

Titelei vom Verlag (Deckblatt, Seite I)

# FEMINISTISCHE KRITIK DES VERTRAGSRECHTS

Eine Untersuchung zum schweizerischen  
Schuldvertrags- und Eherecht

DISSERTATION ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE EINER  
DOKTORIN BEIDER RECHTE AN DER JURISTISCHEN FA-  
KULTÄT DER UNIVERSITÄT FREIBURG I.U.E.

Eingereicht von  
Susan Emmenegger

II

Titelei vom Verlag (Innenseite, links, Seite II)

Titelei vom Verlag (erstes Blatt, rechts, Seite III)

IV

Titelei vom Verlag (Rückseite des ersten Blattes, links, Seite IV)

*Meinen Eltern*



## VORWORT

No book is an island: So haben auch zu der vorliegenden Dissertation eine Vielzahl von Personen beigetragen. Herr Prof. Dr. Peter Gauch hat die Arbeit mit viel Engagement begleitet; für die zahlreichen Diskussionen, die fachlichen Anregungen und die große persönliche Unterstützung sei ihm herzlich gedankt! Frau Prof. Dr. Rumo-Jungo hat sich zur Übernahme des Zweitreferats bereit erklärt. Auch ihr möchte ich danken. Herrn Dr. Hanno Merkt, LL.M., verdanke ich eine spannende und lehrreiche Zeit als Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, bei der auch immer genügend Zeit für die Dissertation verblieb. Maren Wittzack, Helen Lehmann, Ruth Rauschenbach, Daliah Luks und Sebastian Tschentscher danke ich für die Durchsicht von Teilen des Manuskripts. Axel Tschentscher, LL.M., hat diese Arbeit nicht nur miterlebt, sondern *mitgelebt*: er hat mir immer wieder Mut gemacht, war Diskussionspartner, Lektor und technischer Berater. Danke dafür und überhaupt. Gewidmet ist dieses Buch meinen Eltern. Sie haben mich in allem und immer unterstützt.



## INHALTSÜBERSICHT

VORWORT.....	VII
INHALTSÜBERSICHT .....	IX
INHALTSVERZEICHNIS.....	XI
LITERATURVERZEICHNIS.....	XXIII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....	LXXI
EINLEITUNG .....	1
ERSTER TEIL	
VON DER FRAUENBEWEGUNG ZUR FEMINISTISCHEN JURISPRUDENZ.....	5
I.    Frauenbewegung und Feminismus .....	5
II.   Vom Feminismus zur feministischen Jurisprudenz .....	27
III.  Zusammenfassung und Würdigung der feministischen Jurisprudenz .....	52
ZWEITER TEIL	
DAS SCHULDVERTRAGSRECHT AUS FEMINISTISCHER SICHT .....	57
I.    Liberal-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts - Diskriminierung im erwerbsrelevanten Vertrags- geschehen .....	59
II.   Relational-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts - männliche Prägung vertragsrechtlicher Normen .....	111
III.  Radikal-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts - Geschlechterhierarchie in der Vertragswirklichkeit.....	165
IV.  Ergebnis zur feministischen Kritik des Schuldvertragsrechts .....	202

X

DRITTER TEIL

DER STATUSVERTRAG 'EHE' AUS FEMINISTISCHER SICHT ..... 207

- I. Vom Patriarchat zur Partnerschaft – der rechtshistorische Hintergrund des Eherechts ..... 208
- II. Liberal-feministische Kritik des Eherechts – Begünstigung der traditionellen Rollenverteilung ..... 214
- III. Relational-feministische Kritik des Eherechts – ungenügende Würdigung der Familienarbeit ..... 228
- IV. Radikal-feministische Kritik des Eherechts – die Ehe als Risikosphäre männlicher Dominanz ..... 246
- V. Ergebnis zur feministischen Kritik des Statusvertrags 'Ehe' ..... 263

VIERTER TEIL

GESAMTBETRACHTUNG ..... 267

- I. Die eine feministische Jurisprudenz und die vielen Feminismen – Gemeinsamkeiten der verschiedenen feministischen Rechtskritiken ..... 268
- II. Die Kritik an der Kritik - Präferenzargumente zu den einzelnen Ansätzen ..... 271
- III. Schluß: Feministische Jurisprudenz als Prozeß ..... 282

SACHVERZEICHNIS ..... 283

## INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG .....	1
------------------	---

### ERSTER TEIL

VON DER FRAUBEWEGUNG ZUR FEMINISTISCHEN JURISPRUDENZ .....	5
--	---

#### I. Frauenbewegung und Feminismus .....

1. Die erste Frauenbewegung.....	6
2. Die neue Frauenbewegung .....	9
a) Zuordnung des Feminismusbegriffs zur neuen Frauenbewegung .....	10
b) Die theoretische Dimension der neuen Frauenbewegung .....	10
3. Die Vielfalt feministischer Strömungen .....	12
a) Der liberale Feminismus .....	13
b) Der relationale Feminismus.....	14
c) Der psychoanalytische Feminismus.....	17
d) Der marxistische Feminismus .....	17
e) Der radikale Feminismus.....	19
f) Der sozialistische Feminismus .....	21
g) Der postmoderne Feminismus.....	21
h) Der anti-essentialistische Feminismus .....	23
i) Der existentialistische Feminismus .....	24
j) Der Anarcha-Feminismus.....	25
k) Der Öko-Feminismus .....	26
4. Die Gemeinsamkeiten der feministischen Strömungen - Annäherung an einen einheitlichen Feminismusbegriff.....	27

#### II. Vom Feminismus zur feministischen Jurisprudenz.....

1. Rechtskritik, Rechtsdogmatik und Rechtstheorie als Teilbereiche der feministischen Jurisprudenz .....	29
2. Grundlinien einer feministischer Rechtskritik .....	30

a)	Gemeinsame Elemente der feministischen Rechtskritik.....	30
aa)	Rechtsanalyse im Lichte weiblicher Erfahrungen und Interessen.....	30
bb)	Wer ist Frau? – zur Geschlechtsidentität der Betroffenen.....	32
b)	Besondere Elemente der Rechtskritik einzelner feministischer Ansätze .....	33
aa)	Die Rechtskritik des liberalen Feminismus – Verhinderung der Chancengleichheit durch Recht .....	34
(1)	Die Rechtskritik des klassischen liberalen Feminismus .....	34
(2)	Die Rechtskritik des modernen liberalen Feminismus .....	35
bb)	Die Rechtskritik des relationalen Feminismus – einseitige Ausrichtung des Rechts auf männliche Werte.....	36
cc)	Die Rechtskritik des radikalen Feminismus – Legitimation geschlechtsspezifischer Machtverhältnisse durch Recht.....	38
dd)	Die Rechtskritik des postmodernen Feminismus – Verfestigung männlicher Macht durch die Sprache des Rechts .....	40
ee)	Die Rechtskritik der 'Feminist Critical Legal Scholars' – Recht als 'Sexual Politics' .....	42
c)	Ergebnis zu den Rechtskritiken .....	44
3.	Grundlinien einer feministischen Rechtsdogmatik am Beispiel des norwegischen Frauenrechts.....	45
a)	Neue Systematisierung durch Frauenrecht.....	46
b)	Neue Interpretation durch Frauenrecht.....	47
c)	Ergebnis zu den Grundlinien einer feministischen Rechtsdogmatik.....	47
4.	Grundlinien einer feministischen Rechtstheorie .....	48
a)	Feministische Erkenntnistheorie.....	48
b)	Feministische Gerechtigkeitstheorie des Rechts.....	50

c) Ergebnis zu den Grundlinien einer feministischen Rechtstheorie .....	52
<b>III. Zusammenfassung und Würdigung der feministischen Jurisprudenz.....</b>	<b>52</b>
1. Zusammenfassung .....	52
2. Würdigung und Folge für den Gang der Untersu- chung.....	53
a) Zur Rechtskritik .....	53
b) Zur Rechtsdogmatik .....	54
c) Zur Rechtstheorie.....	55
d) Ergebnis.....	56
 <b>ZWEITER TEIL</b>	
<b>DAS SCHULDVERTRAGSRECHT AUS FEMINISTISCHER SICHT .....</b>	<b>57</b>
 <b>I. Liberal-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts - Diskriminierung im erwerbsrelevanten Vertragsgeschehen .....</b>	<b>59</b>
1. Ansatzpunkte der liberal-feministischen Diskriminie- rungsthese.....	60
a) Diskriminierungstatbestände im Arbeitsverhältnis.....	60
b) Diskriminierungstatbestände bei anderen Verträ- gen.....	64
aa) Mitgliedschaftsdiskriminierung.....	64
bb) Preisdiskriminierung .....	66
(1) Erstes Beispiel: Dienstleistungen.....	66
(2) Zweites Beispiel: Versicherungsprämien .....	68
(3) Drittes Beispiel: Kaufvertrag.....	71
cc) Zwischenergebnis .....	72
c) Ergebnis zu den Ansatzpunkten der liberal-femini- stischen Diskriminierungsthese .....	72
2. Liberal-feministische Konnotationen im geltenden Vertragsrecht.....	73
a) Chancengleichheit im Arbeitsverhältnis.....	73

aa)	Völkerrechtliche Normen.....	73
bb)	Verfassungsrechtliche Bestimmungen .....	76
cc)	Das Bundesgesetz zur Gleichstellung von Mann und Frau.....	77
dd)	Das Bundesgesetz über das öffentliche Be- schaffungswesen .....	80
ee)	Förderungsmaßnahmen im Bildungssektor.....	81
b)	Chancengleichheit in anderen Vertragsbereichen? .....	82
aa)	Völkerrechtliche Normen.....	82
bb)	Nationales Recht .....	83
cc)	Zwischenergebnis .....	83
c)	Ergebnis zum geltenden Vertragsrecht – Defizite aus liberal-feministischer Sicht .....	83
3.	Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung des liberal-feministischen Ansatzes <i>de lege lata</i> .....	84
a)	Diskriminierung im Arbeitsverhältnis.....	85
b)	Mitgliedschafts- und Preisdiskriminierung .....	85
aa)	Mitgliedschafts- und Preisdiskriminierung als Vertragsverweigerung.....	86
bb)	Geschlechtsbezogene Vertragsverweigerung als Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB)?.....	86
cc)	Fälle einer Persönlichkeitsverletzung – Güter- abwägung im Rahmen von Art. 28 ZGB.....	88
(1)	Mitgliedschaftsdiskriminierung .....	90
(2)	Preisdiskriminierung .....	92
dd)	Folgen der Persönlichkeitsverletzung – die Rechtsbehelfe des Art. 28 ZGB.....	95
c)	Ergebnis zu den liberal-feministischen Möglichkei- ten <i>de lege lata</i> .....	96
4.	Liberal-feministische Forderungen <i>de lege ferenda</i> .....	96
a)	Allgemeines Diskriminierungsverbot bei Verträgen.....	97
b)	Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Diskrimi- nierungsverboten .....	99
aa)	Kontrahierungszwang und Kündigungsverbot .....	100
(1)	Regelung bei Preis- und Mitgliedschaftsdis- kriminierung .....	100

	XV
(2) Regelung im Gleichstellungsgesetz .....	100
(3) Fazit für das allgemeine Diskriminierungs- verbot .....	102
bb) Entschädigungspflicht.....	103
cc) Beweiserleichterung.....	105
c) Frauenförderungsmaßnahmen .....	107
d) Ergebnis zu den liberal-feministischen Forderungen <i>de lege ferenda</i> .....	109
5. Ergebnis zum liberal-feministischen Ansatz im Schuld- vertragsrecht.....	110
<b>II. Relational-feministische Kritik des Schuldvertrags- rechts - männliche Prägung vertragsrechtlicher Normen ....</b>	<b>111</b>
1. Ansatzpunkte der relational-feministischen Diskrimi- nierungsthese .....	112
a) Vernunft und Vertrag - das einseitige Rationalitäts- verständnis im Schuldvertragsrecht.....	114
aa) Einleitung: Die vernünftige Frau - ein Oxymo- ron?.....	114
bb) Das Leitbild der 'vernünftigen Person' im Schuldvertragsrecht.....	116
cc) Die 'vernünftige Person' und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter .....	118
(1) Warum Drittschutzwirkung? - zum Pro- blem der Unterscheidung von Delikts- und Vertragshaftung.....	118
(2) Vernünftige Vertragsparteien und vertragli- cher Drittschutz - das Rationalitätskonzept hinter dem rechtsdogmatischen Argument.....	121
dd) Die Eigenschaften der 'vernünftigen Person' - ein Beispiel aus der Rechtsprechung.....	123
(1) Zum Sachverhalt.....	124
(2) Sozialtypisch männliches Verhalten als Maßstab für Vernünftigkeit .....	124
(3) Sozial elitäres Verhalten als Maßstab für Vernünftigkeit.....	125
ee) Zwischenergebnis .....	127

b)	Das materialistische Verantwortlichkeitsprinzip .....	130
aa)	Finanzielle und emotionale Beeinträchtigungen und ihre Wiedergutmachung im Vertragsrecht.....	130
bb)	Finanzielle Verantwortlichkeit und männliche Lebenswirklichkeit.....	133
c)	Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft im Ver- tragsrecht.....	135
d)	Ergebnis zu den Ansatzpunkten der relational-fe- ministischen Diskriminierungsthese.....	138
2.	Relational-feministische Konnotationen im geltenden Vertragsrecht.....	139
a)	Rationalitätskonzept.....	139
b)	Materialistisches Verantwortlichkeitsprinzip .....	140
c)	Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft – Kor- rektive auf Verfahrensebene? .....	140
aa)	Das Sühneverfahren.....	142
bb)	Das Schlichtungsverfahren .....	143
cc)	Der gerichtliche Vergleich.....	145
dd)	Zwischenergebnis .....	146
d)	Ergebnis zum geltenden Vertragsrecht – Defizite aus relational- feministischer Sicht.....	148
3.	Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung des relational-feministischen Ansatzes <i>de lege lata</i> .....	148
a)	Rationalitätskonzept.....	148
b)	Materialistisches Verantwortlichkeitsprinzip .....	152
c)	Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft .....	153
d)	Ergebnis zu den Möglichkeiten einer Berücksichti- gung des relational-feministischen Ansatzes <i>de lege lata</i> .....	154
4.	Relational-feministische Forderungen <i>de lege ferenda</i> .....	154
a)	Rationalitätskonzept.....	155
b)	Materialistisches Verantwortlichkeitsprinzip .....	156
c)	Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft.....	158

d) Ergebnis zu den relational-feministischen Forde- rungen <i>de lege ferenda</i> .....	162
5. Ergebnis zum relational-feministischen Ansatz im Schuldvertragsrecht .....	163
<b>III. Radikal-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts -     Geschlechterhierarchie in der Vertragswirklichkeit</b> .....	165
1. Ansatzpunkte der radikal-feministischen Diskriminie- rungsthese am Beispiel der sexuellen Belästigung .....	166
a) Zur Erfahrung der sexuellen Belästigung .....	166
b) Folgen für die Vertragswirklichkeit von Frauen .....	170
c) Konsequenzen für die Begriffsbestimmung der sexuellen Belästigung .....	172
2. Radikal-feministische Konnotationen im geltenden Vertragsrecht .....	173
a) Persönlichkeitsschutz als adäquates Recht gegen sexuelle Belästigung? .....	173
aa) Persönlichkeitsrecht als individuelles Schutz- recht .....	174
bb) Persönlichkeitsrecht und status quo .....	175
cc) Selbstbestimmung und Lebenswirklichkeit - zum Problem der Einwilligung .....	178
dd) Verfahrensrechtliche Aspekte - die Beweisre- geln des Persönlichkeitsschutzes .....	180
(1) Die Praxis der Gerichte im Falle der sexuellen Belästigung .....	181
(2) Die Beweisregel bei einer gleichheitsorien- tierten Konzeption der sexuellen Belästi- gung .....	181
(3) Die Beweisregel bei einer persönlichkeits- orientierten Konzeption der sexuellen Belä- stigung .....	183
ee) Zwischenergebnis .....	183
b) Gleichstellungsgesetz als adäquates Recht gegen sexuelle Belästigung? .....	184
aa) Zur persönlichkeitsorientierten Konzeption von sexueller Belästigung .....	185

XVIII

bb) Geschlecht als Hierarchie.....	185
cc) Sexualität und Geschlechtsbezogenheit.....	186
dd) Verfahrensrechtliche Aspekte – Die Beweisregeln des Gleichstellungsgesetzes .....	190
ee) Zwischenergebnis .....	190
c) Ergebnis zum geltenden Vertragsrecht – Defizite aus radikal- feministischer Sicht .....	191
3. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung des radikal-feministischen Ansatzes <i>de lege lata</i> .....	192
a) Allgemeine Überlegungen.....	192
b) Zum Problem der Beweiserleichterung .....	193
c) Ergebnis zu den Möglichkeiten einer Berücksichtigung des radikal-feministischen Ansatzes <i>de lege lata</i> .....	194
4. Radikal-feministische Forderungen <i>de lege ferenda</i> .....	194
a) Legaldefinition – Sexuelle Belästigung als geschlechtsbezogene Benachteiligung .....	195
b) Das Diskriminierungsverbot und seine gesetzliche Verortung.....	196
aa) Das Gleichstellungsgesetz.....	196
bb) Das allgemeine Zivilrecht (ZGB/OR) .....	198
c) Beweiserleichterung .....	200
d) Ergebnis zu den radikal-feministischen Forderungen <i>de lege ferenda</i> .....	201
5. Ergebnis zum radikal-feministischen Ansatz im Schuldvertragsrecht .....	202
<b>IV. Ergebnis zur feministischen Kritik des Schuldvertragsrechts.....</b>	<b>202</b>
1. Die Kritik – Einseitige Ausrichtung auf männliche Lebenszusammenhänge .....	202
2. Die Forderungen – zu den Möglichkeiten und Grenzen der feministischen Rechtskritiken .....	203

## DRITTER TEIL

## DER STATUSVERTRAG 'EHE' AUS FEMINISTISCHER SICHT ..... 207

## I. Vom Patriarchat zur Partnerschaft – der rechtshistorische Hintergrund des Eherechts..... 208

## II. Liberal-feministische Kritik des Eherechts – Begünstigung der traditionellen Rollenverteilung ..... 214

## 1. Ansatzpunkte der liberal-feministischen Diskriminierungsthese..... 216

## a) Erwerbstätigkeit der Ehefrau außerhalb des Eheverbandes..... 216

## b) Erwerbstätigkeit der Ehefrau innerhalb des ehelichen Betriebes..... 218

## c) Ergebnis zum geltenden Eherecht – Defizite aus liberal-feministischer Sicht..... 221

2. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung der liberal-feministischen Kritik *de lege lata* ..... 2213. Liberal-feministische Forderungen *de lege ferenda*..... 222

## a) Gleiche Berechtigung zur Ausübung von Erwerbsarbeit..... 222

## b) Aufteilung der Erwerbs- und Familienarbeit – gesetzliches Leitbild als Konfliktlösungsnorm ..... 223

## c) Lohnanspruch bei Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Ehepartners..... 225

## 4. Zusammenfassung zum liberal-feministischen Ansatz im Eherecht..... 227

## III. Relational-feministische Kritik des Eherechts – ungenügende Würdigung der Familienarbeit..... 228

## 1. Ansatzpunkte der relational-feministischen Diskriminierungsthese ..... 230

## a) Die Zielsetzung – Gleichstellung von Familienarbeit und Erwerbsarbeit..... 230

## b) Die Verwirklichung – Familienarbeit als Liebesdienst ..... 231

c) Ergebnis zum geltenden Eherecht – Defizite aus relational-feministischer Sicht .....	235
2. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung der relational-feministischen Zielsetzung <i>de lege lata</i> .....	236
3. Relational-feministische Forderungen <i>de lege ferenda</i> .....	239
a) Hausfrauenlohn .....	239
b) Ordentlicher Güterstand der laufenden Errungenschaftsbeteiligung .....	240
c) Hältige Teilung des Erwerbseinkommens .....	242
d) Die Ideallösung aus relational-feministischer Sicht .....	243
4. Ergebnis zum relational-feministischen Ansatz im Eherecht .....	245
<b>IV. Radikal-feministische Kritik des Eherechts – die Ehe als Risikosphäre männlicher Dominanz</b> .....	<b>246</b>
1. Ansatzpunkte der radikal-feministischen Diskriminierungsthese .....	247
a) Die Ehe als sexueller Vertrag .....	247
aa) Negative sexuelle Pflicht (Verbot des Ehebruchs) .....	247
bb) Positive sexuelle Pflicht (Gebot des Beischlafs) .....	249
cc) Zwischenergebnis .....	252
b) Geschlechtsspezifische Auswirkungen der sexuellen Ehepflichten .....	252
aa) Geschlechtsspezifische Wirkung des Ehebruchsverbots .....	252
bb) Geschlechtsspezifische Wirkung der Beischlafspflicht .....	253
cc) Ergebnis zu den geschlechtsspezifischen Auswirkungen der sexuellen Ehepflichten .....	255
c) Zur Machtrelevanz der sexuellen Ehepflichten .....	255
aa) Zur Machtrelevanz der negativen sexuellen Ehepflicht .....	255
bb) Zur Machtrelevanz der positiven sexuellen Ehepflicht .....	257
(1) Zur Machtrelevanz erzwungener Sexualität .....	257

	XXI
(2) Zur Machtrelevanz konsensualer Sexualität .....	258
cc) Zwischenergebnis .....	260
c) Ergebnis zum geltenden Eherecht – Defizite aus radikal-feministischer Sicht.....	260
2. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung der radikal-feministischen Zielsetzung <i>de lege lata</i> .....	261
3. Radikal-feministische Forderungen <i>de lege ferenda</i> .....	261
4. Zusammenfassung zum radikal-feministischen Ansatz im Eherecht.....	262
<b>V. Ergebnis zur feministischen Kritik des Statusvertrags 'Ehe'</b> .....	<b>263</b>
1. Die Kritik – Ungenügende Verwirklichung der Gleichstellung.....	263
2. Die Forderung – Verstärkte Nutzung der Steuerungskapazitäten eherechtlicher Normen.....	263
<b>VIERTER TEIL</b>	
<b>GESAMTBETRACHTUNG</b> .....	<b>267</b>
<b>I. Die eine feministische Jurisprudenz und die vielen Feminismen – Gemeinsamkeiten der verschiedenen feministischen Rechtskritiken</b> .....	<b>268</b>
1. Neutralitätskritik .....	268
a) Liberal-feministischer Ansatz .....	268
b) Relational-feministischer Ansatz .....	269
c) Radikal-feministischer Ansatz .....	269
d) Ergebnis zur Neutralitätskritik .....	270
2. Zielsetzung eines geschlechtergerechten Rechts.....	270
<b>II. Die Kritik an der Kritik – Präferenzargumente zu den einzelnen Ansätzen</b> .....	<b>271</b>

XXII

1. Die vielen Feminismen – zum Fehlen einer feministischen Gesamtstrategie .....	272
2. Zur Kritik an der liberal-feministischen Rechtskritik – Angleichung statt Gleichheit? .....	273
3. Zur Kritik an der relational-feministischen Rechtskritik – Perpetuierung der Geschlechterstereotypen? .....	275
4. Zur Kritik an der radikal-feministischen Rechtskritik – Unentrinnbare Opferrolle der Frauen? .....	278
5. Zur Kritik an allen Rechtskritiken – die Partialität der Weiblichkeitsvorstellung .....	281
<b>III. Schluß: Feministische Jurisprudenz als Prozeß .....</b>	<b>282</b>

## LITERATURVERZEICHNIS

- ABRAMS, KATHRYN: Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms, in: *Vanderbilt Law Review* 42 (1989), S. 1183-1248 (zitiert: ABRAMS, Gender Discrimination)
- Ideology and Women's Choices, in: *Georgia Law Review* 24 (1990), S. 761-801 (zitiert: ABRAMS, Ideology).
  - Sex Wars Redux: Agency and Coercion in Feminist Legal Theory, in: *Columbia Law Review* 95 (1995), S. 304-376 (zitiert: ABRAMS, Sex Wars Redux).
- ACKERMANN, THOMAS, Verjähren die Ansprüche von nicht am Vertrag beteiligten Dritten nach Delikts- oder Vertragsrecht? Oder: Die verpasste Chance für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (Besprechung von BGE 123 III 204), in: *AJP* 1997, S. 1553-1556.
- ADAMS, MICHAEL, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985.
- ADOMEIT, KLAUS, Rechtstheorie für Studenten, 3. A. Heidelberg 1990.
- AEPLI, VIKTOR, Grundrechte und Privatrecht. Hinweise für die Überprüfung der Grundrechtskonformität des Privatrechts im Sinne des Entwurfs für eine Totalrevision der Bundesverfassung, Diss. Freiburg 1980.
- ALCOFF, ELIZABETH, Cultural Feminism versus Post-Structuralism: The Identity Crisis in Feminist Theory, in: *SIGNS - Journal of Women in Culture and Society* 13 (1988), S. 405-436.
- ALTERMATT, URS (Hrsg.), Die Schweizer Bundesräte. Ein biographisches Lexikon, Zürich 1991.
- ADDELSON, KATHRYN PYNE/ACKELSBERG, MARTHA/PYNE, SHAWN, Anarchism and Feminism, in: Rosemarie Tong/Nancy Tuana (Hrsg.), *Feminism and Philosophy. Essential Readings in Theory, Reinterpretation and Application*, Boulder 1995, S. 330-352.
- AMERICAN LAW INSTITUTE (HRSG.), *Restatement of the Law Second, Torts*, §§ 281-503, 2. A. St. Paul 1965.
- AREEN, JUDITH, A Need for Caring, in: *Michigan Law Review* 86 (1988), S. 1067-1082.
- ARIOLI, KATHRIN, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben - unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen, Diss. Zürich 1992 (zitiert: ARIOLI, Frauenförderungsmassnahmen).

