durch Phillips 1995 (Fn 43), S. 19; S. 266 ff und passim.

85 Phillips 1995 (Fn 43), S. 229 und genauer S. 116 ff.

86 Zur dieser Kritik auch Young 1989 (Fn 65), S. 251 f.

87 Die Analysen zu der Problematik der fehlenden Organisationsfähigkeit großer Gruppen gehen im wesentlichen zurück auf Olson, Die Logik des kollektiven Handelns, Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen, 3. Aufl. 1992 (zuerst 1968); zur Debatte und den ansonsten für das Verbraucherrecht vertretenen Thesen im einzelnen Stauss, Verbraucherinteressen. Gegenstand, Legitimation und Organisation, 1980, S. 134 ff; siehe neuerdings auch Schmidt-Trenz, Die Logik kollektiven Handelns bei Delegation, 1996.



Organisations- und Durchsetzungsfähigkeit aus.<sup>88</sup> Mit einer staatlichen Förderung von Selbstorganisation, wie sie Iris Young vorschlägt, wird das Problem nur eingeschränkt zu lösen sein, denn auch dann wird die Macht des jeweiligen Repräsentationsorgans immer nur so groß sein wie die Macht der Gruppe, für die es steht. Wenn eine dauerhafte öffentliche Beachtung der Repräsentation und eine Anbindung an gesellschaftliche Prozesse nicht gesichert ist, läßt sich verborgenes Aushandeln von Interessenkonflikten zwischen verschiedenen Organen kaum vermeiden.<sup>89</sup> In manchen Bereichen hat sich so eine Interessengruppenpolitik herausgebildet, die kaum noch transparent ist und bei der die herrschenden Interessen sich in aller Regel leichter durchsetzen.

Die für die Demokratie zentrale Frage der Rechenschaftspflicht gewinnt somit in diesen Fällen erhebliche Bedeutung.<sup>90</sup>

#### 4.2.3 *Verbindung verschiedener Ansätze?*

Young meint nun, diese Gefahren der »Privatisierung« des politischen Prozesses ließe sich bannen, wenn man von der Gruppenrepräsentation verlange, daß sie sich letztendlich immer durch einen »public spirit« und Bezug auf das gemeinsame öffentliche Interesse zu rechtfertigen und mit anderen Sichtweisen auseinanderzusetzen habe. Denn schließlich solle die Breite des öffentlichen Entscheidungsfindungsprozesses durch die Gruppenrepräsentation erweitert und nicht fragmentiert werden.<sup>91</sup>

Sie führt hier also Elemente des republikanischen Demokratieverständnisses ein. Ihr Konzept einer pluralen, heterogenen Öffentlichkeit erscheint vor allem wegen dieser Verbindung republikanischer Elemente mit einem Modell der normativen Verankerung bislang ausgeschlossener Sichtweisen interessant. Über Formen spezifischer

88 Slupik, Verrechtlichung der Frauenfrage – Befriedungspolitik oder Emanzipationschance? Die aktuelle Diskussion eines Anti-Diskriminierungsgesetzes, KJ 1982, S. 358; Seemann 1996 (Fn 1), S. 188; S. 167 f; S. 187 ff zum Deutschen Frauenrat. Zum Unabhängigen Frauenverband (UFV) Schenk/Schindler, Frauenbewegung in Ostdeutschland – eine kleine Einführung, Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis 35 (1993), S. 140 f; zur Organisation von Frauen in eigenen Berufsverbänden siehe historisch ausführlich Kerchner, Beruf und Geschlecht. Frauenberufsverbände in Deutschland 1848–1908, 1992.

89 Siehe Handler, Social Reform Groups and the Legal System: Enforcement Problems, JbRsozRth 4 (1976), S. 218–243.

90 Phillips 1995 (Fn 43), S. 36 und genauer S. 121 ff; S. 215 ff für partizipatorische Ansätze.

91 Young 1989 (Fn 65), S. 251 ff, S. 257; siehe schon Young 1987 (Fn 23), S. 73 ff: »heterogenous public life«.

Repräsentation durch besondere Institutionen ließen sich Unterschiedlichkeiten ausdrücklich einbeziehen, und über den ausdrücklichen Bezug auf die »Gleichwertigkeit« in der Unterschiedlichkeit könnte Raum für eine Veränderung der Hierarchien und möglicherweise sogar für die Wahrnehmung verschiedener Optionen von Geschlechtsrollen geschaffen werden.

Bei der Frage eines pluralen heterogenen Charakters und der Motivation durch einen »public spirit« haben wir es allerdings mit ethischen Herangehensweisen an öffentliche Kommunikation zu tun, die formal nicht regelbar ist. Jedenfalls gibt es hierzu keinerlei Vorstellungen in der »neorepublikanischen« Diskurstheorie. Für eventuelle Regelungsmodelle kann hier nur festgehalten werden, daß ein praktikables Modell es erfordert, das Problem der Rechenschaftspflicht ernst zu nehmen.