#### XXIV

- Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, in: AJP 2 (1993), S. 1327-1335 (zitiert: ARIOLI, Indirekte Diskriminierung).
  - (Hrsg.), Quoten und Gleichstellung von Mann und Frau, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zitiert: ARIOLI, Quoten).
  - (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (zitiert: ARIOLI, Frauenförderung).
- ARMBRÜSTER, CHRISTIAN, Drittschäden und vertragliche Haftung, in: recht 11 (1993), S. 84-91.
- ASHE, MARY, Mind's Opportunity: Birthing a Poststructuralist Feminist Jurisprudence, in: Syracuse Law Review 38 (1987), S. 1129-1173.
- ASTELL, MARY, Some Reflections upon Marriage (1730), New York 1970.
- AUER, ANDREAS, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst., in: AJP 2 (1993), S. 1336-1348.
- AUER, ANDREAS/MARTENET, VINCENT, Les quotas, la démocratie et le fédéralisme, SJ 1997, S. 629-656.
- AYRES, IAN/SIEGELMAN, PETER, Race and Gender Discrimination in Bargaining for a New Car, in: The American Economic Review 85 (1995), S. 304-321.
- BACH, ISOLDE, Sind Männer und Frauen gleichberechtigt? Verfassungsänderung und Verfassungswandel am Beispiel des Art. 3 II des Grundgesetzes, Neuried (D) 1996.
- BÄR, ROLF, Die kaufmännische Unternehmung im neuen Ehe- und Erbrecht, in: Albert Kaufmann/Bruno Huwiler (Hrsg.), Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, Bern 1988, S. 179-205.
- BAER, SUSANNE, Neue Gesetze gegen Pornographie? Die Pornographiedebatte in den USA, in: Streit 4/1987, S. 177 ff. (zitiert; BAER, Pornographiedebatte).
- Ansätze feministischer Rechtswissenschaft in den USA - vom „feministischen Dilemma“ zur feministischen Rechtskultur, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 1988, S. 310-320 (zitiert: BAER, Feministische Rechtskultur).
  - Objektiv - neutral - gerecht? Feministische Rechtswissenschaft am Beispiel sexueller Diskriminierung im Erwerbsleben, in: KritV 77 (1994), S. 154-178 (zitiert: BAER, Feministische Rechtswissenschaft).
  - Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1996 (zitiert: BAER, Belästigung).

- Feministische Rechtswissenschaft und juristische Ausbildung, in: Ursula Floßmann (Hrsg.), *Feministische Jurisprudenz*, Wien 1997, S. 3-31 (zitiert: BAER, juristische Ausbildung).
- BAER, SUSANNE/SLUPIK, VERA, Entwurf eines Gesetzes gegen Pornographie, in: *KJ* 21 (1988), S. 171-181
- BAIER, ANNETTE C., *Moral Prejudices. Essays on Ethics*, Cambridge (MA)/London, 1994.
- BANKS, OLIVE, *Faces of Feminism: A Study of Feminism as a Social Movement*, New York 1981.
- BARBEY, RICHARD, *Commentaire du droit du bail, Chapitre III, Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, 1. Introduction et Art. 271-271a CO*, Genève 1991.
- BARTLETT, KATHRIN, *Feminist Legal Methods*, in: Kathrine T. Bartlett/Rosanne Kennedy (Hrsg.), *Feminist Legal Theory*, Boulder 1991, S. 370-403.
- BASSHAM, GREGORY, *Feminist Legal Theory: A Liberal Response*, in: *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 6 (1992), S. 293-319.
- BAURMANN, MICHAEL, *Sexuelle Gewalttätigkeit in der Ehe. Ein Plädoyer für die strafrechtliche Gleichbehandlung von sexuellen Gewalthandlungen inner- und außerhalb der Ehe*, in: Deutsche Richterakademie (Hrsg.), *Gewalt and Frauen und Familie, Schriften der Deutschen Richterakademie Band 6*, Heidelberg 1990, S. 37-53.
- BEAUVOIR, SIMONE DE, *Le deuxième sexe, tome I et II*, éditions Gallimard, 1949, renouvelé en 1976.
- BECKER, MARY (Hrsg.), *Cases and Materials on Feminist Jurisprudence: Taking Women Seriously*, St. Paul (Minnesota), 1994.
- BEER, URSULA, *Klasse Geschlecht. Feministische Gesellschaftsanalyse and Wissenschaftskritik*, Bielefeld 1989.
- BEHRENS, GÜNTHER, *Die soziale Utopie des Charles Fourier*, Diss. Köln 1977.
- BEHRENS, PETER, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz*, Tübingen 1986.
- BELSER, EVA MARIA, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit - Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschuß und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz*, in: *AJP* 7 (1998), S. 433-445.
- BEM, SANDRA, *Sex role adaptability: one consequence of psychological androgyny*, in: *Journal of Personality and Social Psychology* 31 (1975), S. 634-643.

- BENARD, CHERYL/SCHLAFFER, EDITH, Die ganz gewöhnliche Gewalt in der Ehe, Hamburg 1978 (zitiert: BENARD/ SCHLAFFER, gewöhnliche Gewalt).
- Der Mann auf der Straße. Über das merkwürdige Verhalten von Männern in ganz alltäglichen Situationen, Reinbek 1980 (zitiert: BENARD/SCHLAFFER, Der Mann auf der Straße).
- BENDA, ERNST, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst. Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei – Leitstelle Gleichberechtigung der Frau – der Freien und Hansestadt Hamburg, Freiburg i.B. 1986.
- BENDER, LESLIE, A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort, in: Journal of Legal Education 38 (1988), S. 3-37 (zitiert: BENDER, Feminist Theory and Tort).
- Changing the Values in Tort Law, in: Tulsa Law Journal 25 (1989/90), S. 759-774 (zitiert: BENDER, Changing the Values).
- BENHABIB, SEYLA, Der verallgemeinerte und der konkrete Andere. Ansätze zu einer feministischen Moraltheorie, in: Elisabeth List/Herlinde Studer (Hrsg.), Denkverhältnisse – Feminismus und Kritik, Frankfurt a.M. 1989, S. 454-487.
- BENNENT, HEIDEMARIE, Galanterie und Verachtung, Frankfurt a.M. 1985.
- BENTSON, MARGARET, The Political Economy of Women's Liberation, in: Monthly Review 21 (1969), S. 13-27.
- BENTZON, AGNETE WEIS, Comments on Women's Law in Scandinavia, in: International Journal of the Sociology of Law 14 (1986), S. 249-254.
- BERNER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT (zitiert: BK-BearbeiterIn)
- BECKER, HANS, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1941.
  - BREHM, ROLAND, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, Unterteilband 1: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen. Kommentar zu Art. 41-61 OR, 2. (überarbeitete) A. Bern 1998.
  - BÜHLER, WALTER/SPÜHLER, KARL, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung: Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte: Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, 3. A. Bern 1980.
  - KRAMER, ERNST A., Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Der Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991.

- KRAMER ERNST A. /SCHMIDLIN, BRUNO, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986. Bearbeiter der Allgemeinen Einleitung, Art. 1, 2, 18: KRAMER. Bearbeiter der Art. 3-10, 11-17 OR: SCHMIDLIN.
  - LEMP, PAUL, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung: das Eherecht, 2. Halbband: die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, das Güterrecht der Ehegatten, Art. 159-251 ZGB, Bern 1963.
  - REHBINDER, MANFRED, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag (Art. 319-362 OR), 1. Abschnitt: Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, Bern 1985.
  - RIEMER, MICHAEL, Das Personenrecht, Band I, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 2. Teilband: Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB, Bern 1990.
  - SPÜHLER, KARL, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte: Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, Ergänzungsband, Bern 1991.
- BERTOSSA, BERNARD/GAILLARD, LOUIS/GUYET, JAQUES, Commentaire de la loi de procedure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Tome I, Art. 1 à 52 LP, Genève 1989.
- BIGLER-EGGENBERGER, MARGRITH, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 BV, in: recht 12 (1994), S. 1-6.
- Rechtsgleichheit und Vertragsfreiheit, in: AJP 1997, S. 18-21 (zitiert: BIGLER-EGGENBERGER, Rechtsgleichheit).
- BINKERT, MONIKA, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht: eine empirische Untersuchung an sechs erstinstanzlichen Gerichten, Diss. Basel 1996.
- BLATTMANN, LYDIA, Entgrenzungs- und Verbindungsrituale in schweizerischen Studentenverbindungen, 1870-1914, in: Rudolf Jaun/Brigitte Studer (Hrsg.), Weiblich-Männlich. Geschlechterverhältnisse in der Schweiz: Rechtsprechung, Diskurs, Praktiken, Zürich 1995, S. 145-157.
- BLUMENSTEIN, PHILIP/SCHWARZ, PEPPER, American Couples, New York 1983.
- BOCK, GISELA, Historische Frauenforschung: Fragestellung und Perspektiven, in: Karin Hausen (Hrsg.), Frauen suchen ihre Geschichte, München 1987, S. 24-61.

## XXVIII

- BOCK, GISELA/DUDEN, BARBARA, Arbeit aus Liebe – Liebe als Arbeit. Zur Entstehung der Hausarbeit im Kapitalismus, in: Gruppe Berliner Dozentinnen (Hrsg.), Frauen und Wissenschaft. Beiträge zur Berliner Sommeruniversität für Frauen, Juli 1976, 2. A. Berlin 1976, S. 118-199.
- BOEHMER, GUSTAV, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1950.
- BÖSCH, PETER, Der Nachbarstreit und dessen Beilegung. Mediation – ein neuer Weg, in: SJZ 94 (1998), S. 77-85, 105-110.
- Botschaft (des Bundesrates an die Bundesversammlung. Publiziert im Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft. Zitiert: BBl, Jahrgang, Volumen, Seitenzahl).
- vom 22. Februar 1957 über die Einführung des Frauenstimm- und wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten, BBl 1957 I, S. 665-798.
  - bzw. Bericht vom 8. Januar 1960 des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 42. und 43. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft betreffend die Ratifikation des Übereinkommens über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, BBl 1960 I, S. 3-109.
  - vom 24. Februar 1993 zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschuß über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter and die Departemente und Dienste der Bundeskanzlei, BBl 1993 I, S. 1248-1330.
  - vom 23. August 1995 betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BBl 1995 IV, S. 901-990.
  - vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I, S. 1-227.
- BRÄM, VERENA, Mediation in Scheidungssachen, Chance oder Utopie? In: Peter Gauch u.a. (Hrsg.), Familie und Recht – Famille et Droit, Festschrift für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg i.Ue. 1995, S. 47-60.
- BRAVO, ELLEN/CASSEDY, ELLEN, The 9to5 Guide to Combating Sexual Harassment. Candid Advice from 9to5. New York u.a. 1992.
- BREIDENBACH, STEPHAN, Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995.

- BRETSCHER, SUSANNE, Die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten nach geltendem Recht sowie nach Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts, Diss. Basel 1979.
- BRILL, LAURA W., Is Dominance Really Different?, in: University of Arkansas at Little Rock Law Review 15 (1993), S. 261-270.
- BROWNSWORD, ROGER, Rezension von: Roberto Mangabeira Unger, The Critical Legal Studies Movement, Cambridge (MA), 1986, in: ARSP 74 (1988), S. 273-275.
- BROX, HANS, Allgemeiner Teil des BGB, 20 A. Köln 1996.
- BRUNNER, CHRISTIANE/BÜHLER, JEAN-MICHEL/WAEBER, JEAN-BERNARD, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, deutsche Fassung der 2. (nachgeführten) Auflage, Basel u.a. 1997.
- BRUNNER, HANS-ULRICH, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg i.Ue. 1991.
- BUCHANAN, JAMES M, The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan, Chicago/London 1975.
- BUCHER, ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Basel 1986.
- BUCHER, EUGEN, Drittwirkung der Grundrechte? Überlegungen zu „Streikrecht“ und „Drittwirkung“ i.S. von BGE 111 II 245-259, in: SJZ 83 (1987), S. 37-47 (zitiert: E. BUCHER, Drittwirkung).
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A. Zürich 1988 (zitiert: E. BUCHER, AT).
  - Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht, in: ZSR 102 II (1982), S. 251-381 (zitiert E. BUCHER, Hundert Jahre).
- BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Auf dem Weg zur Gleichstellung? Frauen und Männer in der Schweiz. Zweiter statistischer Bericht, Bern 1996 (zitiert: BUNDESAMT FÜR STATISTIK 1996A).
- Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung 1994. Kommentierte Ergebnisse und Tabellen, Bern 1996 (zitiert: BUNDESAMT FÜR STATISTIK 1996B).
  - Auf dem Weg zur Gleichstellung? Aktualisierung der zentralen Indikatoren 1997, Bern 1997 (zitiert: BUNDESAMT FÜR STATISTIK 1997A).
  - Taschenstatistik der Schweiz, Bern 1997 (zitiert: BUNDESAMT FÜR STATISTIK 1997B)
  - Die schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE): Kommentierte Ergebnisse und Tabellen 1996, Bern 1997 (zitiert: BUNDESAMT FÜR STATISTIK, SAKE).

XXX

- Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung 1996. Pressemitteilung vom 12.06.1998 (zitiert: BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Lohnstrukturerhebung 1996).
- BÜREN, BRUNO VON, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- BURGARD, ROSWITHA, Misshandelte Frauen: Verstrickung und Befreiung. Eine Untersuchung zur Überwindung von Gewaltverhältnissen, Ergebnisse der Frauenforschung, Band 8, Weinheim u.a. 1985.
- BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN DER STADT ZÜRICH, Die Würde der Frau ist unantastbar. Analyse von Verfahren in der Schweiz, in denen sexuelle und sexistische Belästigung am Arbeitsplatz eine wichtige Rolle spielt. Zusammengestellt von Zita Küng, Zürich 1993.
- BURROWS, NOREEN, The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, in: The Netherlands International Law Review 3/1985, S. 419-460.
- BÜTLER, THOMAS, Der Persönlichkeitsschutz des Vereinsmitgliedes, Diss. Basel 1986.
- BUSER, DENISE, Die Zulässigkeit der Quotierung von Parlamentsmandaten, in: AJP 3 (1994), S. 330-337.
- BUSER, DENISE/POLEDA, THOMAS, Politische Quoten auf dem Schafott - Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur „Solothurner Quoteninitiative“, in: AJP 6 (1997), S. 981-989.
- BUTLER, JUDITH, Das Unbehagen der Geschlechter, Frankfurt a.M. 1991.
- BYDLINSKI, FRANZ, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, in: AcP 180 (1980), S. 2-46.
- CADIET, LOIC, Droit Judiciaire Privé, Paris 1992.
- CAHN, NAOMI R., The Looseness of Legal Language: The Reasonable Woman Standard in Theory and Practice, in: Cornell Law Review 77 (1992), S. 1398-1446.
- CALABRESI, GUIDO, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), S. 499-553 (zitiert: CALABRESI, Risk Distribution).
- Ideale, Überzeugungen, Einstellungen und ihr Verhältnis zum Recht, Berlin 1990 (zitiert: CALABRESI, Ideale).
- CAIN, PATRICIA, Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories, in: Berkeley Women's Law Journal 1988, S. 191-215.

- CARBONNIER, JEAN, *Réflexion sur la médiation*, in: Schweiz. Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), *Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit?* Zürich 1992, S. 11-22.
- CARDIA-VONÈCHE, LAURA/BASTARD, BENOIT, *La médiation familiale: Un meilleur divorce, mais a quel prix pour les femmes?*, Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (Hrsg.), *Frauenfragen* 15 (1992), S. 22-26.
- CASE, MARY ANNE C., *Dissegregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence*, *Yale Law Journal* 105 (1996), S. 1-105.
- CAVARERO, ADRIANA, *Die Perspektive der Geschlechterdifferenz*, in: Ute Gerhard u.a. (Hrsg.), *Differenz und Gleichheit*, Frankfurt a.M. 1990, S. 95-109.
- CERUTTI, ROMEO, *Der Untervertrag*, Freiburg i.Ue. 1990.
- CHARLES, MARIA, *Geschlechterspezifische Arbeitsmarktsegregation in der Schweiz*, in: *SZS* 13 (1987), S. 1-27.
- CHODOROW, NANCY, *Das Erbe der Mütter. Psychoanalyse und Soziologie der Geschlechter*, 4. A. München 1994.
- COASE, RONALD, *The Problem of Social Cost*, in: *Journal of Law and Economics* 1 (1960), S. 1-44.
- COING, HELMUT, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5. A. Berlin 1993.
- COLKER, RUTH, *Feminist Consciousness and the State: A Basis for Cautious Optimism*, (gleichzeitig Rezension von C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass. 1989), in: *Columbia Law Review* 90 (1990), S. 1146-1170.
- CONRAD, HERMANN, *Die Rechtstellung der Ehefrau in der Privatrechtsgeschichte der Aufklärungszeit*, in: Josef Engel u.a. (Hrsg.), *Aus Mittelalter und Neuzeit*, Gerhard Kallen zum 70. Geburtstag, Bonn 1957, S. 253-270.
- CORNELL, DRUCILLA, *The Doubly-Priced World: Myth, Allegory and the Feminine*, *Cornell Law Review* 75 (1990), S. 664-699 (zitiert: Cornell, *Doubly-Priced World*).
- *Sexual Difference, the Feminine, and Equivalency: A Critique of MacKinnon's „Toward a Feminist Theory of the State“*, in: *Yale Law Review* 100 (1991), S. 2247-2275 (zitiert: CORNELL, *Sexual Difference*).
- CURTI, EUGEN, *Die Mitgliedschaftsrechte der Vereinsmitglieder nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Diss. Bern 1952 (zitiert: CURTI, *Mitgliedschaftsrechte*).

XXXII

- Eherecht - quo vadis? Der Beitrag zur freien Verfügung an den nicht berufstätigen Ehegatten, in: SJZ 86 (1990), S. 149-153 (zitiert: CURTI, Eherecht)
- DAHL, TOVE STANG, Frauenrecht. Eine Einführung in feministisches Recht, Bielefeld 1992 (zitiert: DAHL, Frauenrecht).
- Frauen zum Ausgangspunkt nehmen: der Aufbau eines Frauenrechts, in: STREIT 4/1986, S. 115-121 (zitiert: DAHL, Aufbau eines Frauenrechts).
- DALLA COSTA, MARIAROSA/JAMES, SELMA, Le pouvoir des femmes et la subversion sociale, Genève 1973.
- DALTON, CLARE, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine, Yale Law Journal 94 (1985), S. 997-1114.
- DAMASIO, ANTONIO R., Descartes' Irrtum, Fühlen, Denken und das menschliche Gehirn, München 1995.
- D'EAUBONNE, FRANÇOISE, Le féminisme ou la mort, Paris 1974.
- DE BONO, EDWARD, Konflikte. Neue Lösungsmodelle und Strategien, Düsseldorf 1987.
- DEGEN, BARBARA, Justitias mißratene Töchter - Feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft, in: STREIT 1/1993, S. 43-49.
- DELBRÜCK, JOST, Die Konvention der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau im Kontext der Bemühungen um einen völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte, in: Ingo von Münch (Hrsg.), Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag am 28. März 1981, Berlin/New York 1981, S. 247-270.
- DESCHENAUX, HENRI/STEINAUER, PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 2. A. Bern 1986 (zitiert: DESCHENAUX/ STEINAUER, Personnes physiques)
- Le nouveau droit matrimonial, Bern 1987 (zitiert: DESCHENAUX/STEINAUER, Droit matrimonial).
- DIEDRICHSEN, UWE, Die allgemeinen Ehwirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen, in: NJW 1977, S. 219-223.
- DINNERSTEIN, DOROTHY, The Mermaid and the Minotaur: Sexual Arrangements and Human Malaise, New York 1977.
- DIX, ALEXANDER, Gleichberechtigung durch Gesetz. Die britische Gesetzgebung gegen die Diskriminierung der Frau im Arbeitsleben - ein Modell für die Bundesrepublik Deutschland? Baden-Baden 1984.
- DOHM, HEDWIG, Der Frauen Natur und Recht (1876), Neukirch 1986.

- DONNERSTEIN, EDWARD/BERKOWITZ, LEONARD, Victim Reactions in Aggressive Erotic Films as a Factor in Violence Against women, in: *Journal of Personality and Social Psychology* 41 (1981), S. 710-724.
- DONOVAN, JOSEPHINE, *Feminist Theory: The Intellectual Traditions of American Feminism*, New York 1985.
- DÖRING, MATTHIAS, *Frauenquoten und Verfassungsrecht: Die Rechtmäßigkeit der „umgekehrten Diskriminierung“ nach US-amerikanischem Verfassungsrecht und ihre Bedeutung für die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Frauenquoten auf dem Arbeitsmarkt der deutschen Privatwirtschaft*, Berlin 1996.
- DÖRNER, HEINRICH, *Industrialisierung und Familienrecht: Die Auswirkungen des sozialen Wandels dargestellt an den Familienmodellen des ALR, des BGB und des französischen Code Civil*, Berlin 1974.
- DOWD, NANCY E., *Maternity Leave: Taking Sex Differences into Account*, in: *Fordham Law Review* 54 (1986), S. 699-765.
- DREIER, RALF, *Recht und Gerechtigkeit*, in: DERS. (Hrsg.), *Recht - Staat - Vernunft*, Frankfurt a.M. 1991, S. 8-38.
- DRUEY, JEAN NICOLAS, *Grundriss des Erbrechts*, 3. A. Bern 1992.
- DUBISCHAR, ROLAND, *Einführung in die Rechtstheorie*, Darmstadt 1983.
- DUBOIS, ELLEN, *Feminism and Suffrage: The Emergence of an Independent Women's Movement in America*, Ithaca 1980.
- DURAN, JANE, *Toward a Feminist Epistemology*, Savage (GB) 1991.
- DÜRR, DAVID, *Mitzinsherabsetzung und Einrede des nicht übersetzten Ertrages. Ein aktuelles Beispiel für die Beziehung zwischen Rechtsdogmatik, Rechtsmethodologie und Rechtstheorie*, in: *SJZ* 91 (1995), S. 265-271.
- DUSS-VON WERDT, JOSEF, *Zum Menschenbild der Mediation - Philosophische Fragmente*, in: *Schweiz. Beobachter* (Hrsg.), *Mediation in der Schweiz. Referate anlässlich des Schweizerischen Forums für Mediation*, Zürich 1994, S. 6-14.
- DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, 4. A. Cambridge (MA), 1977.
- EICHENBERGER, KURT, *Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau*, Aarau u.a. 1987.
- EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Worüber Frauen schweigen. Untersuchung in Genf*, Bern 1993 (zitiert: EIDG. BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG, *Belästigung*).

#### XXXIV

- Beitragsunterschiede in der privaten Krankenversicherung. Gutachten vom 9. August 1993 zuhanden der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (zitiert: EIDG. BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG, Krankenversicherung).
- Mediengespräch vom 11. Juli 1996 (Kopie im EBG1 erhältlich) (zitiert: EIDG. BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG, Mediengespräch).

EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Die Stellung der Frau in der Schweiz, Teil II: Biographien und Rollennorm, Bern 1982 (zitiert: EIDG. KOMM. FÜR FRAUENFRAGEN II)

- Die Stellung der Frau in der Schweiz Teil IV: Frauenpolitik, Bern 1984 (zitiert: EIDG. KOMM. FÜR FRAUENFRAGEN IV)
- Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts. Bericht November 1991, Bern 1991 (zitiert: EIDG. KOMM. FÜR FRAUENFRAGEN, Juristische Auswirkungen).

EISENSTEIN, ZILLAH, The Radical Future of Liberal Feminism, Boston 1993 (zitiert: EISENSTEIN, Liberal Feminism).

- (Hrsg.), Capitalist patriarchy and the case for socialist feminism, New York 1979 (zitiert: EISENSTEIN, Socialist Feminism).

ENGEL, PIERRE, Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO, Neuchatel 1973.

ENGELS, FRIEDRICH, The Origin of the Family, Private Property and the State, New York 1972.

ENNECERUS, LUDWIG/NIPPERDEY, HANS CARL, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. (neu bearbeitete) A. von H.C. Nipperdey, Tübingen 1959.

EPINEY, ASTRID, Auf dem Weg zur „Internationalisierung“ des nationalen Rechtsraums? Zur Geltung und Stellung des Völkerrechts in der Schweiz, in: Dokumentation, 6. Schweizerische Feministische Juristinnentagung, 1/2 Dez. 1995, S. 4-18 (zitiert: EPINEY, Internationalisierung).

- Chancengleichheit über das Ergebnis? Urteilsanmerkung zu BGE 123 I 152 (Solithurner Quotenurteil), in: AJP 6 (1997), S. 1033-1036 (zitiert: EPINEY, Urteilsanmerkung).

EPINEY, ASTRID/RAFAEL, NORA, Chancengleichheit: ein teilbarer Begriff? Zur Zulässigkeit von „Bevorzugungsregeln“ im Anschluß an das Urteil des EuGH in der Rs. 450/9 - Kalanke, in: AJP 5 (1996), S. 179-187.

ERLE, MANFRED, Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts, Göttingen 1952.

- ERMANN - Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden (zitiert: Ermann-BearbeiterIn)
- HECKELMANN, DIETER, Bearbeiter der §§ 1297-1563 BGB; in: Band 2, §§ 854-2385 BGB und Nebenerlasse, 8. A. Münster 1989.
- EVANS, SARA M., *Born for Liberty: A History of Women in America*, New York, 1989.
- FARLEY, LIN, *Sexual Shakedown. The Sexual Harassment of Women on the Job*, New York 1978.
- FARNSWORTH, ALLAN, *Legal Remedies for Breach of Contract*, in: *Columbia Law Review* 70 (1970), S. 1083-1102.
- FELBER, MARKUS, *Bundesgerichtsentscheide. Die vollständigen NZZ-Berichte zu publizierten und unpublizierten Urteilen 1995*, Zürich 1996.
- FELLMANN, WALTER, *Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht? Einige Gedanken zu Art. 13 des Vorentwurfs für eine Revision des Haftpflichtrechts vom 4. April 1996*, in: *recht* 15 (1997), S. 95-107.
- FERGUSON, ANN, *Androgyny as an Ideal for Human Development*, in: *Mary Vetterling-Braggin u.a. (Hrsg.), Feminism and Philosophy*, Totowa (N.J.), 1977, S. 39-44.
- FERGUSON, KATHY E., *Bureaucracy and Public Life: The Feminization of the Polity*, in: *Rosemarie Tong/Nancy Tuana (Hrsg.), Feminism and Philosophy. Essential Readings in Theory, Reinterpretation and Application*, Boulder 1995, S. 374-390.
- FERREE, MYRA MARX, *Gleichheit und Autonomie, Probleme einer feministischen Politik*, in: *Ute Gerhard u.a. (Hrsg.), Differenz und Gleichheit, Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht*, Frankfurt a.M. 1990, S. 283-298.
- FETZ, ANITA, *Zwischen Emanzipation und Herrschaftssicherung - Zur bürgerlichen Frauenbewegung der Jahrhundertwende in der deutschsprachigen Schweiz*, Lizenziatsarbeit, Historisches Seminar der Universität Basel, Basel 1983.
- FICHTE, JOHANN GOTTLIEB, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre (1797)*, in: *Reinhard Lauth u.a. (Hrsg.), J.G. Fichte - Gesamtausgabe der Bayrischen Akademie der Wissenschaften, Band IV*, Stuttgart/Bad Cannstatt 1970.

- FIKENTSCHER, WOLFGANG, Zur Generalklausel des § 242 BGB als Schlüssel des zivilrechtlichen Vertrauensschutzes: „Sonderverbindung“ oder „neue Sachnormen“? – Ein Beitrag zur Rechtstatsachenforschung, in: Hagen Hof u.a. (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen*, Baden Baden 1994, S. 165-181.
- FINKELHOR DAVID/YLLO, KERSTI, Vergewaltigung in der Ehe – eine soziologische Perspektive, in: Jürgen Heinrichs (Hrsg.), *Vergewaltigung, die Opfer und Täter*, Braunschweig 1986, S. 65-75.
- FINLEY, LUCINDA, Breaking Women's Silence in Law: the Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning, in: *Notre Dame Law Review* 64 (1989), S. 886-910.
- FINEMAN, MARTHA, Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Cases, in: *Harvard Law Review* 101 (1988), S. 727-774 (zitiert: FINEMAN, Dominant Discourse).
- Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship, in: *Florida Law Review* 42 (1990), S. 25-43 (zitiert: FINEMAN, Challenging Law).
  - The Neutred Mother, the Sexual Family, and other Twentieth Century Tragedies, New York 1995 (zitiert: FINEMAN, Neutred Mother).
- FIRESTONE, SHULAMITH, *Frauenbefreiung und sexuelle Revolution*, Frankfurt a.M. 1975.
- FISCHER, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.12.1952, *NJW* 1953, S. 418 ff., in: Lindenmayer/Möhring, *Nachschlagwerk zum BGB*, Berlin 1953-1986, Nr. 4 zu § 705 BGB.
- FISS, OWEN, What is Feminism? *Arizona State Law Review* 26 (1994), S. 413-428.
- FITZPATRICK, PETER/HUNT, ALLAN, Critical Legal Studies: An Introduction, in: *Journal of Law and Society* 14 (1987), S. 1-19.
- FLAX, JANE, Postmodernism and Gender Relations in Feminist Theory, in: Linda Nicholson (Hrsg.), *Feminism/Postmodernism*, New York 1990, S. 39-61.
- FLOßMANN, URSULA, Die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Privatrechtsgeschichte, in: Dies. (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Wien u.a. 1977, S. 119-144 (zitiert: FLOßMANN, Gleichberechtigung).
- *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, 2. A. Wien u.a. 1992 (zitiert: FLOßMANN, Privatrechtsgeschichte).

- FLUME, WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 3. (ergänzte) A. Berlin u.a. 1979 (zitiert: FLUME, AT II).
- FORSTMOSER, PETER/SCHLUEP, WALTER, Einführung in die Rechtswissenschaft, Band I: Einführung in das Recht, 2. A. Bern 1988.
- FRANK, RICHARD, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983 (zitiert: FRANK, Persönlichkeitsschutz)
- Grundprobleme des neuen Ehe- und Erbrechts der Schweiz, Basel u.a. 1987 (zitiert: FRANK, Ehe- und Erbrecht)
- FRANK, RICHARD/STRÄULI, HANS/MESSMER, GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. (überarbeitete, stark erweiterte) A. Zürich 1997.
- FRASER, NANCY/NICHOLSEN, LINDA, Social Criticism Without Philosophy: An Encounter between Feminism and Postmodernism, in: Andrew Ross (Hrsg.), Universal Abandon? The Politics of Postmodernism, Minneapolis 1988.
- FREL, HANS, Die familienrechtliche Verpflichtung des Zusammenwirkens zwischen Ehegatten, insbesondere in Beruf und Gewerbe, zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz der ehelichen Gemeinschaft, Diss. Freiburg i.Ue. 1935.
- FREIVOGEL, ELISABETH, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts vom 27.4.1995 - 4C 332/1994, in: STREIT 2/1996, S. 74.
- FREY, EBERHARD, Familienmediation - Alternatives Entscheidungsverfahren. Überlegungen zur gegenwärtigen Scheidungsdiskussion anhand erster Resultate einer Fragebogenuntersuchung, in: AJP 6 (1997), S. 677-688.
- FRIEDAN, BETTY, The Feminine Mystique, London 1963 (zitiert: FRIEDAN, Feminine Mystique).
- It changed my life, New York 1977 (zitiert: FRIEDAN, It changed my life)
- FRIEDMAN, MARILYN, Beyond Caring: The De-Moralization of Gender, in: Marsha Hanen/Kai Nielsen (Hrsg.), Science, Morality & Feminist Theory, Supplementary Volume 13 (1987), Canadian Journal of Philosophy, S. 87-110.
- FROMMEL, MONIKA, Wie kann die Staatsgewalt die Frauen vor sexueller Gewalt schützen?, in: ZRP 7 (1987), S. 242-247.
- FRUG, MARY JOE, Postmodern Legal Feminism, New York 1991.

XXXVIII

- FRYE, MARILYN, A Lesbian Perspective on Women's Studies, in: Margret Cruikshank (Hrsg.), *Lesbian Studies: Present and Future*, Old Westburg 1982, S. 194-198
- GABEL, PETER, The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves, in: *Texas Law Review* 62 (1984), S. 1363-1599.
- GAMILLSCHEG, FRANZ, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, in: *AcP* 164 (1964), S. 386-444.
- GARBE-EMDEN, KRISTINA, Gleichberechtigung durch Gesetz. Ziele, Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Probleme eines Antidiskriminierungsgesetzes. Diss. Hannover 1984.
- GAUCH, PETER, Vertrag und Parteiwille, in: Hans Peter u.a. im Auftrag der Juristischen Fakultäten der Schweiz (Hrsg.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*, Freiburg i. Ue. 1982, S. 343-368 (zitiert: GAUCH, Vertrag und Parteiwille).
- „Entgangener Feriengenuß“ – Gedanken zu einer „Mitteilung“, in: *SJZ* 79 (1983), S. 276 (zitiert: GAUCH, Feriengenuß).
  - Der aussergerichtliche Vergleich, in: Peter Forstmoser u.a. (Hrsg.), *Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluemp*, Zürich 1988, S. 3-24.
  - Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht, in: Ders. (Hrsg.), *L'image de l'homme en droit – Das Menschenbild im Recht*, Mélanges publiés par la faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'université de Fribourg – Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg i.Ue. 1990, S. 177-203 (zitiert: GAUCH, der vernünftige Mensch).
  - Familienschuldrecht, in: Peter Gauch u.a. (Hrsg.), *Familie und Recht – Famille et Droit*, Festschrift für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, S. 250-265 (zitiert: GAUCH, Familienschuldrecht).
  - Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungsgesetz vom 16. Dezember 1994, in: *ZSR* 114 I (1995), S. 313-336 (zitiert: GAUCH, Beschaffungsgesetz).
  - Der Werkvertrag, 4. (überarbeitete und erweiterte) A. Zürich 1996 (zitiert: GAUCH, Werkvertrag).
  - Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung, *ZSR* 116 I (1997), S. 315-341 (zitiert: GAUCH, Vereinheitlichung).
  - Crestet – DoktorandInnenseminar in Crestet (Frankreich), Juni 1997.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Band I und II)*, 6. A. Zürich 1995.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER/SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Band I und II)*, 7. A. 1998.

- GAUCH, PETER/SWEET, JUSTIN, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Peter Forstmoser/Hans Giger (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 117-140.
- GAUTHIER, DAVID, *Morals by Agreement*, Oxford 1986.
- GEISER, THOMAS, Arbeitsvertrag unter Ehegatten oder eherechtliche Entschädigung nach Art. 165 ZGB?, in: BJM 2 (1990), S. 57-83 (zitiert: GEISER, Arbeitsvertrag)
- Erste Erfahrungen mit dem neuen Eherecht, in: recht 8 (1990), S. 38-51 (zitiert: GEISER, Eherecht)
  - Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, in: ZBJV 132 (1996), S. 555-579 (zitiert: GEISER, Anstellungsdiskriminierung).
- GERHARD, UTE, Warum Rechtsmeinungen und Unrechtserfahrungen von Frauen nicht zur Sprache kommen, in: ZRSoz 5 (1984), S. 220-234 (zitiert: GERHARD, Rechtsmeinungen).
- Anderes Recht für Frauen? Feminismus als Gegenkultur, in: Volkmar Gessner/Winfried Hassemer (Hrsg.), *Gegenkultur und Recht*, Baden-Baden 1985, S. 209-226 (zitiert: GERHARD, Anderes Recht für Frauen).
  - Gleichheit ohne Angleichung, München 1990 (zitiert: GERHARD, Gleichheit).
  - Unerhört: die Geschichte der deutschen Frauenbewegung, Reinbek bei Hamburg 1990 (zitiert: GERHARD, deutsche Frauenbewegung).
  - Stichwort „Feminismus“, in: Anneliese Lissner u.a. (Hrsg.), *Frauenlexikon. Wirklichkeiten und Wünsche von Frauen*, Freiburg i. Br. u.a. 1992, S. 301-307 (zitiert: GERHARD, Feminismus).
  - Für Frauenrecht – (nicht nur) als Disziplin (gleichzeitig Rezension zu Tove Stang Dahl, „Frauenrecht“ – Eine Einführung in feministisches Recht, Bielefeld 1992), in: STREIT 3/1993, S. 123 ff. (zitiert: GERHARD, für Frauenrecht).
- GERNHUBER, JOACHIM, Die geordnete Ehe, in: FamRZ 26 (1979), S. 193-204.
- GERWIG, ANDREAS, Die Auswirkungen des neuen Eherechts, in: plädoyer 1/1983, S. 5-6.
- GILLIGAN, CAROL, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, 2. A. Cambridge 1993.
- GILMAN, CHARLOTTE PERKINS, *Herland*, New York 1911.
- GISLER, MICHEL, Introduction, in: Bureau de l'égalité de droits entre hommes et femmes/Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (Hrsg.), *Harcelement sexuel sur les lieux de travail*, Genève 1995, S. 4-6.

XL

- GLOOR, WERNER, Sexuelle Belästigung im Betrieb – die rechtliche Seite des Problems, *Gewerkschaftliche Rundschau* 81 (1989), S. 179-188.
- GMÜR, ROLAND, Rechtsschutz aus der Sicht des Konsumenten, in: *ZSR* 120 (1988), S. 441-462.
- GODENZI, ALBERTO, Männerlogik am Arbeitsplatz, in: Ulrike Gerhardt u.a. (Hrsg.), *Tatort Arbeitsplatz. Sexuelle Belästigung von Frauen*, München 1992, S. 39-47 (zitiert: GODENZI, Männerlogik).
- Gewalt im sozialen Nahraum, 2. A. Basel u.a. 1994 (zitiert: GODENZI, Gewalt)
  - Bieder, brutal: Frauen und Männer sprechen über sexuelle Gewalt, 2. A. Zürich 1991 (zitiert: GODENZI, Bieder und Brutal).
- GÖLDI SCHMID, RITA/SCHÜRER, HANS UELI, *Die Frau im Arbeitsrecht*, Zürich 1996.
- GOLEMAN, DANIEL, *Emotionale Intelligenz*, München 1996.
- GOODIN, ROBERT F., *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, Chicago 1985.
- GOSELIN, HELEN, Sexual Harassment on the Job, in: *Canada's Mental Health* 32 (1984), S. 21-23.
- GOUGES, OLYMPE DE, Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin, abgedruckt in: U. GERHARD, *Gleichheit ohne Angleichung*, München 1990, S. 263-269.
- GÖTTNER-ABENDROTH, HEIDE, Stichwort Patriarchat, in: Johanna Beyer u.a. (Hrsg.), *Frauenhandlexikon, Stichworte zur Selbstbestimmung*, München 1983, S. 216-219.
- GRAF, GEORG, *Vertrag und Vernunft. Eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrags*, Wien/New York 1997.
- GRAUERHOLZ, ELIZABETH, Sexual Harassment in the Academy: The Case of Women Professors, in: Magret S. Stockdale (Hrsg.), *Sexual Harassment in the Working Place – Perspectives, Frontiers and Response Strategies*, Thousand Oaks (CA) u.a. 1996, S. 29-50.
- GRILLO, TRINA, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, *Yale Law Journal* 100 (1990), S. 1545-1610.
- GROSSEN, JAQUES-MICHEL, La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels), *ZSR* 79 II (1960), S. 1a-130a (zitiert: GROSSEN, Personnalité).
- Le statut patrimonial de base, in: François Dessemontet, *Le nouveau droit du mariage*, 2. A. Lausanne 1987, S. 9-25 (zitiert: GROSSEN, Statut patrimonial)

- GROSSENBACHER, SILVIA, Familienpolitik und Frauenfrage in der Schweiz, Grösch 1987.
- GROSSMANN, HARALD, Die Vertragsfreiheit als ökonomisches und juristisches Prinzip, Diss. Freiburg i.B. 1957.
- GUHL, THEO/MERZ, HANS/KUMMER, MAX/KOLLER, ALFRED /DRUEY, JEAN NICOLAS, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. A. Zürich 1991 (zitiert: GUHL/MERZ/KOLLER für die §§ 1-48, GUHL/MERZ/DRUEY für die §§ 49, 56-58, GUHL/KUMMER/DRUEY, für die §§ 50-55, 59-110).
- GULDENER, MAX, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. A. Zürich 1979.
- GURKO, MIRIAM, The ladies from Seneca Falls: The Birth of the Women's Rights Movement, New York 1974.
- GUTEK, BARBARA, Sex and the Workplace - The Impact of Sexual Behaviour and Harassment on Women, Men and Organizations, San Francisco 1985.
- HABERMAS, JÜRGEN, Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft, in: Ders., Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt a.M. 1991, S. 100-118.
- HÄBERLE, PETER, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, Berlin 1988.
- HADJIFOTIOU NATHALIE, Women and Harassment at Work, London 1983.
- HALLER-ZIMMERMANN, MARGARETHA, Die schweizerische Familienpolitik aus der Sicht der Frau, in: Frauenfragen 5 (1979), S. 29-45 (zitiert: HALLER-ZIMMERMANN, Familienpolitik).
- Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, in: SJZ 72 (1976), S. 301-309 (zitiert: HALLER-ZIMMERMANN, Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm)
- HAEFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. A. Zürich 1988.
- HANDSLEY, ELIZABETH, Mental Injury Occasioned by Harm to Another: A Feminist Critique, in: Law and Inequality 14 (1996), S. 391-487.
- HANGARTNER, YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band I: Organisation, Band II: Grundrechte, Zürich 1980 und 1982, (zitiert: HANGARTNER, Staatsrecht, Band).
- Geschlechtergleichheit und Frauenquoten in der öffentlichen Verwaltung, in: AJP 1 (1992), S. 835-838 (zitiert: HANGARTNER, Geschlechtergleichheit).

XLII

- Art. 4 BV, Abstimmungsfreiheit, Art. 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte. Unzulässigkeit geschlechtsbezogener Quoten als Voraussetzung der Wahl in kantonale Behörden, Urteilsanmerkung zu BGE 123 I 152, (Solothurner Quotenurteil), in: AJP 1997, S. 1031-1033 (zitiert: HANGARTNER, Urteilsanmerkung).
- HANISCH, GREGOR MARIA, Vergewaltigung in der Ehe – Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Änderung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte, Diss. Bochum 1988.
- HANISCH, KATHY A., An Integrated Framework for Studying the Outcomes of Sexual Harassment: Consequences for Individuals and Organizations, in: Margaret S. Stockdale (Hrsg.), Sexual Harassment in the Work Place. Perspectives, Frontiers, and Response Strategies, Thousand Oaks (CA) 1996, S. 174-198.
- HÄNNI, PETER, Das Bild der Frau im Wandel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Peter Gauch (Hrsg.), L'image de l'homme en droit – Das Menschenbild im Recht, Mélanges publiés par la faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'université de Fribourg – Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg i.Ue 1990, S. 237-250.
- HARDING, SANDRA, Feministische Wissenschaftstheorie. Zum Verhältnis von Wissenschaft und sozialem Geschlecht, 2. A. Hamburg 1991 (zitiert: HARDING, Wissenschaftstheorie).
- Whose Science? Whose Knowledge? Thinking from Women's Lives, Ithaca (NY), 1991 (zitiert: HARDING, Whose Science).
- HARENBURG, JAN, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, Stuttgart 1986.
- HARPER, FOWLER V/FLEMING, JAMES/GRAY, OSCAR, The Law of Torts, Band 3, 2. A. Boston 1986.
- HARRIS, ANGELA, Race and Essentialism in Feminist Legal Thought, in: Stanford Law Review 42 (1990), S. 581-616.
- HARTMANN, HEIDI, The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: Towards a more progressive Union, in: Lydia Sargent (Hrsg.), Women and Revolution: A Discussion of the Unhappy Marriage of Marxism and Feminism, Boston 1981, S. 1-41.
- HARTSOCK, NANCY, Money, Sex and Power, New York 1983 (zitiert: HARTSOCK, Money).

- The Feminist Standpoint: Developing the Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism, in: Rosemarie Tong/Nancy Tuana (Hrsg.), *Feminism and Philosophy, Essential Readings in Theory, Reinterpretation and Application*, Boulder (Colorado) 1995, S. 69-90 (zitiert: HARTSOCK, Feminist Standpoint).
- HASENBÖHLER, FRANZ, Lohn für Ehegatten-Mitarbeit?, in: Peter Böckli u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Frank Vischer*, Zürich 1983, S. 387-397.
- HATTENAUER, HANS, *Europäische Rechtsgeschichte*, 2. A. Heidelberg 1994.
- HAUG, FRIDA, Tagesträume eines sozialistischen Feminismus, in: Ute Gerhard u.a. (Hrsg.), *Differenz und Gleichheit, Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht*, Frankfurt a.M. 1990, S. 82-94.
- HAUSAMANN, CHRISTINA/SCHLÄPPI, ERIKA, Menschenrechte und Frauenrechte: Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, in: *AJP* 4 (1995), S. 32-46.
- HAUSEN, KARIN, Die Polarisierung der „Geschlechtscharaktere“ - Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben, in: Werner Conze (Hrsg.), *Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas*, Stuttgart 1976, S. 363-393.
- HAUSHEER, HEINZ, Zur Revision des Ehe- und Ehegüterrechts, *BJM* 1977, S. 217-241 (zitiert: HAUSHEER, Revision)
- Arbeitsleistungen in Beruf und Gewerbe unter Ehegatten de lege lata et ferenda, in: Peter Böckli u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zürich 1983, S. 399-417 (zitiert: HAUSHEER, Arbeitsleistungen)
- HAUSHEER, HEINZ/REUSSER, RUTH/GEISER, THOMAS, *Kommentar zum Eherecht*, Band I, Kommentar zu Art. 159-180 ZGB und zu Art. 8a und 8b SchlT, Bern 1988.
- HAWKESWORTH, MARY E., Knower, Knowing, Known: Feminist Theory and Claims of Truth, in: *SIGNS - Journal of Women in Culture and Society* 14 (1989), S. 533-557.
- HEGETSCHWEILER, HANS, Die Transferbestimmungen des Schweizerischen Eishockeyverbandes, in: *SJZ* 75 (1979), S. 190-191.
- HEGNAUER, CYRIL, Vermögensrechtliche Wirkungen des neuen Eherechts, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Vom alten zum neuen Eherecht*, Bern 1986, S. 9-33.
- HEGNAUER, CYRIL/BREITSCHMID, PETER, *Grundriss des Eherechts*, 3. A. Bern 1993.

XLIV

- HEILBRUN, CAROLINE G., *Toward the Promise of Androgyny*, New York 1993.
- HEILIGER, ANITA/ENGELFRIED, CONSTANCE, *Sexuelle Gewalt. Männliche Sozialisation und potentielle Täterschaft*, Frankfurt a.M./New York 1995.
- HEINI, ANTON, *Verbandspersonen - Die Vereine*, in: Max Gutzwiler u.a. (Hrsg.) *Schweizerisches Privatrecht II*, Basel u.a. 1967, S. 518-569.
- HEKMAN, SUSAN, *Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited*, *SIGNS - Journal of Women in Culture and Society* 22 (1997), S. 341-366.
- HELD, VIRGINIA, *Non-Contractual Society*, in: Marsha Hanen/Kai Nielsen, *Science, Morality & Feminist Theory, Supplementary Volume 13* (1987), *Canadian Journal of Philosophy*, S. 111-139.
- HELLER, THOMAS, *A brief Rejoinder to the Discussion of the CCLS*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1 (1980), S. 126-131.
- HELMKEN, DIERK, *Vergewaltigung in der Ehe. Plädoyer für den strafrechtlichen Schutz der Ehefrau*, Heidelberg 1979.
- HENDERSEN, LYN, *Legality and Empathy*, in: Patricia Smith (Hrsg.), *Feminist Jurisprudence*, Oxford u.a. 1993, S. 244-281.
- HENNEBERGER, FRED/OBERHOLZER, KARIN/ZAJITSCHKE, SUSANNE, *Lohndiskriminierung und Arbeitsbewertung. Ein Beitrag zur Gleichstellungsdiskussion in der Schweiz*, Basel u.a. 1997.
- HERMANN, ELKE, *Die Abschlußfreiheit - ein gefährdetes Prinzip*, in: *ZfA* 27 (1996), S. 19-68.
- HERBERT, ALLAN PATRIK, *Rechtsfälle - Linksfälle. Eine Auswahl juristischer Phantasien, ins Deutsche übertragen und rechtsvergleichend erörtert von Konrad Zweigert und Peter Dopffel, 2. (um fünf Fälle erweiterte) A. Göttingen* 1969.
- HESSE, ALBRECHT/KAUFFMANN, PETER, *Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung*, in: *JZ* 1994, S. 219-223.
- HIGI, PETER, *Die Schlichtungsstellen und ihre Bewährtheit - Der Versuch, eine diffuse rechtspolitische „Leistungsbewertung“ zu objektivieren*, Zürich 1996.
- HILLMAN, ROBERT A., *The Crisis of Modern Contract Theory*, in: *Texas Law Review* 67 (1988), S. 103-136.
- HINDERLING, HANS, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zusatzband*, Zürich 1981

- HINDERLING, HANS/STECK, DANIEL, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A. Zürich 1995.
- HOBBS, THOMAS, Leviathan (1651), London 1985.
- HOFFMANN (Amtsgerichtsrat, Leipzig), Votum zur Zulassung der Frauen zur Justiz, S. 206, in: Berichterstattung zur 4. deutschen Richtertagung (Schluss), DRiZ 1921, S. 194-206.
- HOFMANN, JOCHEN, Die Entwicklung der Gleichbehandlung von Mann und Frau in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR, in: Lutz Frauendorf (Hrsg.), Die Stellung der Frau im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1982, S. 12-37.
- HOLZNAGEL, BERND, Mediation im Verwaltungsrecht, in: Stephan Breidenbach/Martin Henssler, Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997, S. 147-160.
- HÖHN, ERNST, Wie grau ist die Theorie? Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz, in: AJP 3 (1994), S. 411-423.
- HOHMANN-DENNHARDT, CHRISTINE, Ungleichheit und Gleichberechtigung. Zur kompensatorischen Funktion von Frauenquoten in Rechts- und Sozialpolitik, Heidelberg 1982.
- HOLZBECHER, MONIKA, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Ergebnisse aus der Forschung und der betrieblichen Fortbildung, in: Komitee Feministische Soziologie (Hrsg), Sexualität Macht Organisation - Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz und an der Hochschule, Chur u.a. 1996, S. 91-108.
- HOLZBECHER, MONIKA/BRASZEIT, ANNE/MÜLLER, URSULA/PLOGSTEDT, SYBILLE, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, Stuttgart u.a. 1991.
- HÖHLAND, ARMIN, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Ein aktuelles Thema in der französischen Gesetzgebung, RdA 1993, S. 286-291.
- HONEGGER, CLAUDIA/HEINTZ, BETTINA, Zum Strukturwandel weiblicher Widerstandsformen im 19. Jahrhundert, in: Dies. (Hrsg.), Listen der Ohnmacht. Zur Sozialgeschichte weiblicher Widerstandsformen, Frankfurt a.M. 1981, S. 7-68.
- HONSELL: Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Band I und II, Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Band I: 2. A. Basel/Frankfurt a.M. 1996; Band II: Basel/Frankfurt a.M. 1994 (zitiert: Honsell-BearbeiterIn).
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zitiert: Honsell-BearbeiterIn).