### 4.3 Konzepte partizipatorischer Demokratie

Verglichen mit der dargestellten weitreichenden und grundsätzlichen Kritik an der Struktur von Gesellschaft, Staat und Öffentlichkeit<sup>92</sup> erscheinen die praktischen Konsequenzen erstaunlich gemäßigt. Herkömmliche Formen spezifischer und institutioneller Repräsentation der Geschlechterdifferenz werden diskursethisch ergänzt, also durch Elemente, die nicht als rechtlich regelbar vorstellbar sind.

Eine neuere Debatte über Veränderungen des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft wurde allerdings unter dem Stichwort »Zivilgesellschaft« angestoßen. Je stärker sich weltweit neoliberale Konzepte durchsetzen und die Nationalstaaten auf Steuerung verzichten, desto mehr steht eine Entinstitutionalisierung politischer Prozesse und Übergabe von Steuerung an Gesellschaft zu erwarten. Daß hier möglicherweise Anregungen für weitergehende feministische Erweiterungen zu finden sein könnten, übersehen die Politikwissenschaftlerinnen, die behaupten, feministische Politik agiere unausweichlich in einem staatsbezogenen Kontext, und weniger Staat bedeute auch weniger frauenpolitische Interventionsmöglichkeiten.<sup>93</sup> Eichhorn fordert deshalb zu Recht, »die Möglichkeit einer nichtstaatlichen Vergesellschaftung nicht von vornherein aufzugeben«.<sup>94</sup>

92 Siehe oben bei Fn 19 ff.

93 Sauer 1997 (Fn 3), S. 140.

94 Eichhorn, Verfassungspatriotinnen. Die demokratietheoretische Wende im Feminismus, Beute 3/1995, S. 37 f.

#### 4.3.1 *Zivilgesellschaft: Neufassungen des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft?*

Zivilgesellschaft bezeichnet in dieser Diskussion zunächst denjenigen Bereich, aus dem der politische Prozeß hervorgeht, das heißt die politische Öffentlichkeit, in der staatliche Entscheidungen vorbereitet werden. Darüber hinaus verbergen sich hinter dem Stichwort aber auch weitergehende Vorstellungen einer Autonomie gesellschaftlicher Bereiche, also Räume öffentlicher Kommunikation, die nicht notwendig in staatliche Entscheidung mündet. Bei diesen Debatten handelt es sich in vielen Bereichen, insbesondere was ihre Attraktivität für feministische Ansätze angeht, um Neufassungen »partizipatorischer« Demokratiemodelle. Diese partizipatorischen Ansätze hat Anne Phillips neben den republikanischen als zweites Gegenmodell zur liberalen Demokratie beschrieben.<sup>95</sup> Sie zeichneten sich dadurch aus, daß sie das Verhältnis »privater« und »öffentlicher« Bereiche neu bestimmen und politische Entscheidungsfindungsprozesse insbesondere auf die private Wirtschaft sowie kleinere gesellschaftliche Einheiten ausdehnen wollten. Es gehe um eine »[Vermehrung der] Kontexte, in denen sich Menschen für eine Kontrolle über ihr Leben entscheiden können«. Jedes demokratisierte Forum einer Zivilgesellschaft gehöre zu den Bausteinen, aus denen die Demokratie entstehe, und je mehr es davon gebe, desto besser.

Ihrer Darstellung nach treffen sich diese Modelle partizipatorischer Demokratie und feministische Vorstellungen in der Feststellung, daß »Macht überall [ist]«. Die Frage der Umgestaltung des Verhältnisses von öffentlich und privat sei schließlich auch eins der Zentren feministischer Politik. Zwar erhielten auch viele feministische Theorien in irgendeiner Form eine Trennung zwischen Öffentlichkeit und Privatheit aufrecht; Politisierung werde keineswegs undifferenziert für alle Lebensbereiche gefordert, und es gebe viele verschiedene Deutungen des Satzes »Das Persönliche ist politisch«. Gemeinsam sei feministischen Theorien jedoch in der Regel, daß sie mit der Perspektive einer Veränderung des Geschlechterverhältnisses weitgehende Regelungsansprüche auch gegenüber der herkömmlich »privaten« Sphäre, insbesondere der Haus- und Beziehungsarbeit erhoben hätten.<sup>96</sup>