XLVI

- HOPFGARTNER, ANDREA/ZEICHEN, MARIA MAGDALENA, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Wien 1988.
- HÖPFLINGER, FRANÇOIS/CHARLES, MARIA/DEBRUNNER, ANNELIES, Familienleben und Berufsarbeit: Zum Wechselverhältnis zweier Lebensbereiche, Zürich 1991.
- HORKHEIMER, MAX, Zur Kritik der instrumentellen Vernunft (1944), in: Alfred Schmidt (Hrsg.), Max Horkheimer, Gesammelte Schriften, Band 6, Frankfurt a.M. 1991, S. 27-186 (zitiert: HORKHEIMER, Kritik)
- Zum Begriff der Vernunft (1952), in: Alfred Schmidt (Hrsg.), Max Horkheimer, Gesammelte Schriften, Band 7, Frankfurt a.M. 1985, S. 22-35 (zitiert: HORKHEIMER, Vernunft).
- HUBER, EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts IV, Basel 1893.
- HUBER, GABI, Aussordentliche Beiträge eines Ehegatten (Art. 165 ZGB) innerhalb der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen, Fribourg 1990.
- HUBER, HANS, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 74 I (1955), S. 173-207.
- HUNZIKER, EDITH/KAUFMANN, CLAUDIA, Auswirkungen des neuen Eherechts, in: plädoyer 1/1983, S. 5-6.
- HUMM, MAGGIE, The Dictionary of Feminist Theory, Columbus 1990.
- IMBODEN, MAX, Normkontrolle und Norminterpretation, in: Ders. u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Bern 1961, S. 133-150.
- IRIGARAY, LUCE, Das Geschlecht, das nicht eins ist, Berlin 1979 (zitiert: IRIGARAY, Das Geschlecht).
- Über die Notwendigkeit geschlechtsdifferenzierter Rechte, in: Ute Gerhard u.a. (Hrsg.), Differenz und Gleichheit, Frankfurt a.M. 1990, S. 338-350 (zitiert: IRIGARAY, Geschlechtsdifferenzierte Rechte).
- JAGGAR, ALISON, Feminist Politics and Human Nature, Sussex 1983 (zitiert: JAGGAR, Feminist Politics).
- Political Philosophies of Women's Liberation, in: Mary Vetterling-Braggin u.a. (Hrsg.), Feminism and Philosophy, Totowa (N.J.), 1977, S. 5-21 (zitiert: JAGGAR, Political Philosophies).
  - Toward a Feminist Conception of Moral Reasoning, New York 1995 (zitiert: JAGGAR, Moral Reasoning).
- JÄGGI, PETER, Die Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, in: ZSR 79 II (1960), S. 133a-141a (zitiert: JÄGGI, Persönlichkeit).

- Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe Schönenberger, Freiburg i.Ue. 1968, S. 181-197 (zitiert: JÄGGI, vertragliche Schadenersatzforderung).
- JENNI GERBER, REGULA, Die Emanzipation der mehrjährigen Frauenzimmer. Frauen im bernischen Privatrecht des 19. Jahrhunderts, Frankfurt a.M. u.a. 1997.
- JONES, KATHLEEN B., Stichwort: Feminist Theory, in: Helen Tierney (Hrsg.), Women's Studies Encyclopedia, Westport (Connecticut), 1989, S. 139-142.
- KÄLIN, WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A. Bern 1994.
- KÄLIN, WALTER/MALINVERNI, GIORGIO/NOWAK, MANFRED, Die Schweiz und die Uno-Menschenrechtspakte, 2. (stark erweiterte) A. Basel u.a. 1997.
- KÄGI-DIENER, REGULA, Die öffentliche Dienstpflicht - Chance der Gleichstellung?, in: Kathrin Klett/Danielle Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Basel u.a. 1993, S. 129-156.
- KANT, IMMANUEL, Metaphysik der Sitten (1797), in: W. Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant, Werkausgabe in 12 Bänden, Band VII: Metaphysik der Sitten, 9. A. Frankfurt a.M. 1991 (zitiert: KANT, Metaphysik).
- Kritik der reinen Vernunft (1781), in : W. Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant, Werkausgabe in 12 Bänden, Band IV, Kritik der reinen Vernunft, 9. A. Frankfurt a.M. 1991 (zitiert: KANT, Kritik).
- KAUFMANN, ARTHUR, Theorie der Gerechtigkeit - Problemgeschichtliche Betrachtungen (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie), Frankfurt 1984 (zitiert: A. KAUFMANN, Theorie der Gerechtigkeit).
- Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. A. Heidelberg 1994, S. 1-19 (zitiert: A. KAUFMANN, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie).
- KAUFMANN, CLAUDIA, Les quotas valent mieux que leur réputation, La voie contestée à la réalisation de l'égalité entre hommes et femmes, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, Bilan et perspectives, Lausanne 1988, S. 271-286 (zitiert: C. KAUFMANN, Les quotas).
- Die Gleichstellung von Mann und Frau in der Familie, Grüsich 1985 (zitiert: C. KAUFMANN, Gleichstellung).

## XLVIII

- Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen - (k)ein Widerspruch?, in: Kathrin Klett/Danielle Yersin (Hrsg.), *Die Gleichstellung von Mann und Frau als rechtspolitischer Auftrag*. Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 157-172 (zitiert: C. KAUFMANN, Sonderrechte)
- KAUFMANN, MATTHIAS, *Rechtsphilosophie*, Freiburg/München 1996.
- KEETON, W. PAGE/DOBBS, DAN/KEETON, ROBERT/OWEN, DAVID, Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. A. St. Paul 1984.
- KELLER, MAX/GABI, SONJA, *Haftpflichtrecht*, 2. (korrigierte) A. Basel u.a. 1988.
- KELLER, MAX/SCHÖBI, CHRISTIAN, *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3. A. Basel u.a. 1988.
- KELLERHALS, JEAN/PERRIN, JEAN-FRANÇOIS U.A., *Marriages au quotidien. Inégalités sociales, tensions culturelles et organisation familiale*, Lausanne 1982.
- KELLY-GADOL, JOAN: *The Social Relation of the Sexes: Methodological Implications of Women's History*, in: Elizabeth Abel/Emily Abel (Hrsg.), *The Signs Reader: Women, Gender and Scholarship*, Chicago 1983, S. 11-26.
- KEMPEN, BERNHARD, *Gleichberechtigung und Gleichstellung*, in: ZRP 1989, S. 367-370.
- KEMPIN, EMILY, *Die Ehefrau im künftigen Privatrecht der Schweiz*, Zürich 1894.
- KENNEDY, DUNCAN, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in: *Maryland Law Review* 41 (1982), S. 563-658.
- KENNEDY, RANDALL L., *Persuasion and Distrust. A Comment on the Affirmative Action Debate*, in: *Harvard Law Review* 99 (1986), S. 1327-1346.
- KETSCHER, KIRSTEN, *Geschlechtsquotensystem als ein Mittel zur Verbesserung der rechtlichen Stellung von Frauen*, in: *Streit* 3/1989, S. 83-89.
- KING, YNESTRA, *Healing the Wounds: Feminism, Ecology, and Nature/Culture Dualism*, in: Rosemarie Tong/Nancy Tuana (Hrsg.), *Feminism and Philosophy. Essential Readings in Theory, Reinterpretation and Application*, S. 353-373.
- KIRCHGÄSSNER, GEBHARD, *Homo Oeconomicus: Das ökonomische Modell wirtschaftlichen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, Tübingen 1991.

- KLAUSA, EKKEHARD/RÖHE, KLAUS F./ROGOWSKI, RALF/ROTTLEUTHNER, HUBERT, Rezension eines Denkansatzes: Die Conference on Critical Legal Studies, ZRSoz 1 (1980), S. 25-126.
- KLEIN, ANNE, Zur Ideologie des weiblichen Charakters im 19. Jahrhundert, in: Ilona Ostner/Barbara Pieper (Hrsg.), Arbeitsbereich Familie. Umriss einer Theorie der Privatheit, Frankfurt/New York 1980, S. 73-95.
- KLEIN-SCHONNEFELD, SABINE, Frauen und Recht. Zur Konstitution des Rechtsbewußtseins von Frauen, KrimJ 1978, S. 248-263.
- KLINGER, CORNELIA, Die politische Theoriediskussion der Gegenwart in einer feministischen Perspektive, in: Schweizerische Vereinigung für Politische Wissenschaft (Hrsg.), Frauen und Politik, Bern u.a. 1994, S. 33-50 (zitiert: KLINGER, politische Theoriediskussion).
- Über neuere Tendenzen in der Theorie der Geschlechterdifferenz, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 43 (1996), S. 801-814 (zitiert: KLINGER, Geschlechterdifferenz).
- KNAPP, BLAISE, L'égalité de rémunération des travailleurs masculins et féminins dans la communauté économique européenne et en Suisse, Genf 1968.
- KNAPP, DEBORAH ERDOS/KUSTIS, GERRY A., The Real „Disclosure“: Sexual Harassment and the Bottom Line, in: Margaret S. Stockdale (Hrsg.), Sexual Harassment in the Work Place. Perspectives, Frontiers, and Response Strategies, Thousand Oaks (CA) 1996, S. 199-213.
- KNEUBÜHLER, HELEN URSULA, Die Schweiz als Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation, Diss. Zürich 1982.
- KOLLER, ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzung, in: AJP 1 (1992), S. 1483-1500 (zitiert: KOLLER, positive Vertragsverletzung).
- KOLLER, ARNOLD, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Bern 1971 (zitiert: KOLLER, unmittelbare Anwendbarkeit).
- KOMMENTAR ZUM GLEICHSTELLUNGSGESETZ, Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1997 (zitiert: GLGK-Bearbeiterin).
- KRAMARAE, CHERIS/TREICHLER, PAULA, A Feminist Dictionary, Boston u.a. 1985
- KRIEGER, LINDA/COONEY, PATRICIA N., The Miller-Wohl Controversy: Equal Treatment, Positive Action and the Meaning of Women's Equality, in: Golden Gate University Law Review 13 (1983), S. 513-572.

## L

- KRISTEVA, JULIA, Women can never be defined, in: Elaine Marks und Isabelle de Courtivron (Hrsg.), *New French Feminists*, New York 1981, S. 137-141 (zitiert: KRISTEVA, Women can never be defined).
- Women's Time, in *SIGNS – Journal of Women in Culture and Society* 7 (1981), S. 13-35 (zitiert: KRISTEVA, Women's Time).
- KUHLMANN, ELLEN, *Gegen die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Juristische Praxis und Handlungsweisen*, Pfaffenweiler 1996.
- KÜNZLI, JÖRG/KÄLIN, WALTER, Die Bedeutung des UNO-Menschenrechtspaktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: KÄLIN, WALTER/MALINVERNI, GIORGIO/NOWAK, MANFRED, *Die Schweiz und die Uno-Menschenrechtspakte*, 2. (stark erweiterte) A. Basel u.a. 1997, S. 105-154.
- KÜSSELBERG, HANS GÜNTHER/AUGE, MICHAEL/HILZENBECHER, MANFRED (HRSG.), *Verhaltenshypothesen und Familienzeitbudgets – Die Ansatzpunkte der „Neuen Haushaltsökonomie für Familienpolitik“*, Band 182 der Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Stuttgart 1986.
- LACEY, LINDA J., *Introducing Feminist Jurisprudence: An Analysis of Oklahoma's Seduction Statute*, in: *Tulsa Law Journal* 25 (1990), S. 775-798 (zitiert: LACEY, Feminist Jurisprudence).
- We have nothing to fear but Gender Stereotypes: of Katie and Amy and „babe feminism“, in: *Cornell Law Review* 80 (1995), S. 612-645 (zitiert: LACEY, Gender Stereotypes).
- LACHAT, DAVID/STOLL, DANIEL, *Das neue Mietrecht für die Praxis*, Zürich 1991.
- LAFONTAINE, EDWARD/TREDEAU, LESLIE, *The Frequency, Sources, and Correlates of Sexual Harassment among Women in Traditional Male Occupations*, in: *Sex Roles: a Journal of Research* 15 (1986), S. 433-442.
- LANGE-KLEIN, BETTINA, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Reihe Alternativkommentar)*, Band V, Familienrecht, Neuwied u.a. 1981.
- LANGELAN, MARTHA, *Back Off! How to Confront and Stop Sexual Harassment and Harassers*, New York 1993.
- LARENZ, KARL, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2 Bände, Band I: 14. A. München 1987; Band II: 12. Aufl. München 1981 (zitiert: LARENZ, Schuldrecht, Band).
- LAUTMANN, RÜDIGER, *Negatives Rechtsbewußtsein. Über Geschlechtsdifferenzierungen in der juristischen Handlungsfähigkeit*, in: *ZRSoz* 1 (1980), S. 165-208 (zitiert: LAUTMANN, Rechtsbewußtsein).

- Gleichheit der Geschlechter und die Wirklichkeit des Rechts, Opladen 1990 (zitiert: LAUTMANN, Gleichheit).
- LAW, SILVIA, Rethinking Sex and the Constitution, in: University of Pennsylvania Law Review 132 (1984), S. 955-1040.
- LEISNER, WALTER, Grundrechte und Privatrecht, München 1960.
- LEICHT-SCHOLTEN, CARMEN, Auf dem Weg zum Ziel? Vom Gleichberechtigungsartikel über die Frauenförderung zur Quote, Pfaffenweiler 1997.
- LEITCH, LAURIE M., The Politics of Compromise: A Feminist Perspective on Mediation, in: Mediation Quarterly 14/15 (1986/87), S. 163-175.
- LEITES, EDMUND, Puritanisches Gewissen und moderne Sexualität, Frankfurt 1988.
- LENZE, ANNE, Hausfrauenarbeit. Kritische Analyse und rechtliche Bewertung, Baden-Baden 1989.
- LERNER GERDA: Die Entstehung des Patriarchats, Frankfurt a.M. u.a. 1991.
- LEUBA, AUDREY, La répartition traditionnelle des tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme, Bern 1997.
- LIMBACH, JUTTA, Engagement und Distanz als Probleme einer feministischen Rechtswissenschaft, in: Ute Gerhard/Jutta Limbach (Hrsg.), Rechtsalltag von Frauen, Frankfurt a.M. 1988, S. 169-182.
- LINDEMANN BARBARA/KADUE DAVID D., Sexual Harassment in Employment Law, Washington 1992.
- LINNHOF, URSULA, Die Neue Frauenbewegung. USA - Europa seit 1968, Köln 1974.
- LIST, ELISABETH, Theorieproduktion und Geschlechterpolitik. Prolegomena zu einer feministischen Theorie der Wissenschaft, in: Herta Nagl-Docekal (Hrsg.), Feministische Philosophie, Wien 1990, S. 158-183.
- LITTLETON, CHRISTINE A., Equality and Feminist Legal Theory, in: University of Pittsburgh Law Review 48 (1987), S. 1049-1059 (zitiert: LITTLETON, Feminist Legal Theory).
- Reconstructing Sexual Equality, in: California Law Review 75 (1987), S. 1279-1335 (zitiert: LITTLETON, Sexual Equality).
- LITTMANN-WERNLI, SABINA, Gleichberechtigung auf dem Arbeitsmarkt - wirtschaftliche Auswirkungen eines gesetzlichen Diskriminierungsverbots, in: Volkswirtschaft 64 (1991), S. 33-39.
- LOCKE, JOHN, Two Treatise on Government (1698), Cambridge 1992.

LII

- LOPATE, CAROL, Pay for Housework, in: Social Policy 5 (1974), S. 27-31.
- LOSH-HESSELBART, SUSAN, Development of Gender Roles, in: Marvin B. Sussman/Suzanne Steinmetz (Hrsg.), Handbook of Marriage and the Family, New York 1988, S. 535-563.
- LUBAN, DAVID, Legal Modernism, in: Michigan Law Review 84 (1986), S. 1656-1695.
- LUCKE, DORIS, Recht ohne Geschlecht? Zu einer Rechtssoziologie der Geschlechterverhältnisse, Pfaffenweiler 1996.
- LUHMAN, NIKLAS, Rechtssoziologie, 2. (erweiterte) A. Opladen 1993.
- LUKES, RUDOLF, Persönlichkeitsrecht bei Aufnahmebegehren in Vereinigungen, in: Erichsen, Hans-Uwe/Kollhosser, Helmut/Welp, Jürgen (Hrsg.), Das Recht der Persönlichkeit, Berlin 1996, S. 191-210.
- LYONS, NONA PLESSNER, On Self, Relationships, and Morality, in: Carol Gilligan u.a. (Hrsg.), Mapping the Moral Domain: A Contribution of Women's Thinking to Psychological Theory and Education, Cambridge 1983, S. 21-48.
- MACAULAY, STEWART, Non-Contractual Relations in Business, in: American Sociological Review 28 (1963), S. 55-67.
- MACKENSEN, LUTZ, Deutsches Wörterbuch, Stichwort „Chancengleichheit“, 12. A. München 1986.
- MACKINNON, CATHARINE A., Sexual Harassment of Working Women, New Haven 1979 (zitiert: MACKINNON, Sexual Harassment).
- Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law, Cambridge 1987 (zitiert: MACKINNON, Feminism Unmodified).
  - Towards a Feminist Theory of the State, Cambridge 1989 (zitiert: MACKINNON, Feminist Theory of the State).
  - Auf dem Weg zu einer feministischen Jurisprudenz, in: STREIT 1/1993, S. 4-10 (zitiert MACKINNON, Feministische Jurisprudenz).
  - Only Words, Cambridge 1993 (zitiert: MACKINNON, Only Words).
  - Auf dem Weg zu einer neuen Theorie der Gleichheit, in: KritV 77 (1994), S. 363-376 (zitiert: MACKINNON, Theorie der Gleichheit).
  - Gleichheit der Geschlechter: Über Differenz und Dominanz, in: Erna Appelt/Gerda Neyer (Hrsg.), Feministische Politikwissenschaft, Wien 1994, S. 37-91 (zitiert: MACKINNON, Gleichheit der Geschlechter).
- MACNEIL, IAN, The Many Futures of Contract, in: Southern California Law Review 47 (1975), S. 691-816.
- MADER, REGULA, Quoten ja, aber ... , plädoyer 1/1992, S. 20-23 (zitiert: MADER, Quoten).

- Gleichstellungsgesetz: Nur noch Minimalvariante, in: plädoyer 3/1993, S. 30-32 (zitiert: MADER, Gleichstellungsgesetz).
- MÄHLER, GISELA./MÄHLER, HANS-GEORG., Mediation in der Praxis, Familiendynamik 17 (1992), S. 347-374 (zitiert: MÄHLER/MÄHLER, Praxis).
- Zur Institutionalisierung von Mediation, in: Josef Duss-von Werdt/dies. (Hrsg.), Mediation: Die andere Scheidung. Ein interdisziplinärer Überblick, Stuttgart 1995, S. 35-52 (zitiert: MÄHLER/MÄHLER, Mediation).
- MAHRER, ISABELL, Die geschlechtsspezifische Aufgabenteilung unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde, in: Kathrin Klett/Danielle Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Basel u.a. 1993, S. 221-266.
- MAIDOWSKI, ULRICH, Umgekehrte Diskriminierung. Quotenregelungen zur Frauenförderung im öffentlichen Dienst und in den politischen Parteien, Berlin 1989.
- MAIER, PHILIPP, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht: die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen, Zürich 1994.
- MAIHOFER, ANDREA, Gleichheit nur für Gleiche?, in: Ute Gerhard u.a. (Hrsg.), Differenz und Gleichheit, Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, Frankfurt a.M. 1990, S. 351-365 (zitiert: MAIHOFER, Gleichheit nur für Gleiche?)
- Gleichberechtigung in der Differenz, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann, Zürich 1996, S. 39-54 (zitiert: MAIHOFER, Gleichberechtigung).
- MARELLI, VITTORIO, Kinderzeugungspflicht als Ehepflicht? Diss. Basel 1976.
- MARTIN, SIGMUND P., Ist das Recht mehr als eine soziale Tatsache? Neuere Tendenzen in der anglo-amerikanischen Rechtstheorie, in: Rechtstheorie 22 (1991), S. 525-540.
- MALAMUTH, NEIL M./HEIM, MAGGIE/FESHBACH, SEYMOUR, Sexual Responsiveness of College Students to Rape Depictions: Inhibitory and Disinhibitory Effects, in: Journal of Personality and Social Psychology 38 (1980), S. 399-415.
- MARCUS, ISABEL/SPIEGELMAN, PAUL J. (Moderatoren), The James McCormick Mitchell Lecture: Feminist Discourse, Moral Values and the Law - A Conversation, abgedruckt in: Buffalo Law Review 34 (1985), S. 11-87.
- MARTIN, PIERRE, Probleme des Rechtsschutzes, in: ZSR 107 II (1988), S. 21-152.

- MATSUDA, MARY, *Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawl's Theory of Justice*, in: *New Mexico Law Review* 16 (1986), S. 613-630.
- MAURER, ALFRED, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3. A. Bern 1995.
- MAZARS, JEAN, *Expériences et projets relatifs à la médiation en France*, in: *Schweiz. Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit?* Zürich 1992, S. 319-330.
- MAYER-MALY, THEO, *Rechtswissenschaft*, 3. A. München 1985.
- MEIER, ISAAK, *Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts*, in: *BJM* 1989, S. 57-78 (zitiert: MEIER, *Beweismaß*).
- *Zum Problem der Beweislastverteilung im schweizerischen Recht*, in: *ZSR* 1987 I, S. 705-742 (zitiert: MEIER, *Beweislastverteilung*).
- MEIER-SEETHALER, CAROLA, *Gefühl und Urteilskraft – Ein Plädoyer für die emotionale Vernunft*, München 1997.
- MELDER, KEITH, *The Beginnings of the Womens' Rights Movement in the United States, 1800-1840*, New Haven 1963 (Diss. Yale, philosophische Fakultät).
- MENKEL-MAEDOW, CARRIE, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem-Solving*, in: *UCLA Law Review* 31 (1984), S. 754-842 (zitiert: MENKEL-MAEDOW, *Legal Negotiation*).
- *Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process*, in: *Berkeley Women's Law Journal* 1 (1985), S. 39-77 (zitiert: MENKEL MEADOW, *Different Voice*).
- MENSCHIK, JUTTA (HRSG.), *Grundagentexte zur Emanzipation der Frau*, Köln 1976.
- MERRY, SALLY ENGLE; *Disputing without Culture*, in: *Harvard Law Review* 100 (1987), S. 2057-2073.
- MERZ, HANS, *Schweizerisches Privatrecht*, 6. Band, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 1. Teilband, Basel u.a. 1984 (zitiert: MERZ, *SPR VI/1*).
- *Literaturanzeigen*, in: *ZBJV* 124 (1988), S. 108-111 (zitiert: MERZ, *Literaturanzeigen*).
- MESMER, BEATRIX, *Ausgeklammert–Eingeklammert. Frauen und Frauenorganisationen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts*, Basel u.a. 1988.
- MESSERLI, ROLF, *Arbeitsleistungen unter Ehegatten nach schweizerischem Recht*, Diss. Bern 1970.

- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM, *Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, 2. A. Baden-Baden, 1984.
- MEYER, URSULA I., *Einführung in die feministische Philosophie*, Aachen 1992.
- MILL, JOHN STUART, *On the Subjection of Women* (1869), in: John Grey (Hrsg.), *John Stuart Mill, On Liberty and other Essays*, Oxford 1991, S. 471-582.
- MILLER, JEAN BAKER, *Toward a New Psychology of Women*, 2. A. Boston 1986.
- MINDA, GARY, *Postmodern Legal Movements*, New York 1995.
- MINOW, MARTHA, *Getting it and Losing it*, in: *Journal of Legal Education* 38 (1988), S. 47-60 (zitiert: MINOW, *Getting it and Losing it*).
- *The Supreme Court 1986 Term - Foreword: Justice Engendered*, in: *Harvard Law Review* 101 (1987), S. 10-118 (zitiert: MINOW, *Justice Engendered*).
- MITCHELL, JULIET, *Psychoanalyse und Feminismus - Freud, Reich, Laing und die Frauenbewegung*, Frankfurt a.M. 1976.
- MODELMOG, ILSE, *Vernunft und Verzauberung. Ein Beitrag zum archaischen Denken*, in: Judith Conrad/Ursula Konnertz (Hrsg.), *Weiblichkeit in der Moderne*, Tübingen 1986, S. 39-61.
- MOLLER OKIN, SUSAN, *Justice, Gender, and the Family*, New York 1989 (zitiert: MOLLER OKIN, *Justice*)
- *Verletzbarkeit durch die Ehe*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 41 (1994), S. 277-320 (zitiert: MOLLER OKIN, *Verletzbarkeit durch Ehe*).
- MOODY-ADAMS, Michele M., *Gender and the Complexity of Moral Voices*, in: *Card* 1991, S. 195-212.
- MORAND, CHARLES ALBERT, *L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes*, in: Ders.(Hrsg.), *L'égalité entre hommes et femmes*, Lausanne 1988, S. 73-107
- MORRISSEY, MARIETTA, *Stichwort: Socialist Feminism*, in: Helen Tierney (Hrsg.), *Women's Studies Encyclopedia*, Westport (Connecticut) 1989, S. 351-352.
- MÜLLER, GEORG, *Der Gleichheitssatz*, in: *VVDStRL* 47 (1989), S. 37-112 (zitiert: G. MÜLLER, *Gleichheitssatz*), Berlin 1989.
- *Quotenregelungen - Rechtssetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, in: *ZfL* 1991, S. 307-317 (zitiert: G. MÜLLER, *Quotenregelungen*).

LVI

- Kommentar zu Art. 4 BV, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt, Basel, Stand Mai 1995 (zitiert: G. MÜLLER, N zu Art. 4 BV).
- MÜLLER, JÖRG PAUL, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964 (zitiert: J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz).
- Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie (unter Mitarbeit von W. Kälin und S. Müller), Bern 1982 (zitiert: J.P. MÜLLER, Grundrechtstheorie).
  - Einleitung zu den Grundrechten, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt, Basel, Stand April 1987 (zitiert: J.P. MÜLLER, N zur Einleitung zu den Grundrechten).
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitiert: Münchener Kommentar-BearbeiterIn).
- WACKE, ANDREAS, Bearbeiter der §§ 1297-1362 BGB, in: Band 7, Familienrecht I (§§ 1297-1588 BGB), VAHRG - VAÜG - EheG, 3. A. München 1993.
- NAGL-DOCEKAL, HERTA, Was ist Feministische Philosophie? In: Dies. (Hrsg.), Feministische Philosophie, Wien u.a. 1990, S. 7-39 (zitiert: NAGL-DOCEKAL, Feministische Philosophie).
- Feministische Vernunftkritik, in: Karl-Otto Apel/Matthias Kettner (Hrsg.), Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten, Frankfurt a.M. 1996, S. 166-205 (zitiert: NAGL-DOCEKAL, Feministische Vernunftkritik).
  - Gleichbehandlung und Anerkennung von Differenz: Kontroverielle Themen feministischer politischer Philosophie, in: Dies./Herlinde Pauer-Studer (Hrsg.), Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, Frankfurt a.M. 1996, S. 9-53 (zitiert: NAGL-DOCEKAL, Gleichbehandlung).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStGB, Zürich 1996.
- NIPPERDEY, HANS CARL, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.
- NODDINGS, NEL, Caring: A feminine Approach to Ethics and Moral Education, Berkeley 1974.
- NOZICK, ROBERT, Anarchy, State and Utopia, New York 1974.

- NUNNER-WINKLER, GERTRUD, Zur Einführung: Die These von den zwei Moral, in: dies. (Hrsg.), Weibliche Moral. Die Kontroverse um eine geschlechtsspezifische Ethik, Frankfurt a.M. 1991, S. 1-27.
- O'NEILL, ONORA, Einverständnis und Verletzbarkeit: Eine Neubewertung von Kants Begriff der Achtung für Personen, in: Herta Nagl-Docekal/Herlinde Pauer-Studer (Hrsg.), Jenseits der Geschlechtermoral, Beiträge zur Feministischen Ethik, Frankfurt a.M. 1993, S. 335-367.
- OEKINGHAUS, EMMA, Die gesellschaftliche und rechtliche Stellung der deutschen Frau, Jena 1925.
- OFTINGER, KARL, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in: ZSR 58 (1939), S. 178-205 (zitiert: OFTRINGER, Auslegung).
- Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 4. A. Zürich 1975 (zitiert: OFTRINGER, Haftpflichtrecht).
- OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. (vollständig überarbeitete und ergänzte) A. Zürich 1995.
- OLSEN, FRANCES, The Myth of State Intervention in the Family, in: Michigan Journal of Legal Reform 18 (1983), S. 835-864 (zitiert: OLSEN, State Intervention).
- The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, in: Harvard Law Review 96 (1983), S. 1497-1528 (zitiert: OLSEN, The Family and the Market).
  - Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis, in: Texas Law Review 63 (1984), S. 387-432 (zitiert: OLSEN, Feminist Critique of Rights Analysis).
  - Das Geschlecht des Rechts, in: KJ 23 (1990), S. 303-317 (zitiert: OLSEN, Geschlecht des Rechts).
- OSTNER, ILONA/LICHTBLAU, KLAUS (HRSG.), Feministische Vernunftkritik. Ansätze und Traditionen, Frankfurt a.M./New York 1992.
- PAERSON, JESSICA/THOENNES, NANCY, Divorce Mediation Research Results, in: Jay Folberg/Ann Milne (Hrsg.), Divorce Mediation. Theory and Practice, New York/London 1988, S. 429-452.
- PAETOW, BARBARA, Vergewaltigung in der Ehe. Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika, Diss. Freiburg i.B., 1987.

## LVIII

- PAETZOLD, RAMONA L./O'LEARY-KELLY, ANNE M., The Implications of U.S. Supreme Court and Circuit Court Decisions for Hostile Environment Sexual Harassment Cases, in: Magret S. Stockdale (Hrsg.), Sexual Harassment in the Working Place - Perspectives, Frontiers and Response Strategies, Thousand Oaks (CA) u.a. 1996, S. 85-104.
- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 57. A. München 1998 (zitiert: Palandt-BearbeiterIn).
- PAPE, WOLFGANG, BGH-aktuell: Bürgerschaftsrecht. Entscheidungen und LM Anmerkungen 1994, in: NJW 1995, S. 1006-1009.
- PARKER, WENDY, The Reasonable Person: A Gendered Concept?, in: Victoria University of Wellington Law Review 23 (1993), S. 105-112.
- PATEMAN, CAROL, The Sexual Contract, Stanford (CA) 1988 (zitiert: PATEMAN, Sexual Contract).
- The Problem of Political Obligation: A Critique of Liberal Theory, Berkeley (CA) 1985 (zitiert: PATEMAN, Political Obligation).
- PAUER-STUDER, HERLINDE, Das Andere der Gerechtigkeit: Moraltheorie im Kontext der Geschlechterdifferenz, Berlin 1996.
- PAULUS, JOCHEN, Lauter Verlierer, in: Psychologie Heute 11/1997, S. 9-10.
- PEDRAZZINI, MARIO/OBERHOLZER, NIKLAUS, Grundriss des Personenrechts, 4. A. Bern 1993.
- PORTMANN, WOLFGANG, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Zürich 1996.
- PFARR, HEIDE, Quoten und Grundgesetz, Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung, Baden-Baden 1988 (zitiert: PFARR, Quoten).
- PFLEGHART, A., Der Familienvater als Angestellter seiner Angehörigen, in: SJZ 19 (1922), S.77-84; 93-102.
- PLOGSTEDT, SYBILLE/BODE, KATHLEEN, Übergriffe. Sexuelle Belästigung in Büros und Betrieben. Eine Dokumentation der Grünen im Bundestag, Reinbek 1984.
- PIOTET, PAUL, Une théorie juridique allemande en Suisse: la responsabilité contractuelle quant au dommage subi par un tiers, in: Université de Lausanne (Hrsg.), Les étrangers en Suisse. Recueil des travaux publiés par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société Suisse des Juristes à Lausanne, Lausanne 1982, S. 337-353.
- POLAN, DIANE, Toward a Theory of Law and Patriarchy, in: David Kairys (Hrsg.), The Politics of Law, A Progressive Critique, New York 1982, S. 294-303.

- POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law* (1973), Boston 1992.
- PUFENDORF, SAMUEL VON, *De iure naturae et gentium, Libri Octo* (1688), John Brown Scott (Hrsg.), Vol II: Translation of the Edition of 1688, Oxford 1934.
- PUSCH, LUISE F., *Feminismus und Frauenbewegung, Versuch einer Begriffsklärung*, in: Luise F. Pusch (Hrsg.), *Feminismus. Inspektion einer Herrenkultur*, Frankfurt a.M. 1982, S. 9-17.
- RAASCH, SYBILLE, *Frauenquoten und Männerrechte*, Baden-Baden 1991.
- RABAA, VOLKER, *Kindeswohl im Elternkonflikt. Wege zur Konfliktlösung in der Familienkrise*, Berlin 1985.
- RABUZZI, KATHRYN ALLEN, *The sacred and the feminine: toward a theology of housework*, New York 1982.
- RAISER, THOMAS, *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck*, Diss. Tübingen 1962.
- RAMSAUER, ULRICH, *Mediation im Umweltrecht*, in: Stephan Breidenbach/Martin Henssler, *Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung*, Köln 1997, S. 161-169.
- RÉAUME, DENISE G, *What's distinctive about Feminist Analysis of Law?*, in: *Legal Theory 2* (1996), S. 265-299.
- RECENT LEGISLATION (ohne AutorIn), *Civil Rights - Gender Discrimination - California Prohibits Gender-Based Pricing - Cal. Civ. Code § 51.6*, in: *Harvard Law Review 109* (1996), S. 1839-1844.
- REHBINDER, MANFRED, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern 1997.
- REHOF, LARS ADAM (Hrsg.), *Guide to the Travaux Préparatoires of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Dordrecht 1993.
- REINHARDT, MICHAEL, *Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in: *NJW 47* (1994), S. 93-98.
- RESNIK, JUDITH, *Asking about Gender in the Courts*, in: *SIGNS - Journal of Women in Culture and Society 21* (1996), S. 952-981.
- RHODE, DEBORAH, *Feminist Critical Theories*, in: Kathrine T. Bartlett/Rosanne Kennedy (Hrsg.), *Feminist Legal Theory*, Boulder 1991, S. 333-350.
- RICH, ADRIENNE, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, in: *SIGNS - Journal of Women in Culture and Society 5* (1980), S. 631-660.

LX

- RIFKIN, JANET, Mediation from a Feminist Perspective: Promise and Problems, in: *Law & Inequality* 2 (1984), S. 21-31 (zitiert: RIFKIN, Mediation).
- Toward a Theory of Law and Patriarchy, in: *Harvard Women's Law Journal* 3 (1980), S. 83-95 (zitiert: RIFKIN, Law and Patriarchy).
- ROBERTI, ARISTIDE, Insitut und Verfahren der Schlichtungsbehörde in Miet-sachen, Diss. Zürich 1993.
- ROBERTO, VITO, Schadensrecht, Basel u.a. 1997.
- RÖHL, KLAUS F., Der Vergleich im Zivilprozeß - Eine Alternative zum Urteil?, in: Erhard Blankenburg u.a. (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band VI*, Opladen 1980, S. 279-316.
- ROHNER, CHRISTOPH, Probleme des Rechtsschutzes - Marginalien zu einem grenzenlosen Thema, in: *ZSR II* (1988), S. 229-299.
- ROKUMOTO, KAHEI, Tschotei (Schlichtung) - Eine japanische Alternative zum Recht: Verfahren, Praxis und Funktionen, in: Erhard Blankenburg u.a. (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band VI*, Opladen 1980, S. 390-407.
- ROM, ROBERT, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im Schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1995.
- ROMMELSBACHER, MONIKA, Der Mythos vom weiblichen Masochismus, in: Roswitha Burgard/Monika Rommelsbacher, *Leideunlust, der Mythos vom weiblichen Masochismus*, Berlin 1989, S. 11-40
- ROSENBUSCH, UTE, Die Belagerung der männlichen Rechtsburg - zur Geschichte des Zugangs von Frauen zu den Berufen der Rechtspflege, *JuS* 1997, S. 1062-1067.
- ROSS, ALLAN, Politics Without Pleasure, in: *Yale Journal of Law & Humanities* 1 (1988), S. 193-201.
- ROUSSEAU, JEAN-JAQUES, *Emile oder Über die Erziehung*, M. Lang (Hrsg.), Stuttgart, 1965.
- RUDDICK, SARA, *Maternal Thinking: Toward a Politics of Peace*, Boston 1989.
- RUMO-JUNGO, ALEXANDRA, *Haftpflcht und Sozialversicherung*, Freiburg 1998.
- RUSSEL, DIANA E.H., *Rape in Marriage*, New York 1983.
- RUTSCHI, Federico Marcos, *Der Sonderschutz weiblicher Arbeitnehmer nach schweizerischem und internationalem Arbeitsrecht*, Bern 1985.

- SABROSKY, JUDITH A., *From Rationality to Liberation*, Westport 1979.
- SACHS, MICHAEL, Gleichberechtigung und Frauenquoten, in: NJW 1989, S. 553-558.
- SACKSOFSKY, UTE, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. (erweiterte) A. Baden-Baden 1996.
- SADROZINSKI, RENATE, *Wer muß sich denn nun ändern? Fortbildung zum Thema sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Leitstelle Gleichstellung der Frau*, Hamburg 1991.
- SAILLEN, ANNE-LISE, *La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO*, Lausanne 1981.
- SALADIN, PETER, *Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sogenannte „Drittwirkung“ der Grundrechte*, in: SJZ 84 (1988), S. 373-384.
- SANDER, FRANK, *Dispute Resolution Within and Outside the Courts*, in: Walther Gottwald/Dieter Stempel (Hrsg.), *Streitschlichtung - Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung*, Köln 1995, S. 19-29.
- SANDOZ, SUZETTE, *Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion*, in: SJZ 83 (1987), S. 214-216.
- SAPIRO, VIRGINIA, *A Vindication of Political Virtue: The Political Theory of Mary Wollstonecraft*, Chicago 1992.
- SARGENT, LYDIA, *New Left Women and Men: The Honeymoon is over*, in: Dies. (Hrsg.), *Women and revolution: a discussion of the unhappy marriage of Marxism and Feminism*, Boston 1981, S. xi-xxxi.
- SCALES, ANNE, *Towards a feminist Jurisprudence*, in: *Indiana Law Journal* 56 (1980-81), S. 375-444 (zitiert: SCALES, *Feminist Jurisprudence I*).
- *The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay*, in: *Yale Law Review* 95 (1986), S. 1373-1403 (zitiert: SCALES, *Feminist Jurisprudence II*).
- SCHÄFER, HANS BERND/OTT, CLAUS, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin u.a. 1986.
- SCHAEF, ANNE WILSON, *Women's Reality; an Emerging Female System in the White Male Society*, Minneapolis, 1981.
- SCHENK, HERALD, *Stichwort „Feminismus“*, in: Johanna Beyer u.a. (Hrsg.), *Frauenhandlexikon, Stichworte zur Selbstbestimmung*, München 1983 (zitiert: SCHENK, *Feminismus*), S. 79-80.
- *Stichwort „Frauenbewegung“*, in: Johanna Beyer u.a. (Hrsg.), *Frauenhandlexikon, Stichworte zur Selbstbestimmung*, München 1983 (zitiert: SCHENK, *Frauenbewegung*), S. 85-91.

LXII

- Stichwort „Frauenforschung“, in: Johanna Beyer u.a. (Hrsg.), Frauenhandlexikon, Stichworte zur Selbstbestimmung, München 1983 (zitiert: SCHENK, Frauenforschung), S. 91-92.
  - Die feministische Herausforderung, 150 Jahre Frauenbewegung in Deutschland, München 1977 (zitiert: SCHENK, feministische Herausforderung).
- SCHERRER, URS, Rechtsfragen des organisierten Sportlebens in der Schweiz, Diss. Zürich 1982.
- SCHIEK, DAGMAR, Nachtarbeit begrenzen und humanisieren. Eckpunkte für ein Nachtarbeitsschutzgesetz, in: Soziale Sicherheit 5 (1992), S. 152-154.
- SCHLAPP, THOMAS, Theoriestrukturen und Rechtsdogmatik. Ansätze zu einer strukturalistischen Sicht juristischer Theoriebildung, Berlin 1989.
- SCHLOSSER, HANS, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. A. Göttingen u.a. 1993.
- SCHLUEP, WALTER, Anmerkungen zur Ökonomischen Analyse des Markenrechts, in: Ernst Brehm u.a. (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, S. 715-735.
- SCHUHMANN, CAROLA, Emanzipatorisches Recht und anwaltliche Routine, Bremen 1988.
- SCHWARZER, ALICE, Simone de Beauvoir heute. Gespräche aus zehn Jahren, Reinbek 1991.
- SLUPNIK, VERA, Verrechtlichung der Frauenfrage - Befriedigungsprogramm oder Emanzipationschance, in: KJ (1982), S. 348-366 (zitiert: SLUPNIK, Frauenfrage).
- Weibliche Moral versus männliche Gerechtigkeitsmathematik? Zum geschlechtsspezifischen Rechtsbewusstsein. in: Brun-Otto Bryde/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Rechtsproduktion und Rechtsbewusstsein, Baden-Baden 1988, S. 222-238 (zitiert: SLUPNIK, Weibliche Moral).
- SCHMID, WALTER, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, Berlin 1983.
- SCHMIDT-SALZER, JOACHIM, Anmerkung BGH 24.2.1992, in: LM § 765 BGB Nr. 91, Bl. 1638-1640.
- SCHNEBLE, ANDREA/DOMSCH, MICHEL, Sexuelle Belästigung von Frauen am Arbeitsplatz. Eine Bestandsaufnahme im Hamburger Öffentlichen Dienst, München 1990.
- SCHNEIDER, ELIZABETH M., The Violence of Privacy, in: Connecticut Law Review 23 (1991), S. 973-999.

- SCHNEIDER, HANS JOACHIM, Persönlichkeitsschutz der Frau gegen sexuelle Gewaltanwendung, in: Erichsen, Hans-Uwe u.a. (Hrsg.), *Das Recht der Persönlichkeit*, Berlin 1996, S. 297-325.
- SCHNYDER, BERNHARD, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, in: Albert Kaufmann/Bruno Huwiler (Hrsg.), *Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung*, Bern 1988, S. 11-36 (zitiert: SCHNYDER, Ehe)
- Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995, in: ZBJV 133 (1997), S. 30-57 (zitiert: SCHNYDER, Rechtsprechung).
- SCHÖPP-SCHILLING, HANNA BEATE, Stichwort „Frauenforschung“, in: Annelies Lissner u.a. (Hrsg.), *Frauenlexikon. Traditionen, Fakten, Perspektiven*, 2. A. Freiburg i.B. 1989, S. 334-338.
- SCHRÖDER, HANNELORE (HRSG.), *Die Frau ist frei geboren*, Band. I und I, München 1979 und 1981.
- SCHWAB, DIETER, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit*, Bielefeld 1967 (zitiert: D. SCHWAB, Ehegesetzgebung).
- Beistand und Rücksicht. Zu den Auswirkungen einer Rechtsmaxime, in: Peter Gauch u.a. (Hrsg.), *Famlie und Recht – Famille et Droit*, Festschrift für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, S. 648-657 (zitiert: D. SCHWAB, Beistand und Rücksicht).
- SCHWAB, KARL HEINZ, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.3.1956, NJW 1956, S. 1149-1150.
- SCHWANDER CLAUS MARIANNE, *Die Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten*, Bern 1995 (zitiert: SCHWANDER, Frauenquoten).
- Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung und die Frage der Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, in: AJP 6 (1997), S. 963-980 (zitiert: SCHWANDER, Rechtsprechung).
  - EuGH und Quoten: Klärendes Urteil, in: plädoyer 1/1998, S. 18-19 (zitiert: SCHWANDER, Quoten)
- SCHWARZENBACH, SYBIL, *Rawls and Ownership: The Forgotten Category of Reproductive Labor*, in: Marsha Hanen/Kai Nielsen, *Science, Morality & Feminist Theory*, Supplementary Volume 13 (1987), *Canadian Journal of Philosophy*, S. 139-168.
- SCHWENZER, INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 1998.
- SIEGWART, KARINE, Bis wohin geht die Chancengleichheit? Bemerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 11.11.1997, Rs C-409/95, Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen, in: AJP 7 (1998), S. 341-345.

LXIV

- SMART, CAROL, *Feminism and the Power of Law*, London 1989.
- SMITH, DOROTHY, *The Conceptual Practices of Power: A Feminist Sociology of Power*, Boston 1990.
- SMITH, PATRICIA (Hrsg.), *Feminist Jurisprudence*, Oxford u.a., 1993.
- SOERGEL (Hs. Th.; Kohlhammer): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (zitiert: Soergel-BEARBEITERIN)
- LANGE, HERMANN, Bearbeiter der §§ 1297-1390 BGB, in: Band 7: Familienrecht I (§§ 1297-1588 BGB), VHRG, nichteheliche Lebensgemeinschaft, Stuttgart 1989.
- SOKOL, BETTINA, *Quote allein genügt nicht: Überlegungen zu strukturellen Veränderungen des Rechts*, in: Marlies Kröger (Hrsg.), *Was heisst hier eigentlich feministisch? : Zur theoretischen Diskussion in den Geistes- und Sozialwissenschaften*, Bremen 1993, S. 285-303.
- SOZIALAMT DER STADT ZÜRICH (Hrsg.), *Bericht zur Situation vergewaltigter Frauen*, Zürich 1987.
- SPEISER, STUART/KRAUSE, CHARLES/GANS, ALFRED, *The American Law of Torts*, 2. A. Rochester (NY) 1985.
- SPELLMAN, ELIZABETH V., *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*, New York 1988.
- SPIRO, KARL, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Bern 1984.
- STAMM, CORNELIA, *Der Betrag zur freien Verfügung gemäß Art. 164 ZGB*, Freiburg 1991.
- STANTON, ELIZABETH CADY, *Adress to the New York Legislature*, in: Miriam Schneir (Hrsg.), *Feminism: The Essential Historical Writings*, New York 1972, S. 117-121.
- STARCK, CHRISTIAN, *Kommentar zu Art. 3 Grundgesetz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 1: Präambel, Art. 1-5 GG, 3. A. München 1985.
- STARK, EMIL W., *Stellt eine Ehestörung durch einen Dritten eine Verletzung der Persönlichkeit des nicht beteiligten Ehegatten dar?* in: Hans-Michael Riemer u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern 1986, S. 515-533.
- STAUDER, BERND/FELDGES, JOACHIM, *Aussergerichtliche Streibeilegung bei Verbrauchergeschäften – Versuch einer kritischen Bestandaufnahme*, in: ZBJV 120 (1984), S. 32-39, 41-88.
- STEIGER-SACKMANN, SABINE, *Urteilsbesprechung*, in: AJP 6 (1997), S. 1432-1437.

- STEINHILPER, UDO, Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten, Konstanz 1986.
- STOCK, JOHANNES, Der Geschäftsanfall der Zivilgerichte und die Filterwirkung aussergerichtlicher Konfliktbearbeitung, in: Walther Gottwald/Dieter Stempel (Hrsg.), Streitschlichtung - Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, Köln 1995, S. 113-137.
- STÖCKLI, JEAN-FRANÇOIS, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990 (zitiert: STÖCKLI, Gesamtarbeitsvertrag).
- Gleichstellung im Arbeitsrecht, in: AJP 3 (1993), S. 1380-1390 (zitiert: STÖCKLI, Gleichstellung).
- STOESSEL, GERHARD, Einige Bemerkungen zu den Artikeln 164 und 165 des neuen Eherechts, in: SJZ 81 (1985), S. 261-264.
- STRECKER, CHRISTOPH, Möglichkeiten und Grenzen der Streibeilegung durch Vergleich, DRiZ 1983, S. 97-104.
- STRESEMAN, CHRISTINE, Der Streit um das Verfassungsgericht, in: STREIT 1/1998, S. 9-12.
- SUEBAUM, JOACHIM, Affirmative Action. Positive Diskriminierung im amerikanischen und im deutschen Recht, in: Der Staat 1989, S. 420-442.
- SUNSTEIN, CASS, Feminism and Legal Theory (gleichzeitig Rezension von C. MacKinnon, Feminism Unmodified, Cambridge 1987), in: Harvard Law Review 101 (1987), S. 826-848.
- SUTTER, THOMAS, Voraussetzungen der Haftung bei Verletzung der Persönlichkeit nach Artikel 49 des revidierten Obligationenrechts, in: BJM 1991, S. 1-11.
- TANDOGAN, HALUK, La réparation du dommage causé à un tiers, in: Faculté de Droit, Université de Lausanne (Hrsg.), Mélanges Roger Secrétan, Lausanne 1964, S. 305-323.
- TANNEN, DEBORAH, Du kannst mich einfach nicht verstehen. Warum Männer und Frauen aneinander vorbeireden, Augsburg 1996.
- TERCIER, PIERRE, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Freiburg i.Ue. 1971 (zitiert: TERCIER, Tort Moral).
- Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984 (zitiert: TERCIER, Personnalité).
- THORENS, JUSTIN, Le dommage causé à un tiers, Diss. Genf 1962.
- TILCH, HORST, Münchener Rechtslexikon, München 1987.

LXVI

- TONG, ROSEMARIE, *Feminist Thought - A comprehensive Introduction*, Boulder 1989.
- TONG, ROSEMARIE/TUANA, NANCY (Hrsg.), *Feminism and Philosophy. Essential Readings in Theory, Reinterpretation and Application*, Boulder 1995.
- TRACHSLER, HERBERT, *Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot*, St. Gallen 1991.
- TREBLICOCK, JOYCE, *Two Forms of Androgynism*, in: Mary Vetterling-Braggin u.a. (Hrsg.), *Feminism and Philosophy*, Totowa (N.J.), 1977, S. 70-78.
- TRÖMEL-PLÖTZ, SENTA, *Vatersprache - Mutterland. Beobachtungen zu Sprache und Politik*, 2. A. München 1993.
- TRONTO, JOAN, *Beyond Gender Difference to a Theory of Care*, in: *SIGNS - Journal of Women in Culture and Society* 12 (1987), S. 644-663.
- TRÜMPY, JAKOB, *Das Vermittlungsverfahren im schweizerischen Mietrecht*, in: *Schweiz. Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit?* Zürich 1992, S. 63-71.
- TUHR, ANDREAS VON/ESCHER, ARNOLD, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, 3. A. Zürich 1974.
- TUOR, PETER/SCHNYDER, BERNHARD/SCHMID, JÖRG, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. A. 1995.
- TUSHNET, MARK, *Critical Legal Studies: A Political History*, in: *Yale Law Journal* 100 (1991), S. 1515-1544.
- ULRICH, LAUREL, *Housewife and Gadder: Themes of Self-Sufficiency and Community in Eighteenth-Century New England*, in: Carol Gro-neman & M.B. Norton (Hrsg.), *To Toil the Livelong Day: America's Women at Work*, Ithaca 1987, S. 21-34.
- UNGER, ROBERTO MANGABEIRA, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge 1983.
- U.S. MERIET SYSTEMS PROTECTION BOARD (Hrsg.): *Sexual Harassment in the Federal Workplace. Is it a Problem?* Washington D.C. 1981
- VERCHICK, ROBERT R.M., *In a Greener Voice: Feminist Theory and Environmental Justice*, *Harvard Women's Law Journal* 19 (1996), S. 23-88.
- VILLAMORE, ADELAIDE, *The Left's Problems with Rights*, in: *Legal Studies* 9 (1985), S. 39-46.