95 Phillips 1995 (Fn 43), S. 66 ff; S. 150 ff.

96 Phillips 1995 (Fn 43), S. 165 ff. Zur Näher feministischer und partizipatorischer Vorstellungen siehe zum Beispiel auch Holland-Cunz, Perspektiven der Ent-Institutionalisierung, in: Gerhard/Jansen/Maihofer/Schmid/Schultz (Hrsg.) 1990 (Fn 24), S. 307, wo sie auf »das radikaldemokratische Bild einer ent-professionalisierten Politik« verweist, »in der die polaren Sphären des Öffentlichen und des Privaten sich aufeinander zu bewegen und sich in der Mitte treffen: auf der Ebene der Kommune.« Dieser Aufsatz liegt zeitlich

### 4.3.2 Repräsentation der Geschlechterdifferenz in der Zivilgesellschaft

Als Gefahr der partizipatorischen Konzepte wurde bislang vor allem eine Konzentration auf die »kleine« Welt der Betriebe, des Wohnblocks oder der Schule sowie eine Wiederbelebung von Interessengruppenpolitik befürchtet.<sup>97</sup> Young zitiert empirische Untersuchungen von Mansbridge und Gutmann, die zeigten, wie in kommunalen Entscheidungsstrukturen sich auf der Basis unmittelbarer Beteiligung unter der Hand die Dominanz weißer Männer der Mittelklasse durchsetzte. Größere Beteiligung in Schulen habe zu verstärkter Rassentrennung geführt, da die Interessen der schwarzen Bevölkerung an Gleichbehandlung und Integration geringere Durchsetzungskraft bewiesen.<sup>98</sup> Die Frage einer wirksamen Repräsentation der Sichtweisen nicht dominanter Gruppen stellt sich demzufolge nicht nur in staatlichen Strukturen. Auch die Zivilgesellschaft ist geprägt von den herrschenden Klassenstrukturen, den ökonomischen und kulturellen Verhältnissen<sup>99</sup> sowie von den Geschlechterverhältnissen, die eine gleichberechtigte Teilnahme von Frauen »als Frauen«, das heißt dem weiblichen Sozialcharakter, verhindern.

Nicht nur demokratiethoretische Argumente<sup>100</sup> sprechen insofern für eine formale Regulierung von öffentlicher Kommunikation auch in zivilgesellschaftlichen Strukturen.<sup>101</sup> Praktisch könnte dies bedeuten, die angesprochenen Modelle der spezifischen Repräsentation der Geschlechterdifferenz durch spezielle Institutionen auf ihre Übertragung in zivilgesellschaftlichen Entscheidungs- und Kommunikationsprozesse zu überprüfen. In der Praxis gibt es hierzu bislang nur wenig Ansätze. Als Beispiele seien die Debatten um Repräsentation der Geschlechterdifferenz in Vereinen, Betriebsräten und Verbänden genannt.<sup>102</sup> Aber

vor dem oben zitierten (Fn 34), in dem sie sich von dieser Position distanzieren.

97 Phillips 1995 (Fn 43), S. 83.

98 Young 1989 (Fn 65), S. 258 f.

99 Auch Habermas 1992 (Fn 13), S. 215 f weist darauf hin, daß ein Funktionieren von Steuerung über die Zivilgesellschaft voraussetzen würde, daß die Zivilgesellschaft von Klassenstrukturen »hinreichend entkoppelt« ist; siehe auch May, Zivilgesellschaft als Demokratiethorie, KritV 1997, S. 306 ff (S. 320 ff).

100 Zu diesen siehe oben bei Fn 42 ff.

101 Phillips 1995 (Fn 43), insbesondere S. 226 ff.

102 Siehe zum Beispiel § 15 II BetrVG 1972; zur Zulässigkeit von Quotierung in Gewerkschaften: Fuchsloch, Frauenquoten in Gewerkschaftssatzungen, AuR 1997, S. 354–357; vgl. auch Lange, »Frauenquoten« in politischen Parteien, NJW 1988, S. 1174–1183 (obwohl die Parteien sich bislang vorwiegend als Vorbereiterinnen staatlicher Entscheidungen verstehen und deshalb nur eingeschränkt hierher gehören).

auch in den Diskussionen über den Umgang mit »sexistischem« Verhalten in nicht rechtlich verfaßten politischen Zusammenhängen oder über die Repräsentation nicht-weißer Frauen und ihrer Sichtweisen in feministischen Gruppen wurden erste Erfahrungen gemacht.<sup>103</sup>

Wichtig scheint mir, hier Youngs Hinweise zur pluralen Verfassung öffentlicher Räume ernst zu nehmen. Sie hat gezeigt, daß die republikanischen Verhaltensmodelle interessante Anregungen geben können. Zwar gilt bei den republikanischen TheoretikerInnen die Politik in der Regel als ein Sonderbereich des Lebens, womit meist eine kritische Haltung gegenüber stärker partizipatorischen Modellen verbunden ist.<sup>104</sup> Andererseits plädieren auch sie für die Schaffung neuer diskursiver Räume.<sup>105</sup> Eine Wiederbelebung des Politischen ließe sich insofern möglicherweise durchaus mit seiner Ausdehnung und einer Neubestimmung der öffentlichen Räume zwischen Staats- und Gesellschaftsbezogenheit vereinbaren.