- VISCHER, FRANK, Der Arbeitsvertrag, in: M. Gutzwiler, u.a. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht VII/1, Siebter Band, Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, erster Halbband, hrsgg. von Frank Vischer, Basel u.a. 1977, S. 279-494.
- VOGEL, OSCAR, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, 5. (nachgeführte) A. Bern 1997 (zitiert: VOGEL, Zivilprozess).
- Das Menschenbild im schweizerischen Zivilprozessrecht, in: Peter Gauch (Hrsg.), L'image de l'homme en droit - Das Menschenbild im Recht, Mélanges publiés par la faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'université de Fribourg - Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg i.Ue. 1990, S. 517-535 (zitiert: VOGEL, Menschenbild)
- VÖGELI, NICOLE CORINNE, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Chur/Zürich 1996.
- VOEGELI, WOLFGANG/WILLENBACHER, BARBARA, Die Ausgestaltung des Gleichberechtigungssatzes im Eherecht, ZRSoz 5 (1984), S. 35-259.
- VOGT, HANS-UELI, Sonderzivilrecht für Immaterialgüter - dargestellt anhand der vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen, in: recht 15 (1997), S. 231-255.
- VOSER, NATHALIE, Die Begrenzung des Berufsausübungsrechts der Ehegatten durch das Wohl der ehelichen Gesellschaft, in: SJZ 88 (1992), S. 193-205.
- WACHTER, THOMAS, Neue Entwicklungen im Amerikanischen Recht - Entscheidungen des U.S. Supreme Court. Equal Protection Clause und Minderheitenförderung, in: DAJV-Newsletter 4/1995, S. 119-124.
- WAHL, ANGELIKA, Öffentliche Auftragsvergabe als Mittel der Frauenförderung: das amerikanische Modell der Affirmative-Action, KJ 29 (1996), S. 180-196.
- WALKER, ALICE, The Color Purple, Harcourt 1982.
- WALTER, HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 132 (1996), S. 273-295.
- WALTER, MICHAEL/HASSEMER, ELKE/NETZIG, LUTZ/PETZOLD, FRAUKE, Täter-Opfer-Ausgleich, in: Stephan Breidenbach/Martin Henssler, Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997, S. 201-209.
- WALTER, THERESE, Die entrechtlichte Familie? Ein Vergleich sozialer und rechtlicher Veränderungen im Bild der Familie in Europa, Zürich 1997.

## LXVIII

- WASSERSTROM, RICHARD, Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics, in: *UCLA Law Review* 24 (1977), S. 581-622.
- WEBER, ROLF H., Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht. Bemerkungen zu den Theorieansätzen der „Ökonomischen Analyse des Rechts“, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Recht*, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Mayer-Hayoz, Bern 1982, S. 419-444.
- WEBER-DÜRLER, BEATRICE, Aktuelle Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: *ZBJV* 128 (1992), S. 357-380.
- WEIMAR, PETER, Zur Kritik des neuen Eherechts, in: *SJZ* 81 (1985), S. 205-209.
- WEISSHAUPT, BRIGITTE, Schatten über der Vernunft, in: Herta Nagl-Docekal (Hrsg.), *Feministische Philosophie*, Wien 1990, S. 136-157.
- WERRO, FRANZ, La définition des biens de la personnalité: une prérogative du juge, in: Peter Gauch u.a. (Hrsg.), *Contribution en honneur de Pierre Tercier*, Freiburg i.Ue. 1993, S. 15-33.
- WESENBERG, GERHARD, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 3. A. Lahr/Schwarzwald 1976.
- WEST, ROBIN, Jurisprudence and Gender, in: *University of Chicago Law Review* 55 (1988), S. 1-72.
- WESSNER, PIERRE, La collaboration professionnelle entre époux dans le nouveau droit matrimonial, in: Ders. (Hrsg.), *Problèmes de droit de la famille*, Neuchâtel 1987, S. 179-189.
- WIEACKER, FRANZ, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952.
- WIEGAND, WALTER, Die Leistungsstörungen, in: *recht* 1 (1983), S. 1-9, 118-131; *recht* 2 (1984), S. 13-22 (zitiert WIEGAND, Leistungsstörungen).
- Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995, *ZBJV* 133 (1997), S. 111-135 (zitiert: WIEGAND, Rechtsprechung)
- WILDHABER, LUZIUS, Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht, in: *ZBl* 72 (1971), S. 465-471.
- WILHELMSSON, THOMAS, *Critical Studies in Private Law: A Treatise on Need-Rationale Principles in Modern Law*, Dordrecht 1992.
- WHITBECK, CAROLINE, A Different Reality: Feminist Ontology, in: Carol Gould, (Hrsg.), *Beyond Domination: New Perspectives on Women's Philosophy*, Totowa, NY 1984, S. 64-88.

- WILLIAMS, JOAN, *Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the New Langdells*, in: *New York University Law Review* 62 (1987), S. 429-498 (zitiert: J. WILLIAMS, *Critical Legal Studies*).
- *Deconstructing Gender*, in: *Michigan Law Review* 87 (1989), S. 797-821 (zitiert: J. WILLIAMS, *Deconstructing Gender*).
- WILLIAMS, WENDY, *The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism*, in: Kathrine T. Bartlett/Rosanne Kennedy (Hrsg.), *Feminist Legal Theory*, Boulder 1991, S. 15-34 (zitiert: W. WILLIAMS, *Equality Crisis*).
- *Notes From a First Generation*, in: *University of Chicago Law Forum* 1989, S. 99-113 (zitiert: W. WILLIAMS, *First Generation*).
- WISHIK, HEATHER RUTH, *To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence*, in: *Berkeley Women's Law Journal* 1 (1985), S. 65-77.
- WISNIEWSKY, ROSWITHA/KUNST, HERMANN, Stichwort 'Feminismus', in: DIES., *Handbuch für Frauenfragen*, Stuttgart u.a. 1988, S. 168-169.
- WISSELINCK, ERIKA, *Frauen denken anders. Zur feministischen Diskussion als Einführung und zum Weiterdenken*, 2. A. Straßlach 1991.
- WOLF-GRAAF, ANKE, *Frauenarbeit im Abseits. Frauenbewegung und weibliches Arbeitsvermögen*, München 1981.
- WOLFF, CHRISTIAN, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einen beständigen Zusammenhang hergeleitet werden (Halle 1754)*, Meisenheim 1980.
- WOLGAST, ELIZABETH, *Equality and the Rights of Women*, Ithaca 1980.
- WOLLSTONECRAFT, MARY, *A Vindication of the Rights of Women (1792)*, Zürich 1975.
- WOODTLI, SUSANNA, *Gleichberechtigung. Der Kampf um die politischen Rechte der Frau in der Schweiz*, 2. A. Frauenfeld 1983.
- YOUNG, IRIS MARION, *Socialist Feminism and the Limits of Dual Systems Theory*, in: *Socialist Review* 10 (1984), S. 169-188 (zitiert: I. Young, *Limits*).
- *Impartiality and the Civic Public. Some Implications of Feminist Critiques of Moral and Political Theory*, in: Seyla Benhabib/Drucilla Cornell (Hrsg.), *Feminism as Critique. Essays on the Politics of Gender in Late-Capitalist Societies*, Cambridge 1987, S. 56-76 (zitiert: I. YOUNG, *Impartiality*).
  - *Humanismus, Gynozentrismus und feministische Politik*, in: Elisabeth List/Herlinde Studer, *Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik*, Frankfurt a.M. 1989, S. 37-65 (zitiert: I. YOUNG, *Humanismus*).

LXX

- YOUNG, MICHAEL, Distribution of Income within the Family, in: *British Journal of Sociology* 3 (1951), S. 305-321.
- YUNG, WALTER, La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, in: *Ders.: Etudes et articles*, Genf 1971, S. 303-323.
- ZACHER, EWALD, Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: *Gunther Jahr/Werner Maihofer (Hrsg.), Rechtstheorie, Beiträge zur Grundlagendiskussion*, Frankfurt a.M. 1971, S. 224-246.
- ZÄCH, ROGER, Privatrecht in veränderter Umwelt, in: *ZSR* 105 (1986), S. 4-46 (zitiert: ZÄCH, Privatrecht).
- Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, in: *SJZ* 85 (1989), S. 1-11 und S. 25-27 (zitiert: ZÄCH, Verfassungsrecht).
- ZARETSKY, ELI, Socialism and Feminism I: Capitalism, the Family, and Personal Life, Part I, in: *Socialist Revolution* 3 (1973), S. 69-126.
- ZELLER, ERNST, *Treu und Glauben und Rechtsmißbrauchsverbot*, Zürich 1981 (zitiert: ZELLER, *Treu und Glauben*).
- *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, Zürich 1989 (zitiert: ZELLER, *Auslegung*).
- ZELLWEGER, VALENTIN, Eine Antidiskriminierungsgesetzgebung für die Schweiz? in: *recht* 4 (1987), S. 129-136.
- ZÜRCHER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH (zitiert: ZKBEARBEITERIN):
- BRÄM, VERENA/HASENBÖHLER, FRANZ, *Das Familienrecht, Band II: Familienrecht. Teilband II 1 c, die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen. Erste Lieferung. Art. 159, Art. 163-168*, 3. A. Zürich 1993. Bearbeiterin der Art. 159-165: BRÄM. Bearbeiter der Art. 166-168: HASENBÖHLER.
  - GAUCH/JÄGGI, Band V: *Obligationenrecht, Teilband V 1b, Art. 18 OR*, 3. A. Zürich 1980.
  - EGGER, AUGUST, *Einleitung und Personenrecht, Band I, Art. 1-89 ZGB*, 2. A. Zürich 1930.
  - EGGER AUGUST, *Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung: Das Eherecht, Art. 90-251 ZGB*, 2. A. Zürich 1936.
  - SCHÖNENBERGER, WILHELM/JÄGGI, PETER, Band V: *Obligationenrecht, Teilband V 1a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR*, 3. A. Zürich 1973.

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
A.2d.	Atlantic Reporter Second Series
a.A.	anderer Ansicht
ABA	American Bar Association
Abs.	Absatz
A.D.	Appellate Division
a.E.	am Ende
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
AG	Aargau
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Amtl Bull	Amtliches Bulletin
aOR	BG über das Obligationenrecht vom 14.6.1881
App.	Appellate, Appellate Court, Appellate Division
AppG	Appellationsgericht
AR	Appenzell Ausserrhoden
ArG	BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (SR 822.22)
ArGer	Arbeitsgericht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
AT	Allgemeiner Teil
BAG	(deutsches) Bundesarbeitsgericht
BE	Bern
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BfG	Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (ZH)
BG	Bundesgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	(deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

LXXII

BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK-Bearbeiter	Berner Kommentar, siehe Literaturverzeichnis
BL	Basel-Land
BNA	(US-amerikanisches) Bureau of National Affairs
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1948 (SR 101)
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cal. Rpt.	California Reports
Cal. App. Rpt. 3d	California Appellate Reports Third Series
Cal. Ct. App.	California Court of Appeals
Cass.	Cassation
cert.	Certiorari
Cir.	Circuit
Civ.	Civile
CO	Code des Obligations
Cst.	Constitution
DAJV	Deutsch-Amerikanische Juristenvereinigung
D.C.	District of Columbia
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/ dieselben
Dist.	District
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E.	Erwägung
ebd.	ebenda
EBGI	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EheG	(deutsches) Ehegesetz vom 20.2.1946, BGBl III 4, Nr. 404-1.
EheRG	1. (deutsches) Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1976, BGBl I 1421
eidg.	eidgenössisch
Einl.	Einleitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Ermann-BearbeiterIn	Ermann, Kommentar zum BGB, siehe Literaturverzeichnis
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
F.2d	Federal Reporter, Second Series

F. Supp.	Federal Supplement
Fla.	Florida
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FR	Freiburg/Fribourg
FS	Festschrift
GG	(deutsches) Grundgesetz
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GE	Genf/Genève
GIG	Gleichstellungsgesetz
GIGK-BearbeiterIn	Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, siehe Literaturverzeichnis
GR	Graubünden
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt (Deutschland)
h.M.	herrschende Meinung
H.R.	House of Representatives
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin/Herausgebende
Honsell-BearbeiterIn	Honsell, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, siehe Literaturverzeichnis
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
id.	idem (derselbe, dasselbe)
Ill.	Illinois
Inc.	Incorporated
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch für Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
Kan	Kansas
KG	Kantonsgericht
KJ	Kritische Justiz
KrimJ	Kriminologisches Journal
KritV	Kritische Viertelsjahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
lit.	litera (Buchstabe)
LM	Lindenmayer/Möhring: Nachschlagwerk des BGH in Zivilsachen
LU	Luzern
M.D.	Middle District
m.E.	meines Erachtens
MünchK-BearbeiterIn	Münchener Kommentar zum BGB, siehe Literaturverzeichnis

LXXIV

MStGB	Militärstrafgesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Randnote
N.D.	Northern District
NR	Nationalrat
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
OLG	(deutsches) Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
P., P.2d	Pacific Reporter, Pacific Reporter Second Series
Palandt-BearbeiterIn	Palandt, Kommentar zum BGB, siehe Literaturverzeichnis
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts, Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des Bundesgerichts
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
recht	recht, Zeitschrift für Ausbildung und Praxis
RJN	Receuil de jurisprudence neuchâteloise
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
RBOG	Rechtsprechung des Obergerichts
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
S.Ct.	Supreme Court Reporter
schweiz.	schweizerisch
Sess.	Session
SG	St. Gallen
SJ	La semaine judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Soziologie
TG	Thurgau
Trib. prud'hommes	Tribunal des prud'hommes
u.a.	und andere(s); unter anderem (anderen)
UCLA	University of California at Los Angeles
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code

USD	U.S-amerikanische Dollar
VAHRG	(deutsches) Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich vom 21.2.1983, BGBl I 105
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VPB	Verwaltungspraxis des Bundes
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenverbandes
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZH	Zürich
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung
z.T.	zum Teil



# FEMINISTISCHE KRITIK DES VERTRAGSRECHTS

## EINLEITUNG

In den letzten zwanzig Jahren wurde die rechtswissenschaftliche Diskussion durch eine Reihe neuer Ansätze belebt. Den Anfang bildete die ökonomische Analyse des Rechts (economic analysis of law), die Rechtsetzung und Rechtsanwendung mit Blick auf deren marktwirtschaftliche Effizienz untersucht<sup>1</sup>. Wenig später wurde die 'Conference on Critical Legal Studies' ins Leben gerufen, deren Methode der Dekonstruktion<sup>2</sup> darauf abzielt, die ideologischen Grundlagen des Rechts als Legitimationsmechanismus ungleicher wirtschaftlicher Machtverhältnisse offenzulegen<sup>3</sup>. Spätestens seit den achtziger Jahren ist eine andere Stimme im rechtswissenschaftlichen Diskurs nicht mehr zu überhören: diejenige der feministischen Jurisprudenz, die ihrer Rechtsanalyse das Thema des Geschlechterverhältnisses zugrunde legt<sup>4</sup>. Alle drei Ansätze sind die 'geistigen Kinder' der nordamerikanischen Rechtsentwicklung. Sie sind aber auch in Europa nicht ohne Resonanz geblieben<sup>5</sup>. Die jüng-

---

<sup>1</sup> Der eigentliche Durchbruch der ökonomischen Analyse des Rechts als eines methodischen Ansatzes erfolgte 1973 mit *Posners* Buch 'Economic Analysis of Law'. Sie war indessen schon vorher ins Blickfeld der Rechtswissenschaft geraten, wie dies das seit 1958 erscheinende 'Journal of Law and Economics' belegt. Für frühere Artikel vgl. z.B. die inzwischen klassische Arbeit von *Coase* (1960) sowie diejenige von *Calabresi* (Risk Distribution, 1961).

<sup>2</sup> Grundlegend *Unger*.

<sup>3</sup> Als formelle Geburtsstunde der Critical-Legal-Studies-Bewegung gilt der 1976 anlässlich einer Tagung an der University of Wisconsin Law School gefällte Beschluß, eine 'Conference on Critical Legal Studies' ins Leben zu rufen. Zur Geschichte dieser Bewegung *Tushnet*.

<sup>4</sup> Die amerikanische Bezeichnung 'Feminist Jurisprudence' geht auf einen 1981 erschienenen Artikel von *Scales* zurück, der den Titel 'Towards a Feminist Jurisprudence' trug.

<sup>5</sup> Vgl. zur ökonomischen Analyse des Rechts in Deutschland z.B. *Adams*; *P. Behrens*; *Mestmäcker*; *Schäfer/Ott* (mit jeweils umfangreichen Literaturverzeichnissen). Für die Schweiz z.B. *Forstmoser/Schluep*, § 11 N 121 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Rz. 2647 (mit weiteren Literaturhinweisen). Als Argumentationsmethode im Vertragsrecht vgl. *R. Weber*; für das Immaterialgüterrecht vgl. *H.U.*

ste rechtswissenschaftliche Entwicklung, die feministische Jurisprudenz, ist indes erst vereinzelt Gegenstand der hiesigen Diskussion<sup>6</sup>. Ziel dieser Arbeit ist es, ihre Themen und Methoden anhand einer Untersuchung des privaten Vertragsrechts der Schweiz deskriptiv-analytisch zu bearbeiten.

Frauenbewegung, Feminismus, feministische Kritik und feministische Jurisprudenz – diese Begriffe werden in schillernder Bedeutungsvielfalt benutzt. Der erste Teil dieser Arbeit befaßt sich deshalb damit, wie und mit welchen Inhalten die Entwicklungslinien von der frühen Frauenbewegung zur heutigen feministischen Jurisprudenz verlaufen sind. Dabei wird sich zeigen, daß die feministische Jurisprudenz eine eigene Disziplin mit spezifischen methodischen Ansätzen und Begrifflichkeiten bildet. Gleichwohl ist sie bisher nicht zu einem Einheitsgebilde erstarrt, sondern vereint vielfältige, ja sogar gegensätzliche feministische Ansätze unter einem gemeinsamen Dach. Fünf der insgesamt elf geschilderten Feminismen behandeln das Recht explizit als Gegenstand feministischer Kritik. Drei dieser fünf Ansätze entwickeln darüber hinaus eine konkrete *positive* Vorstellung davon, wie Recht sein sollte, um dem Anliegen der Geschlechtergerechtigkeit mehr als bisher zu entsprechen. *Diese drei Ansätze – der Liberalfeminismus, der Relationalfeminismus und der Radikalfeminismus – bilden den Ausgangspunkt für die hier vorgestellte Analyse des privaten Vertragsrechts.*

Innerhalb des privaten Vertragsrechts konzentriert sich die Untersuchung auf das Schuldvertragsrecht und den Statusvertrag 'Ehe'. Es gibt vor allem zwei Gründe für diese Eingrenzung. Erstens können dadurch unterschiedliche Bereiche des privaten Vertragsrechts abgedeckt werden. Denn während das Schuldvertragsrecht vor allem in der außerhäuslichen, erwerbsrelevanten Sphäre zum Tragen kommt, spielt das durch den Vertrag der Eheschließung begründete Eheverhältnis vor allem in der innerhäuslichen, familiären Sphäre eine Rolle. Anhand der

---

Vogt; für das Markenrecht vgl. *Schluep*. Zur CCLS vgl. z.B. *Martin; Brownsword; Klaus* u.a.; *Willhelmsson*.

<sup>6</sup> Vgl. *Baer*, Juristische Ausbildung, S. 6: „Die feministische Rechtswissenschaft ist immer noch die große Unbekannte im juristischen Diskurs.“ Vgl. demgegenüber die Stimmen in den USA, z.B. *Fiss*, S. 414: „I venture to say that feminism may be the legal theory of the 1990s.“; *Bassham*, S. 293: „Liberals have been slow to respond what is rapidly emerging as the most powerful contemporary challenge to liberal jurisprudence: feminist legal theory.“

Untersuchung werden somit die Ansätze einer feministischen Jurisprudenz sowohl für den öffentlichen als auch für den privaten Lebensbereich beispielhaft erläutert. Zweitens setzen die ausgewählten Rechtsgebiete das Kriterium 'Geschlecht' unterschiedlich ein. Während das Schuldvertragsrecht auf die biologischen Eigenschaften der Vertragsschließenden praktisch nie Bezug nimmt<sup>7</sup>, setzt der Statusvertrag 'Ehe' diese unterschiedlichen Eigenschaften in seiner Fixierung auf heterosexuelle Paarbeziehungen gerade voraus. Die gewählten Teilbereiche decken also jeweils einen *geschlechtsblinden* und einen *geschlechtsgebundenen* Teil des privaten Vertragsrechts ab.

Damit ist der Gang der Untersuchung weitgehend vorgezeichnet: zunächst wird das Schuldvertragsrecht und danach der Statusvertrag 'Ehe' jeweils aus liberal-, relational- und radikal-feministischer Sicht untersucht. Innerhalb jedes Untersuchungsabschnittes können vier Stufen der Analyse unterschieden werden, die schlagwortartig als 'Diskriminierungsthese', 'Gleichstellungskonnotationen', 'Lösungsmöglichkeiten' und 'Novellierungsvorschläge' zu benennen sind. Bei der Diskriminierungsthese werden diejenigen Ansatzpunkte der feministischen Rechtskritik herausgearbeitet, die nach dem jeweiligen Feminismus und Vertragsrechtsbereich den Schwerpunkt bilden; dabei zeigt sich, daß das Vertragsrecht die sozialtypisch männliche Lebenswirklichkeit regelmäßig privilegiert. Als Gleichstellungskonnotationen sind sodann all jene Teilbereichslösungen zu untersuchen, die im bestehenden Recht nach üblicher Auslegung die Diskriminierung von Frauen zurückdrängen sollen. Was danach als ungelöster Problembereich übrig bleibt, ist zunächst auf Lösungsmöglichkeiten innerhalb der Grenzen des geltenden Vertragsrechts – insbesondere mit dem Mittel gleichstellungsorientierter Auslegung – abzuklopfen. Schließlich werden für Vertragsrechtsbereiche, bei denen trotz Ausschöpfung von Interpretationsspielräumen ein 'Diskriminierungsrest' verbleibt, Novellierungsvorschläge entwickelt, die beispielhaft eine vertragsrechtsdogmatische Lösung *de lege ferenda* aufzeigen.

Nachdem im zweiten und dritten Teil die Schuldverträge und der Statusvertrag 'Ehe' jeweils getrennt nach den feministischen Kritikrichtungen analysiert werden, führt der vierte und letzte Teil dieser Arbeit die verschiedenen Ansätze zusammen. Bei dieser Gesamtbetrachtung wird sich zeigen, daß trotz aller Differenz darüber, was die männliche Vor-

---

<sup>7</sup> Ausnahmen bilden z.B. die Art. 324a und 328a OR.

4

machtstellung im Vertragsrecht ausmacht und wie sie behoben werden soll, die unterschiedlichen Richtungen des Feminismus Gemeinsamkeiten aufweisen, die als *Grundlinien einer feministischen Jurisprudenz* gelten können.

*ERSTER TEIL*  
*VON DER FRAUENBEWEGUNG ZUR*  
*FEMINISTISCHEN JURISPRUDENZ*

Im deutschen Sprachraum gehört die feministische Jurisprudenz noch nicht zu den bekannten Größen des rechtswissenschaftlichen Diskurses<sup>8</sup>. Geht es um feministische Jurisprudenz, muß zwangsläufig auch die Frage nach '*dem Feminismus*' gestellt werden<sup>9</sup>. Es wird sich zeigen, daß sich im Feminismus zwei Aspekte verbinden: Feminismus bezeichnet einerseits die Praxis der Frauenbewegung, andererseits operiert Feminismus als Oberbegriff für alle theoretischen Ansätze, welche sich mit dem Geschlechterverhältnis und insbesondere mit der Stellung der Frau innerhalb dieses Verhältnisses auseinandersetzen (I).

Nicht alle feministischen Ansätze beschäftigen sich mit dem Recht. In einem zweiten Schritt werden deshalb diejenigen Ansätze, welche Recht als Instrument zur Reform und als Gegenstand der Reform begreifen, näher analysiert. Dabei ist zu klären, inwieweit sich die verschiedenen feministischen Ansätze im Recht als Teil einer feministischen Jurisprudenz begreifen lassen (II).

## **I. Frauenbewegung und Feminismus**

Feminismus ist ein junger Begriff. Zwar taucht er bereits in den Schriften des Frühsozialisten Charles Fourier (1772-1837) auf<sup>10</sup>, sein Gebrauch

---

<sup>8</sup> Dies trifft für andere Wissenschaftszweige nicht in demselben Maße zu. So finden sich z.B. im Schweizer Lexikon von 1992 bereits Hinweise auf die feministische Bibelinterpretation, die feministische Christologie, die feministische Kunst, die feministische Literaturwissenschaft, die feministische Linguistik, die feministische Pädagogik, die feministische Theologie und die allgemeine Frauenforschung. Siehe dazu Schweizer Lexikon, 2. Band, Mengis u.a. 1992.

<sup>9</sup> Baer, *Feministische Rechtskultur*, S. 311.

<sup>10</sup> *Fouriers* Gesellschaftstheorie bezeichnete den Grad der Befreiung der Frau als Prüfstein einer jeden Gesellschaft und allgemeinsten Maßstab der menschlichen Emanzipation: „Der soziale Fortschritt und der Übergang von einer Periode zur

bleibt aber sporadisch und bezeichnet auch nur gewisse Strömungen innerhalb der Frauenbewegung. Die deutschen Lexika definierten ihn bis in die jüngste Vergangenheit als „Auftreten weiblicher Eigenschaften bei einem männlichen Tier oder Mann“<sup>11</sup> oder einfach als „weibliche Züge bei Männern“<sup>12</sup>.

Heute ist Feminismus zum gesellschaftspolitischen, nicht selten negativ besetzten<sup>13</sup>, Schlüsselbegriff avanciert<sup>14</sup>. Seit 1976 ist denn auch unter dem Stichwort 'Feminismus' im Duden zu lesen: „Richtung der Frauenbewegung, die ein neues Selbstverständnis der Frau und die Aufhebung der traditionellen Rollenteilung anstrebt.“<sup>15</sup> Dieser Bedeutungswandel sowie der neue Inhalt des Feminismusbegriffes sollen anhand der nachfolgenden Darstellung über die Frauenbewegung kurz skizziert werden.

## 1. Die erste Frauenbewegung

Als dokumentierte politische Bewegung kann die Frauenbewegung auf eine gut zweihundertjährige Geschichte zurückblicken<sup>16</sup>. Ihren pro-

---

anderen erfolgt auf Grund der Fortschritte in der Befreiung der Frau ... die Erweiterung der Privilegien der Frauen ist die allgemeine Grundlage sozialen Fortschritts.“ *Fourier*, zit. nach *G. Behrens*, S. 427.

<sup>11</sup> Meyers Enzyklopädisches Lexikon, 8. Band, Mannheim u.a. 1973.

<sup>12</sup> Brockhaus Enzyklopädie, 6. Band, Wiesbaden 1968; Der neue Brockhaus, 2. Band, Wiesbaden 1974.

<sup>13</sup> Vgl. *Bender*, *Feminist Theory and Tort*, S. 3: „Feminism is a dirty word. I never fail to be amazed at the degree of hostility the word generates. Misconceptions abound. Feminists are portrayed as bra-burners, man-haters, sexists, and castrators. Our sexual preferences are presumed. We are characterized as bitchy, demanding, aggressive, confrontational, and uncooperative, as well as overly sensitive and humorless.“

<sup>14</sup> *Pusch*, S. 10.

<sup>15</sup> Duden - Das große Fremdwörterbuch der deutschen Sprache, 2. Band, Mannheim 1976. Eine identische Begriffsbestimmung findet sich in Meyers Neues Lexikon, 3. Band, Mannheim u.a. 1979.

<sup>16</sup> Zur Problematik der fehlenden Beachtung der Frau, ihrer Lebensumstände, ihrer Schriften und Ideen und ihrer Mitwirkung an gesellschaftlicher Veränderung innerhalb der traditionellen Geschichtsforschung siehe *Lerner*, S. 20 ff. Eine Aufarbeitung der *Women's History* findet sich bei *Kelly-Gadol*. Zu den Fragestellungen und Perspektiven historischer Frauenforschung vgl. *Bock*.

grammatischen Bezugspunkt fand sie im Gedankengut der Aufklärung und in den Leitprinzipien der französischen Revolution. Das konsequente Weiterdenken dieser Ideen führte zur Forderung nach der Ausdehnung des Persönlichkeitsbilds des freien, selbstbestimmten Bürgers und der Menschenrechte auch auf Frauen<sup>17</sup>.

Der Aufschwung der Frauenbewegung zu einem Phänomen von transnationaler Bedeutung fand aber erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts statt. In Kontinentaleuropa waren es hauptsächlich die durch die Industrialisierung bedingten gesellschaftlichen Strukturveränderungen und in den USA die Anti-Sklavenbewegung, welche eine erste Phase der Organisation bewirkten<sup>18</sup>. Eine einheitliche Bewegung im Interesse aller Frauen bestand indes nicht. Vielmehr setzten die in der Organisation begriffenen Frauenvereine unterschiedliche rechtspolitische Schwerpunkte<sup>19</sup>, zu deren wichtigsten die Forderung nach einer erweiterten Teilnahme an Bildungs- und Berufsmöglichkeiten und der Ruf nach einem Frauenstimmrecht zählten<sup>20</sup>. Überwiegend ging es dabei

---

<sup>17</sup> Banks, S. 4; Schenk, Frauenbewegung, S. 85 f. Die grundlegende feministische Frage wurde bereits 1730 von der Engländerin *Mary Astell* formuliert. Sie lautete: „If all Men are born Free, how is it that all Women are born Slaves?“ *Dies.*, S. 107. Im Jahre 1790 forderte sodann *Abigail Adams*, die Frau des Mitverfassers der US-amerikanischen Unabhängigkeitserklärung *John Adams*, ihren Mann auf, den Frauen eine Stimme in dem zu gründenden Staatssystem zu geben. 1791 forderte *Olympe de Gouges* in ihrer 'Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne' die völlige rechtliche, politische und soziale Gleichstellung der Frau. 1792 erschien *Mary Wollstonecrafts* 'A Vindication of the Rights of Women', welches sich gegen das Bild der irrationalen und emotionalen Frau zur Wehr setzte und den Zugang der Frauen zur Bildung forderte. Für eine umfassende Darstellung der Anfänge der Frauenbewegung vgl. *Donovan*.

<sup>18</sup> Für die Entwicklung in Kontinentaleuropa siehe *Schenk*, Frauenbewegung S. 86. Speziell für die Schweiz vgl. *Eidg. Komm. für Frauenfragen IV*, S. 7 ff.; *Grossenbacher*, S. 114 ff. Zur zentralen Rolle der Anti-Sklavenbewegung für die US-amerikanische Frauenbewegung siehe insb. *Melder*, S. 270 ff. Weitere Hinweise finden sich bei *M. Becker*, S. 2; *Dubois*, S. 31; *Ferree*, S. 284 ff.

<sup>19</sup> Zu den verschiedenen Kategorien von Frauenverbänden, die um die Jahrhundertwende in der Schweiz existierten, siehe die Dissertation von *Mesmer*. Für eine Kurzbeschreibung vgl. *Eidg. Komm. für Frauenfragen IV*, S. 8 ff.; *Grossenbacher*, S. 122 ff.

<sup>20</sup> Der Kampf um standesgemäße Arbeit und die damit eng verknüpfte Forderung nach Bildungsmöglichkeiten war eine zentrale Forderung der bürgerlichen Frauenvereine, die insbesondere in Deutschland und in der Schweiz die erste Welle organisierter Frauenpolitik dominierten. Erwerbsmöglichkeiten wurden allerdings nur in dem Rahmen gefordert, der nach der bürgerlichen Vorstellung

um die *Ausdehnung der ausschließlich Männern vorbehaltenen Rechte auf die Frauen*. Dementsprechend verstanden und bezeichneten sich die Anhängerinnen der Frauenbewegung vorwiegend als Frauenrechtlerinnen. Die Bezeichnung 'Feministin' beschränkte sich je nach Sprach- und Kulturraum auf den radikalen Flügel der Frauenbewegung<sup>21</sup> oder auf denjenigen Teil, der die mythischen Erfahrungen der Mutterschaft und die besondere Reinheit der Frau zu ihrem Credo erhob<sup>22</sup>.

Am Anfang des 20. Jahrhunderts erlebte die Frauenbewegung eine erste Internationalisierung. So erreichte beispielsweise der 1910 gegründete Weltbund für Frauenstimmrecht eine Mitgliederzahl von acht Millionen<sup>23</sup>. Allerdings spaltete schon wenige Jahre später der erste Weltkrieg die Frauenbewegungen aller kriegsführenden Nationen in zwei unversöhnliche Lager und trug damit wesentlich zu ihrem Bedeutungsverlust als internationale Bewegung bei<sup>24</sup>. Auf nationaler Ebene bedeutete die Erlangung des Wahlrechts in vielen Ländern<sup>25</sup> die Erfüllung der

---

der weiblichen Natur entsprach. Gleichheit hieß im Verständnis der bürgerlichen Frauenbewegung immer Gleichwertigkeit auf der Basis der verschiedenen Naturen und Fähigkeiten der Geschlechter und keineswegs Gleichberechtigung oder gar politische Emanzipation; vgl. *Gerhard*, Gleichheit, S. 79; *Grossenbacher*, S. 120; *Fetz*, S. 81 ff. Demgegenüber dominierten in den USA, in Frankreich und in Großbritannien die Forderung nach gleichem Stimmrecht; siehe dazu *Tong*, S. 17 ff. Zur Stimmrechtsbewegung in der Schweiz siehe auch *Grossenbacher*, S. 121; *Mesmer*, S. 245 ff.; *Woodtli*, S. 70 ff. In Deutschland verboten die nach dem Scheitern der 1848er Revolution erlassenen und bis zur Verabschiedung des einheitlichen Reichsgesetzes von 1908 weithin geltenden Vereinsgesetze den Frauen jegliche politische Aktivität und verhinderten die Aufnahme des Frauenstimmrechts in das Programm der großen bürgerlichen Frauenvereine; vgl. *Gerhard*, Gleichheit, S. 84 ff., 110 ff.

<sup>21</sup> So z.B. in Deutschland. Siehe dazu *Schenk*, Feminismus, S. 79 f.; *Gerhard*, Feminismus, S. 303; *dies.*, Gleichheit, S. 79 ff.

<sup>22</sup> So z.B. im anglosächsischen Raum. Siehe dazu *Jaggard*, Feminist Politics, S. 5.

<sup>23</sup> Brockhaus-Enzyklopädie, 6. Band, Mannheim 1988, Stichwort 'Frauenbewegung'.

<sup>24</sup> Auf nationaler Ebene hingegen bewirkte die Kriegslage namentlich innerhalb des bürgerlichen Lagers die Tendenz zur Vereinheitlichung. Die Erfahrung der kollektiven Leistung der Frauen in der Krisenzeit bewirkte ein neues Selbstbewusstsein der Frauen, welches dazu führte, daß nunmehr die Frauenorganisationen allgemein ihre Arbeit zunehmend mit der Forderung nach politischen Rechten verbanden; vgl. *Grossenbacher*, S. 123.

<sup>25</sup> Z.B. Finnland 1906, Norwegen 1913, Dänemark 1915, UdSSR 1917, Deutschland 1918, USA 1920, Schweden 1921, Großbritannien 1928, Frankreich 1944; Brockhaus Enzyklopädie, 6. Band, Mannheim 1988, Stichwort 'Frauenbewegung'.

zentralen Forderung der Frauenbewegung und damit auch ihr vorläufiges Ende als sichtbares politisches Phänomen<sup>26</sup>.

## 2. Die neue Frauenbewegung

Das Wirtschaftswachstum der sechziger Jahre und das damit verbundene Wachstum der Frauenerwerbstätigkeit brachte nicht nur die Diskriminierung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt zutage, sondern setzte auch viele Frauen der Doppelbelastung von Beruf und Familie und den inneren Widersprüchen der Frauenrolle aus<sup>27</sup>. Gleichzeitig erlebte die amerikanische Bürgerrechts- und die westeuropäische Studierendenbewegung ihre Hochblüte. Vor diesem Hintergrund entstand eine neue Welle der Frauenbewegung<sup>28</sup>. Zwischen der alten und der neuen Frauenbewegung bestehen durchaus Gemeinsamkeiten<sup>29</sup>. *Im Unterschied zu ihrer historischen Vorläuferin versteht sich die neue Frauenbewegung jedoch nicht in erster Linie als Frauenrechts-, sondern als Frauenbefreiungsbewegung*<sup>30</sup>. In der Regel anti-hierarchisch organisiert<sup>31</sup>, zielt sie nicht lediglich auf die „Loslösung aus der sozialen, politischen und ökonomischen, sondern vor allem auch aus der psychischen Abhängigkeit vom Mann“<sup>32</sup>. Die dadurch resultierende neue Beurteilungsweise von Problemen des Menschen und der Gesellschaft durch Frauen ist ein zentra-

---

<sup>26</sup> Zur Situation in der Schweiz, wo die Erwartung der Frauen auf Zuerkennung der politischen Rechte enttäuscht werden sollte, *Woodtli*, S.172; *Eidg. Kommission für Frauenfragen IV*, S. 21 f.

<sup>27</sup> *Schenk*, Frauenbewegung, S. 88.

<sup>28</sup> *Eidg. Kommission für Frauenfragen IV*, S. 102; *Grossenbacher*, S. 129; *Pusch*, S. 12; *Schenk*, Frauenbewegung, S. 88.

<sup>29</sup> Zur Kontinuität und Diskontinuität in der Frauenbewegung z.B. *Eidg. Kommission für Frauenfragen IV*, S. 102 ff.; *Schenk*, Feministische Herausforderung, S. 104 ff.; *Evans*, S. 263 ff.

<sup>30</sup> *Linhoff*, S. 10. Dies zeigt sich auch in ihrer Bezeichnung als 'Women's Liberation Movement' in den USA bzw. als 'mouvement de libération des femmes' in Frankreich.

<sup>31</sup> Zu diesem Merkmal der neuen Frauenbewegung vgl. *Eidg. Kommission für Frauenfragen IV*, S. 104 f.

<sup>32</sup> *Schenk*, Feminismus, S. 80. Für eine ausführliche Beschreibung der Themen der neuen Frauenbewegung in der Schweiz siehe *Eidg. Kommission für Frauenfragen IV*, S. 102 ff.

les Element in der neuen Frauenbewegung<sup>33</sup>. Sie äußert sich namentlich in der Parole 'the personal is the political', mit der ausgedrückt werden soll, daß die vermeintlich privaten und individuellen Probleme von Frauen (z.B. Doppelbelastung durch Beruf- und Familienleben, sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz) in Wirklichkeit kollektive, gesellschaftlich bedingte Phänomene sind<sup>34</sup>.

#### a) Zuordnung des Feminismusbegriffs zur neuen Frauenbewegung

Mit der neuen Frauenbewegung hat sich auch der Begriff des Feminismus etabliert, da sich die Bewegung nun als *per se feministisch* bezeichnet und versteht<sup>35</sup>. Die praktische Bedeutung des neuen Selbstverständnisses zeigt sich auch darin, daß sich die neue Frauenbewegung – im Gegensatz zu ihrer Vorläuferin – nicht mehr dieselbe bürgerliche Selbstbeschränkung auferlegt. Vielmehr fordert sie nunmehr Alternativen zur Kleinfamilie, Kinderbetreuung und Arbeitsteilung, sie artikuliert Tabu-Themen wie Selbstbestimmung in der Sexualität, Abtreibung und sexuelle Gewalt gegen Frauen, sie gründet Frauenzentren, Frauenverlage, betreibt Frauenforschung, kurz: sie entwickelt eine frauenorientierte bzw. -inspirierte Gegenkultur, die den herrschenden politischen Konsens, seine Bewertungen und Normen grundsätzlich in Frage stellt<sup>36</sup>.

#### b) Die theoretische Dimension der neuen Frauenbewegung

Die steigende Zahl weiblicher Studierender in den 60er und 70er Jahren und der damit verbundene Einzug der 'Frauenfrage' in die Universitä-

---

<sup>33</sup> Diese Bewußtseinsbildung über frauenspezifische Probleme fand oft in den sogenannten Frauenselbsterfahrungsgruppen statt. In diesen sollte durch Erfahrungsaustausch und Analyse der subjektiven Betroffenheit der teilnehmenden Frauen eine einheitliche Theorie und Strategie für die individuell erfahrenen Probleme gefunden werden. Siehe *Schenk, Frauenbewegung*, S. 90. Zur fundamentalen Rolle der in den Frauenselbsterfahrungsgruppen gewonnenen Erkenntnisse für die feministische Methode vgl. *MacKinnon, Feminist Theory of the State*, S. 83 ff.

<sup>34</sup> *Grossenbacher*, S. 130.

<sup>35</sup> *Gerhard, Feminismus*, S. 304; *Linnhoff*, S. 10; *Schenk, Feminismus*, S. 80. Zu den 'neuen Feministinnen' in der Schweiz vgl. *Grossenbacher*, S. 129 f.

<sup>36</sup> *Gerhard, Feminismus*, S. 305; *Sargent*, S. xviii ff.

ten trug maßgeblich dazu bei, daß sich die Frauenbewegung nicht länger auf politisches Engagement beschränkte, sondern auch theoretische Fragestellungen aufgriff. Davon ausgehend, daß auch die als objektiv und wertneutral verstandene Forschung sich nicht von ihrem gesellschaftlichen Ausgangspunkt und somit von den Denkweisen der vornehmlich männlichen Forschenden abzukoppeln vermag<sup>37</sup>, begann die wissenschaftliche Beschäftigung mit frauenspezifischen Fragen, die bislang als unwichtig ausgegrenzt oder unter Mißachtung weiblicher Erfahrung erforscht worden waren, sowie die kritische Untersuchung der herkömmlichen Forschungsmethoden in den einzelnen Fachgebieten<sup>38</sup>. Diese Aktivitäten markierten den Beginn einer *feministischen Wissenschaftskritik*, die als eine Art 'Aufklärung der Aufklärung' die geltenden Wissenschaftsideale geschlechtssensibel zu hinterfragen begann<sup>39</sup>. Heute hat die feministische Wissenschaftskritik ihren praktischen Ableger in der *Frauenforschung* gefunden, die sich offen zum Interessenbezug ihrer Forschung bekennt<sup>40</sup> und in deren Rahmen einerseits Forschung über Frauen betrieben wird und andererseits wissenschaftliche Projekte von Frauen, welche in Distanz zur den traditionellen analytischen Forschungsweisen integrative Betrachtungsweisen abstellen, gefördert werden<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Nagl-Docekal, *Feministische Vernunftkritik*, S. 170.

<sup>38</sup> Dabei konnte und kann für verschiedenste Wissenschaftszweige aufgezeigt werden, daß die Formulierung von Fragestellungen, Anordnung von Versuchen, Deutung von Daten und Darstellung von Zusammenhängen häufig aus einem männlichen Blickwinkel erfolgt, in sie also Auffassungen einfließen, wie sie für Männer der jeweiligen Gesellschaftsschicht, zu denen die Forschenden gehören, typisch ist; vgl. *Harding*, *Wissenschaftstheorie*, S. 85 ff. (für Biologie und Sozialwissenschaften). Weitere Nachweise bei *Nagl-Docekal*, *Feministische Vernunftkritik*, S. 168 Fn. 3. Zum Ganzen vgl. *Eidg. Komm. für Frauenfragen IV*, S. 156; *Schenk*, *Frauenforschung*, S. 91.

<sup>39</sup> *Baer*, *Feministische Rechtswissenschaft*, S. 156. Die mittlerweile zahlreichen Ansätze feministischer Wissenschaftstheorie gehen alle der Frage nach, wie Wissenschaft konzipiert werden muß, damit sie nicht länger theoretisches Pendant einer sexistischen Politik ist. Siehe dazu *Nagl-Docekal*, *Feministische Vernunftkritik*, S. 166 ff. Vorherrschend unter den Ansätzen feministischer Wissenschaftstheorien ist die Kritik des traditionellen Wissenschaftlichkeitskonzepts, welches sich einseitig auf Rationalität, Logik, Generalität und Intersubjektivität beschränkt und ganzheitliche oder intuitive Annäherungen als unwissenschaftlich abtut.

<sup>40</sup> *Lucke*, S. 37 f.

<sup>41</sup> Vgl. dazu *Eidg. Kommission für Frauenfragen IV*, S. 156 f.; *Shöpp-Schilling*, S. 334 ff.

Die wissenschaftliche Durchdringung der Geschlechterproblematik verhalf der neuen Frauenbewegung zu einem theoretischen Unterbau, über den ihre Vorläuferin nicht verfügte. Zum praktischen Feminismus gesellte sich damit ein theoretischer, welcher seine Inspiration zwar aus der praxisorientierten Frauenbewegung bezog, sich dann aber in unterschiedlichem Maße verselbständigte. So wird für die Frauenbewegung oft politisches Kalkül im Vordergrund stehen, das dazu zwingt, faktische Gegebenheiten in einer Weise zu vereinfachen, wie sie die wissenschaftlich orientierte Perspektive nicht immer vertreten kann<sup>42</sup>. Dennoch gehören Praxis und Theorie im Feminismus zusammen, ging doch die feministische Theorie gerade nicht aus einer forschungsimmanenten Entwicklung, sondern aus einer politischen Bewegung hervor und bleibt auf diese bezogen<sup>43</sup>.

### 3. Die Vielfalt feministischer Strömungen

Der Begriff des Feminismus bezeichnet nach dem oben Gesagten eine „Bewegung im Denken und im Handeln“<sup>44</sup>, die sich mit dem Geschlechterverhältnis auseinandersetzt. Feminismus ist aber keine gradlinig gewachsene, kohärente und logisch stringente Theorie, sondern eine Summe von individuell geprägten, in unterschiedlichen Disziplinen und ideologischen Strömungen verwurzelten Ansätzen<sup>45</sup>. Viele dieser Ansätze lehnen sich an bestehende Gesellschaftstheorien an und verwenden deren Erkenntnisse und Methoden für ihre Analyse der Geschlechterungleichheit. Andere wieder bilden eigenständige Kategori-

---

<sup>42</sup> Zur unterschiedlichen Aufgabenstellung des praktischen und des theoretischen Feminismus *Dahl*, *Frauenrecht*, S. 24: „Während es der Politik in erster Linie um Macht zu tun ist, d.h. interessengleicher Verteilung materieller und immaterieller Güter, um Beteiligung, Mitbestimmung und Selbstbestimmung, hat die Forschung in erster Linie zur Aufgabe, nach Erkenntnis zu suchen, um dadurch letztlich sinnvolles Handeln zu ermöglichen.“ Zur Unterscheidung zwischen dem theoretischen und dem praktischen Feminismus auch *Nagl-Docekal*, *Feministische Philosophie*, S. 9; *Sabrosky*, S. 5 ff.

<sup>43</sup> *Nagl-Docekal*, *Feministische Philosophie*, S. 9.

<sup>44</sup> *Baer*, *Feministische Rechtskultur*, S. 310.

<sup>45</sup> Zur Vielfalt der Inhaltsbestimmung des Feminismusbegriffs siehe nur die Zusammenstellung verschiedener Feminismus-Definitionen bei *Kramarae/Treichler*, S. 158 ff.

en, die sich nicht auf bereits Bestehendes reduzieren lassen<sup>46</sup>. Vor allem aber beschäftigen sich nicht alle Ansätze mit der Frage, wie das *Recht* mit der Geschlechterproblematik umgeht, noch sehen alle im Recht ein taugliches Mittel zur Förderung der geschlechtsbezogenen Gleichstellung<sup>47</sup>.

Ein Versuch, die Vielzahl feministischer Arbeiten bestimmten Oberbegriffen zuzuordnen, setzt sich allein deshalb der Kritik aus, weil die damit verbundene Abstraktion die Geschichte und den vielfältigen Charakter des feministischen Gedankenguts verschleiert, und weil die Kategorienbildung als Hindernis für einen fruchtbaren Diskurs innerhalb der feministischen Bewegung empfunden wird<sup>48</sup>. Zudem ist in der Kategorienbildung immer auch ein Willkürelement vorhanden. Feministinnen neigen weder dazu, sich selbst mit einem feministischen Etikett zu versehen, noch halten sie sich in ihrer Analyse an vorgegebene Richtlinien. Bei allen Vorbehalten rechtfertigt sich dennoch eine kurze Darstellung der gängigen feministischen Strömungen; sie soll einen ersten Eindruck über die Spannbreite des Feminismus vermitteln und die terminologische Grundlage für den Rest dieser Untersuchung bilden.

#### a) Der liberale Feminismus

1792 schuf MARY WOLLSTONECRAFT mit ihrem Buch 'A Vindication for the Rights of Women' das erste weit verbreitete Werk der liberalen feministischen Tradition<sup>49</sup>. Rund hundert Jahre später forderte JOHN STUART MILL die gleichen wirtschaftlichen, politischen und bürgerlichen Freiheiten für Frauen<sup>50</sup>. 1960 erschien mit BETTY FRIEDANS 'The Feminine Mystique' einer der Grundlagentexte für die liberal-feministische Strömung innerhalb der neuen Frauenbewegung<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Siehe dazu Pateman, *Sexual Contract*, S. 21.

<sup>47</sup> Zur Kritik an der feministischen Faszination mit dem Recht siehe Smart, S. 25; Rifkin, *Law and Patriarchy*, S. 83 ff.

<sup>48</sup> Pateman, *Sexual Contract*, S. 20; Tong, S. 8.

<sup>49</sup> *Wollstonecraft* wird gemeinhin als die *erste* Feministin bezeichnet. Sie selbst bezog sich aber ausdrücklich auch auf Schriften und Taten anderer Frauen. Auch existieren Schriften aus der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, denen durchaus feministische Konnotationen zugewiesen werden können. Zum Ganzen *Sapiro*, S. 259 ff.

<sup>50</sup> *John Stuart Mill*, *On the Subjection of Women* (1869).

<sup>51</sup> *Friedan* wendet sich in ihrem Buch gegen die vorherrschende Auffassung, daß

In der über zweihundertjährigen Geschichte des liberalen Feminismus haben sich dessen Grundzüge wenig verändert: in der liberalen These der Würde des Menschen als vernunftbegabtem Wesen und der daraus folgenden allgemeinen Menschengleichheit<sup>52</sup> sehen liberale Feministinnen die Chance, ihre eigene Beteiligung am Recht sowie ihre Teilhabe am öffentlichen Leben neu einzufordern. Der liberale - und später der soziale - Staat wird damit aufgefordert, sein Versprechen der Rechtsgleichheit einzulösen und die Frauen nicht länger aus den zentralen politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Positionen auszugrenzen<sup>53</sup>. *Emanzipation im liberal-feministischen Sinne bedeutet Emanzipation von den Beschränkungen traditioneller Weiblichkeit*: den Frauen sollen die gleichen Möglichkeiten einer selbstbestimmten Lebensgestaltung offenstehen wie den Männern<sup>54</sup>. Hinter dieser Forderung steht das Bild der autonomen und rationalen Frau, welche aufgrund irrationaler Vorurteile und willkürlicher Kategorisierungen in eine geschlechtsspezifische Rolle gedrängt wurde<sup>55</sup>.