## 5. Handlungsorientierung

So führt dieser Überblick letztlich zu dem erstaunlichen Ergebnis, daß auch Überlegungen über eine Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft keineswegs zu einer Abkehr von rechtlichen Handlungsmitteln auffordern, sondern eher auf eine Erweiterung des Rechtsverständnisses orientieren.

Und hier haben wir mit dem Konzept »gleichwertiger Rechte« einen Ansatzpunkt, der sich bemüht, bewußt umzugehen mit dem »feministischen Dilemma«, einerseits die Trennlinien zwischen den Geschlechtern nicht verleugnen zu wollen, andererseits die Menschen auch nicht auf ihr Geschlecht und ihre Geschlechtsrolle reduzieren zu wollen:<sup>106</sup> Die Geschlechtsrollenstereotypen in den Köpfen und der Realität auflösen zu wollen, heißt danach eben nicht notwendig, daß bereits eine neue Vorgabe fertig vorliegen sollte oder auch nur gewünscht wird.<sup>107</sup> Praktische Umsetzung haben diese Überlegungen bereits in neueren Auslegungen

103 Siehe zu letzterem die Nachweise in Fn 46. Eher hilflos erscheinen demgegenüber »Tribunale«, wie sie zum Beispiel in Zeck 1995/96 dokumentiert werden (»Zu dem Vergewaltigungsvorwurf gegen Bernd« oder »Die gescheiterte Sexismusdiskussion im Libertären Zentrum Hamburg«).

104 Sevenhuijsen 1997 (Fn 70), S. 88.

105 Sevenhuijsen 1997 (Fn 70), S. 86; S. 91; siehe auch S. 93 zur Unterscheidung verschiedener Formen öffentlichen und politischen Handelns.

106 Siehe oben bei Fn 50.

107 Raasch 1989 (Fn 8), S. 34. Siehe auch Benhabib 1993 (Fn 79), S. 24; S. 117 mit ihrer Forderung, Frauen sollten aus der Position der gesellschaftlich

des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung gefunden, nach denen dieses vor allem ein Hierarchisierungsverbot und eine Garantie unterschiedlicher Optionen der Lebensgestaltung zum Inhalt habe.<sup>108</sup>

In Hinblick auf die Verfahrensgestaltung kann »gleichwertige Rechte« die Eröffnung möglichst vielfältiger Handlungsmöglichkeiten bedeuten,<sup>109</sup> bei denen eine Bezugnahme auf die Kategorie Frau umso unproblematischer ist, als »Zuschreibungen« mit prozeduralen Positionen verknüpft werden.<sup>110</sup> So mag der Gleichbehandlungsgrundsatz letztlich vielleicht tatsächlich in der Lage sein, einen »Riß in der Wand zwischen Recht und Gesellschaft« zu öffnen.<sup>111</sup>

Im Ergebnis mag erstaunlich erscheinen, daß die unterschiedlichsten theoretischen Ansatzpunkte, die sich bemühen, unter Berücksichtigung der neuesten philosophischen Überlegungen das Verhältnis von Staat, Öffentlichkeit und Geschlechterdifferenz grundsätzlich neu zu denken, wenig Unterschiedliches an konkreten Vorschlägen zu bieten haben. Begründet liegt dies darin, daß vielen der neueren Ansätze bereits der Anspruch, nach konkreten, in rechtlichen Regelungen umsetzbaren Modellen zu suchen, gar nicht angemessen ist. Insbesondere die diskurs-theoretischen und neorepublikanischen Autorinnen vertreten ein stärker prozeßhaftes Verständnis von Veränderung, in dem ethischen Haltungen größeres Gewicht zukommt als abstrakter Regulierung und konkreter Verfahrensregelung. Gerade diese Ansätze können wertvolle Anregungen für die feministische Rechtstheorie liefern.

Verbannten, also »von außen« des Geschlechterverhältnisses gegen dessen Festschreibungen vorgehen.

108 Siehe oben bei Fn 56 ff.

109 Pfarr, Herstellung und Sicherung von Chancengleichheit durch Recht – dargestellt am Beispiel der Frauen, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 1982, S 255 ff. Auch Phillips 1995 (Fn 43), S. 237 ff steht letztlich für einen solchen Ansatz. Vgl. auch den Pluralismus des Konzepts von Pfarr/Kocher 1998 (Fn 65).

110 Baer 1996 (Fn 50).

111 MacKinnon 1991 (Fn 14), S. 244 (»The law of equality...provides... a crack in the wall between law and society«)