## b) Der relationale Feminismus

Für den relationalen<sup>56</sup> Feminismus sind Frauen und Männer *wesensmä-*

---

Frauen in der traditionellen Rolle der Hausfrau und Mutter ein erfülltes Leben führen können. Dies sei ein Mythos, der in der Realität nicht eingelöst werden könne. Die Reduzierung des weiblichen Tätigkeitsfeldes auf die innerhäusliche Sphäre führt gemäß *Friedan* zumindest bei Frauen der oberen Mittelklasse zu Neurosen. *Friedan* fordert die Frauen deshalb auf, ins Berufsleben zurückzukehren.

<sup>52</sup> G. Müller, N 1 zu Art. 4 BV.

<sup>53</sup> Siehe *Friedan*, *It changed my life*, S. 34: „It is the right of every woman ... to become all she is capable of becoming - on her own or/and in partnership with a man.“ Als modernere Version des liberalen Feminismus können die androgynen Gesellschaftsvisionen gezählt werden, in denen das Geschlecht keine andere Rolle spielen soll als z.B. die Augenfarbe. Solche Visionen unterhalten u.a. *Bem*, *Heilbrun*, *A. Ferguson*, *Treblicock* und *Wasserstrom*.

<sup>54</sup> Vgl. *I. Young*, *Humanismus*, S. 37: „Die Befreiung der Frau verlangt die Eliminierung eines separaten weiblichen Bereichs und die Gelegenheit für Frauen, das zu tun, was die Männer schon immer getan haben.“ Im gleichen Sinne *Jaggar*, *Political Philosophies*, S. 6 f.

<sup>55</sup> Vgl. *Tong*, S. 2; *Donovan*, S. 8.

<sup>56</sup> Der Begriff „relational“ bedeutet „in Beziehung stehend“ (Brockhaus Wahrig, *Deutsches Wörterbuch*, Band V, Stuttgart 1983), bzw. „characterized by relati-

ßig verschieden: Frauen tendieren stärker zu Kooperation, Harmonie und Solidarität, während Männer eher zu Konfrontation, Aggression und Individualismus neigen; Frauen denken eher beziehungsorientiert und kontextuell, Männer eher individualistisch, logisch und abstrakt<sup>57</sup>. Das Spektrum differenzorientierter Ansätze reicht von der Forderung nach einer neuen 'Ethik der Fürsorge'<sup>58</sup> über die verstärkte Anerkennung weiblicher Beziehungsarbeit<sup>59</sup> bis hin zur Mystifizierung des Haushalts als Ort spezifisch weiblicher Kultur<sup>60</sup> oder gar der Zelebrierung weiblicher Irrationalität<sup>61</sup>. Ihre Gemeinsamkeit liegt im Bestreben, *Weiblichkeit*

---

on“ (The New Shorter Oxford English Dictionary, Vol II, Oxford 1993). Damit wird zugleich die zentrale These des relationalen Feminismus über die wesentliche Eigenschaft des Weiblichen ausgedrückt. Diese feministische Strömung wird zuweilen auch *cultural feminism* (z.B. bei West, Donovan) bzw. Kulturfeminismus (z.B. bei Gerhard, Feminismus), gynozentrischer Feminismus (z.B. bei I. Young, Humanismus), *difference feminism* (z.B. bei Cain.) oder *different voice feminism* (z.B. bei Sunstein) genannt.

<sup>57</sup> Vgl. z.B. die Werke von Chodorow, Dinnerstein, Gilligan, Lyons, Noddings, Schaefer, Tronto, Wisselinck. Relationale Feministinnen assoziieren ihren Ansatz dabei oft mit der Kritik der traditionellen westlichen Epistemologie (Erkenntnistheorie) u.a. durch Wittgenstein, Nietzsche und Heidegger. Zentrales Thema dieser Kritik ist die Ablehnung einer absoluten Wahrheitsfindung mittels rigoroser logischer Manipulationen von Abstraktionen und die Distanz zum Universalismus-, Objektivitäts- und Rationalitätsprimat. Relationale Feministinnen bezeichnen diese 'neue Epistemologie' auch als *Woman's Voice* mit dem Hinweis, daß die Denkstrukturen von Frauen mehr auf Kontext als auf Abstraktion, mehr auf Vertrauen in Emotion und Intuition als auf Logik ausgerichtet sind. Zum Ganzen J. Williams, *Deconstructing Gender*, S. 805, m.w.N. Die von den relationalen Feministinnen proklamierte Charakterisierung des Weiblichen kommt dem tradierten Frauenbild sehr nahe. Siehe dazu nur die Botschaft des Bundesrates zur ersten Frauenstimmrechtsvorlage, BBl 1957 I 742 f.: „Es gibt eine weibliche Art des Denkens, des Fühlens und des Reagierens, die von der männlichen abweicht. ... Ist das Denken des Mannes mehr abstrakt, bestimmt durch Reflexion, logische Konsequenz und Sachlichkeit, so ist das ihre stärker beeinflusst durch Gefühl und Gemüt, mehr auf die Person als auf die Sache und mehr auf das Zunächstliegende als das Grundsätzliche eingestellt.“

<sup>58</sup> Grundlegend: Gilligan. Vgl. weiter (von Gilligan inspiriert) Baier, Noddings; Whitbeck. Für eine Darstellung und Kritik an den Moraltheorien von Baier und Noddings vgl. Pauer-Studer, S. 38 ff.; S. 60 ff.

<sup>59</sup> Littleton, *Sexual Equality*, insb. S. 1331 f.

<sup>60</sup> Rabuzzi, insb. S. 43 ff.

<sup>61</sup> Irigaray, *Das Geschlecht*, S. 28 f. Für eine kritische Auseinandersetzung mit Irigaray vgl. Nagl-Docekal, *Feministische Vernunftkritik* S. 185 ff. Ansätze zur Assoziation von Nicht-Rationalität und Weiblichkeit finden sich zum Teil auch bei

als *Differenz positiv zu besetzen*<sup>62</sup>, wobei über die Ursachen dieser Differenz Uneinigkeit besteht<sup>63</sup>. Ein zentrales Werk des zeitgenössischen relationalen Feminismus bildet die entwicklungspsychologische Studie von CAROL GILLIGAN, welche zum Schluß kommt, daß Mädchen und Jungen – und entsprechend Frauen und Männer – unterschiedliche Argumentationsmuster zur Lösung moralischer Problemstellungen verwenden, also unterschiedliche Moralpraxen aufweisen: Frauen orientieren sich tendenziell an einer 'Ethik der Fürsorge' (ethic of care), Männer orientieren sich tendenziell an einer 'Ethik der Rechte' (ethic of justice)<sup>64</sup>. Gestützt auf diese Erkenntnisse berufen sich relationale Feministinnen bei ihren gesellschaftspolitischen oder ihren wissenschaftstheoretischen Forderungen auf die Verschiedenheit von Mann und Frau und fordern Rücksichtnahme und Anerkennung weiblicher Denk- und Wertmuster<sup>65</sup>.

---

Mitchell. Vgl. dazu *Donovan*, S. 106.

<sup>62</sup> *Baer*, *Feministische Rechtskultur*, S. 312. Siehe auch *Donovan*, S. 182; *Maihofer*, *Gleichberechtigung*, S. 52.

<sup>63</sup> Gewisse relationale Feministinnen wie zum Beispiel *Wolgast* und *West* führen dabei die unterschiedlichen Wertvorstellungen von Frauen vor allem auf biologische Komponenten zurück, während zum Beispiel bei *Dahl*, *Grossenbacher*, *Littleton* und *Minow* der Sozialisationsfaktor und die Lebensbedingungen von Frauen im Vordergrund stehen. Andere, wie z.B. *Chodorow* und *Dinnerstein*, führen psychologische Faktoren an. Einige, wie z.B. *Gilligan* oder *Finemann* (Challenging Law) lassen die Frage offen.

<sup>64</sup> *Gilligan*, In *a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, (2. Aufl., Cambridge 1993). Andere empirische Studien kommen zu ähnlichen Ergebnissen, vgl. etwa *Miller* (S. 87) und *Schaeff* (S. 100 ff.). Auch *Lyons* (insb. S. 33 f.) deckt in ihrer empirischen Forschung zwei verschiedene Konzepte des 'Selbst' auf: das autonome/objektive und das beziehungsorientierte 'Selbst'. In dieselbe Richtung geht *Tannens* Studie zum geschlechtsspezifischen Gesprächsstil von Frauen und Männern. Frauen sprechen demnach eine Bindungs- und Intimitätssprache, Männer eine Status- und Unabhängigkeitssprache. *Tannen* (S. 20) beschreibt das typisch männliche Leben als „Wettkampf, bei dem es um Bewahrung von Unabhängigkeit und die Vermeidung von Niederlagen geht“, und das typisch weibliche Leben als „Gemeinschaft, ein Kampf um die Bewahrung der Intimität und die Vermeidung von Isolation.“ Für weitere zahlreiche Hinweise auf empirische Untersuchungen, die bei Frauen und Männern unterschiedliche Moralpraxen feststellen, siehe *Friedman*, S. 90 Fn. 6.

<sup>65</sup> Wissenschaftstheoretische Forderungen, die aus dem Anderssein der Frauen resultieren, sind beispielsweise eine neue Ontologie, welche auf das Beziehungsnetz und nicht die Abgrenzung gründet, sowie eine neue Ethik, welche auf Fürsorge und nicht auf Ansprüchen aufbaut (so z.B. *Whitbeck*, S. 64 ff.). Gesell-

### c) Der psychoanalytische Feminismus

Der psychoanalytische Feminismus konzentriert sich auf den psychosexuellen Reifungsprozeß bei Kleinkindern, um der Frage nach der unterschiedlichen Geschlechterentwicklung und der umfassenden männlichen Dominanz nachzugehen<sup>66</sup>. Eine zentrale These des psychoanalytischen Feminismus ist, daß die Monopolisierung der Fürsorgerolle durch Frauen die Kleinkinder geschlechtsspezifisch prägt. Im Grundsatz geht es darum, daß sich das männliche Kleinkind im Gegensatz zum weiblichen von der Mutter biologisch abzugrenzen vermag bzw. sich aufgrund der Erkenntnis ihrer Verschiedenartigkeit abgrenzen muß. Dies hat zur Folge, daß sich das männliche Kleinkind eher als autonomes, individuelles Wesen entwickelt<sup>67</sup>. Seine männliche Identität entsteht in Abgrenzung zur Weiblichkeit der Mutter und, genereller, in Abgrenzung gegenüber anderen. Als praktische Forderung auf dem Weg zur Geschlechtergleichheit erwächst daraus ein Modell der Gleichverteilung der Elternschaft, bei dem beide Elternteile gleichermaßen die Erzieherrolle übernehmen<sup>68</sup>.

### d) Der marxistische Feminismus

Für den marxistischen Feminismus ist die Geschlechterungleichheit primär ein Produkt der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Strukturen der *kapitalistischen Klassengesellschaft*, welche für Frauen in besonderem Maße oppressiv ist<sup>69</sup>. Nach diesem Ansatz bewirkt das kapitalisti-

---

schaftspolitische Forderungen hingegen wären etwa solche nach einem echten finanziellen Ausgleich für die Haus- und Familienarbeit (so z.B. *Littleton*, *Sexual Equality*, S. 1313 f.).

<sup>66</sup> In seiner Analyse greift der psychoanalytische Feminismus auf die von *Freud* entwickelte Sexualtheorie zurück (sehr deutlich bei *Mitchell*), distanziert sich aber im übrigen von dessen biologischen Determinismus (kurz: der fehlende Penis ist Ursache der Geschlechterdifferenz und der Inferiorität der Frau). Für eine umfassende Diskussion des psychoanalytischen Ansatzes und deren herausragenden Vertreterinnen vgl. *Tong*, S. 146 ff. ; *Tong/Tuana*, S. 195 ff. Da auch dieser Ansatz mit der Geschlechterdifferenz operiert, wird er zeitweise als Untergruppe des relationalen Feminismus behandelt; vgl. *Menkel-Meadow*, *Different Voice*, S. 47.

<sup>67</sup> So z.B. bei *Dinnerstein*, S. 28 ff., 33 ff.; *Chodorow*, insb. 224 ff.

<sup>68</sup> *Chodorow*, S. 280; *Dinnerstein*, S. 155.

<sup>69</sup> Siehe *Jaggar*, *Political Philosophies*, S. 9 f. und *Sargent*, S. xxi. Aufschlußreich ist

sche System die Trennung von Arbeit und Haushalt<sup>70</sup> und begrenzt gleichzeitig den Begriff der Produktion auf die außerhäusliche Sphäre<sup>71</sup>. Dies wiederum bewirkt ein zusätzliches und umfassendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Mann als Produzent und Eigentümer von Gütern und der Frau als unproduktiver Verbraucherin dieser Güter<sup>72</sup>. Damit festigt das kapitalistische System die männliche Dominanz<sup>73</sup>. Forderungen der marxistischen Feministinnen umfassen unter anderem den Lohn für Hausarbeit oder die Übernahme der Kindererziehung durch den Staat<sup>74</sup>. In letzter Instanz wird im kollektiven Eigentum der sozialistischen Gesellschaftsordnung sowohl die Befreiung aller Arbeitenden als auch der Ausweg aus der Geschlechterhierarchie gesehen. Das sozialistische Projekt wird so zum Vehikel des feministischen Befreiungskampfes erklärt<sup>75</sup>.

---

auch die Parole der Deutschen Kommunistischen Partei: „Das Großkapital ist frauenfeindlich“, abgedruckt in: *Menschik*, S. 411.

<sup>70</sup> In der vorkapitalistischen Phase bildete der einzelne Haushalt eine Produktionseinheit. Zur wirtschaftlichen Bedeutung und Anerkennung der Frauenarbeit in der vorkapitalistischen Phase vgl. *Bock/Duden*, S. 125 ff.; *Zaretsky*, S. 83. Zu den fließenden Grenzen der Geschlechterrollen in der vorkapitalistischen Zeit vgl. auch *Ulrich*, S. 14 ff., 33.

<sup>71</sup> *Tong*, S. 51.

<sup>72</sup> So sieht auch *Engels* (S. 78) die Ursache der Unterdrückung der Frau in der Akkumulierung des Privateigentums in der Hand des Mannes. Die marxistische Analyse unterläßt es aber zu erklären, warum die häusliche Arbeit erstens primär von Frauen ausgeführt und zweitens sukzessive abgewertet wurde.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu *Bock/Duden*, S. 177: „Die Subsumption der Hausarbeit unter das Kapital muß nach zwei Seiten hin begriffen werden: einerseits begann man, den Männern höhere Löhne zu zahlen, gerade so hoch, daß sie seine Frau in ökonomischer und sexueller Abhängigkeit halten konnten; andererseits machte die Unterwerfung der Frau und die Durchsetzung der Familie als Organisationsform unbezahlter Hausarbeit in der Arbeiterklasse es möglich, den Arbeitern geringere Löhne zu zahlen, als es die Klassenkämpfe bis zu den Revolutionen von 1917/1919 erforderlich gemacht hätten. Das Kapital konnte den streikenden Arbeitern gewissermaßen die Frauen als Kompensation anbieten...“

<sup>74</sup> *Jaggar*, *Political Philosophies*, S. 10 f. Zum Lohn für Hausarbeit und dessen Deklaration als produktive Arbeit im Marxschen Sinne vgl. das inzwischen legendäre Manifest von *Mariarosa DallaCosta* und *Selma James* mit dem Titel 'Le pouvoir des femmes et la subversion sociale', insb. S. 41 ff. Für eine kritische Auseinandersetzung mit der marxistisch-feministischen Forderung nach einem Lohn für Hausarbeit siehe *Lenze*, S. 53 ff.; *MacKinnon*, *Feminist Theory of the State*, S. 63 ff.; *Wolf-Graaf*, S. 176 ff., 245 f.

<sup>75</sup> Andere marxistische Feministinnen beschränken sich allerdings auf die Über-

### e) Der radikale Feminismus

Für den radikalen Feminismus<sup>76</sup> liegt der Grund für das Geschlechterungleichgewicht im *Patriarchat*, also der umfassenden, alle Lebensbereiche berührenden Herrschaft des Mannes über die Frau<sup>77</sup>. Diese Herrschaft ermöglicht es, den Unterschied zwischen den Geschlechtern überhaupt erst herzustellen, um ihn dann aufgrund der ihr zustehenden Definitionsmacht fortwährend festzuschreiben. Dies geschieht im wesentlichen über die Definition weiblicher Sexualität als erotisierter Unterwerfung und männlicher Sexualität als erotisierter Dominanz, so wie sie in pornographischen Darstellungen regelmäßig zum Ausdruck kommt<sup>78</sup>. Das hierarchisierte Verständnis von Sexualität prägt das allgemeine Verständnis von Weiblichkeit und Männlichkeit. *Die weibliche Unterordnungs- bzw. die männliche Überordnungsposition im sexuellen Bereich dringt so auf der gesellschaftlichen Ebene durch und bewirkt dort die soziale Hierarchisierung des Geschlechterverhältnisses*<sup>79</sup>. Da Sexualität als

---

nahme der marxistischen Methode, ohne sich der Utopie einer klassenlosen Gesellschaft zu verschreiben, so z.B. *Hartsock* oder *Firestone*.

<sup>76</sup> Zum Begriff des radikalen Feminismus vgl. auch *Humm*, S. 185; *P. Smith*, S. 5. Zuweilen wird der radikal-feministische Ansatz auch *dominance feminism* genannt; vgl. *Sunstein*, S. 827 ff.

<sup>77</sup> Vgl. *Göttner-Abendroth*, S. 216: „Das Patriarchat ist eine bestimmte Form der Geschlechterhierarchie, die alle gesellschaftlichen Bereiche durchzieht. Systematisch werden im Patriarchat materielle Güter, soziale Rollen und Chancen der Selbstverwirklichung nach dem biologischen Geschlecht verteilt.“ Als Grundlagenwerk der Kritik an der patriarchalen Herrschaftskultur gilt *Mary Dalys* Werk 'Gyn/Ökology'.

<sup>78</sup> Dazu ausführlich unten S. 258 f. (Dritter Teil, IV.1.c.bb., Machtrelevanz).

<sup>79</sup> Vgl. *MacKinnon*, *Feminist Theory of the State*, S. 130: „Sexuality, in a feminist light, is not a discrete sphere of interaction or feeling or sensation or behavior in which preexisting social divisions may or may not be played out. It is a pervasive dimension of social life, one that permeates the whole, a dimension along which gender occurs and through which gender is socially constituted ... This approach identifies not just a sexuality that is shaped under conditions of gender inequality but reveals this sexuality itself to be the dynamic of the inequality of the sexes ... It is to argue that sexual difference is a function of sexual dominance. It is to argue a *sexual* theory of the distribution of social power by gender, in which this sexuality that is sexuality is substantially what makes the gender division be what is, which is male dominant, wherever it is, which is nearly everywhere.“ Vgl. insgesamt *Feminist Theory of the State*, S. 126 ff., *Feminism Unmodified*, S. 85 ff. Zum Verständnis der Sexualität als Herrschaftsinstrument als zentrales Element des Feminismus siehe auch *Schenk*, *Feministische*

Hierarchie für den Geschlechtsbezug konstitutiv ist, kann auch das Geschlecht nicht unabhängig von der Geschlechterhierarchie gedacht werden<sup>80</sup>. Es ist eine politisch kontingente Größe, welche über die Klassenzugehörigkeit innerhalb der geschlechterhierarchisch strukturierten Gesellschaft entscheidet<sup>81</sup>.

Weil der radikale Feminismus die soziale Bedeutung des biologischen Geschlechts – also das, was wir mit den Begriffen 'weiblich' und 'männlich' insgesamt verbinden – als *Konstrukt* versteht, welches sich über Jahrtausende etabliert hat<sup>82</sup>, hält er eine Aussage über die weibliche Natur – so wie sie andere feministische Strömungen treffen – erst für möglich, wenn das ungleiche Machtverhältnis zwischen den Geschlechtern nicht mehr existiert<sup>83</sup>. 'Frau' im radikal-feministischen Sinne ist unter den geltenden gesellschaftlichen Bedingungen ein Individuum, welches sich durch die Erfahrung sexueller Unterdrückung auszeichnet, ein Wesen, das für andere, sozial männliche Wesen existiert und von diesen definiert wird<sup>84</sup>. Der radikal-feministische Kampf richtet sich darum zentral gegen die hierarchische Struktur des Geschlechterverhältnisses und deren Folgen für die Lebenswirklichkeit von Frauen.

---

Herausforderung, S. 126.

<sup>80</sup> Vgl. *Baer*, *Belästigung*, S. 209, 233; *MacKinnon*, *Feminist Theory of the State*, S. 129.

<sup>81</sup> *Firestone*, S. 9 ff. Die Parallelen zum Marxismus sind nicht zu verkennen, jedoch spielt für den radikalen Feminismus eben nicht der Kapitalismus, sondern das Patriarchat die zentrale Rolle; vgl. dazu auch *Linnhoff*, S. 10; *Tong*, S. 2.

<sup>82</sup> Vgl. *MacKinnon*, *Feminism Unmodified*, S. 40: „On the first day that matters, dominance was achieved, probably by force. By the second day, divisions along the same lines had to be relatively firm in place. On the third day, [sexual] differences were demarcated, together with social systems to exaggerate them in perception and in fact, *because* the systematically differential delivery of benefits and deprivation required no mistake about who was who. Comparatively speaking, man has been resting ever since.“

<sup>83</sup> Exemplarisch die Auseinandersetzung zwischen *MacKinnon* und der relationalen Feministin *Gilligan* in *Marcus/Spiegelman* (S. 75) sowie *MacKinnon*, *Feminism Unmodified*, S. 45: „I say, give women equal power in social life ... Take your foot off our necks, then we will hear in what tongue women speak.“

<sup>84</sup> *MacKinnon*, *Feminist Theory of the State*, S. 118, 131. Vgl. auch *Harding*, *Wissenschaftstheorie*, S. 56: „Männlichkeit bedeutet vor allem den Ausschluß all dessen und die rechtmäßige Herrschaft über das, was kulturell als weiblich definiert ist.“

#### f) Der sozialistische Feminismus

Im sozialistischen Feminismus fließen die Ansätze des marxistischen, des radikalen und des psychoanalytischen Feminismus zusammen<sup>85</sup>. Sozialistische Feministinnen analysieren das Geschlechterverhältnis sowohl mit Blick auf den kapitalistischen Klassengegensatz als auch unter dem Aspekt der Geschlechterhierarchie sowie in der Erkenntnis, daß die Organisation der Gesellschaft als kapitalistische Geschlechterhierarchie das Bewußtsein ihrer Teilnehmerinnen und Teilnehmer maßgeblich bestimmt, sich im erlernten Geschlechterrollenverhalten perpetuiert und wiederum auf die sozio-ökonomischen Strukturen zurückwirkt<sup>86</sup>. Frauenbefreiung bedeutet hier sowohl die Befreiung vom Klassenwiderspruch als auch die Befreiung vom Sexismus als Strukturelemente der Gesellschaft<sup>87</sup>. Für den sozialistischen Feminismus kann daher nur die Reorganisation der Produktionsverhältnisse, die Umwälzung der Geschlechterhierarchie und die Neuorientierung des erlernten Geschlechtsrollenverhaltens die Gleichstellung zwischen Mann und Frau bewirken.

#### g) Der postmoderne Feminismus

Der postmoderne Feminismus nimmt gegenüber den Versuchen einer allgemeingültigen feministischen Theoriebildung eine kritische Haltung ein<sup>88</sup>. Dabei orientiert sich der postmoderne Feminismus stark am Post-

---

<sup>85</sup> Vgl. *Linnhoff*, S. 10; *Mitchell*, S. 412. Für die verschiedene Gewichtung dieser drei Strömungen innerhalb des sozialistischen Feminismus vgl. die Aufsatzsammlungen bei *Eisenstein*, *Socialist Feminism*, und bei *Sargent*.

<sup>86</sup> Dabei untersuchen gewisse Vertreterinnen dieser Strömung die einzelnen feministischen Ansätze getrennt und setzen sie dann in dialektischen Zusammenhang (sogenannte duale Theorien), so z.B. *Mitchell*, *Hartmann* und *Polan*. Andere wiederum versuchen, die Erkenntnisse der verschiedenen Strömungen zu einem einzigen Ansatz zu verarbeiten, so z.B. *Young* und *Jaggar*, welche im 'kapitalistischen Patriarchat' das primäre Unterdrückungsmoment sehen und welche die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung zum zentralen Punkt ihrer Analyse machen. Für einen Überblick vgl. *Tong/Tuana*, S. 261 ff.

<sup>87</sup> *Jaggar*, *Political Philosophies*, S. 17; *Morrissey*, S. 351; *Haug*, S. 82 ff.

<sup>88</sup> Zur Grundrichtung des postmodern-feministischen Ansatz vgl. *Bartlett*, S. 387 ff. und *P. Smith*, S. 6. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem postmodernen Ansatz siehe *Alcoff*, S. 415 ff.; *Ashe*, S. 1129 ff. sowie (in deutscher Sprache) *Klinger*, *Geschlechterdifferenz* S. 801 ff.

strukuralismus. Einheitliches Element poststrukuralistischer Theorien ist die Ablehnung der humanistischen These, daß jedes Subjekt trotz aller ideologischen und kulturellen Prägungen einen authentischen, eigenen Kern besitzt<sup>89</sup>. Entsprechend *verneinen postmoderne Feministinnen die Idee einer authentisch-einheitlichen weiblichen Natur* – sei sie nun als Gleichheit mit oder als Differenz zum Mann definiert<sup>90</sup>.

Aus dem Fehlen einer neutralen Position zur Bestimmung der Geschlechtsidentität ziehen postmoderne Feministinnen mehrheitlich den Schluß, daß eine Politik, die sich auf ein 'Wir Frauen' beruft, unzulässige Ausschlüsse von (weiblichen) Seins-Möglichkeiten produziere und daher abzulehnen sei<sup>91</sup>. Andere hingegen wehren sich gegen diesen einengenden Relativismus und wollen das positiv Feminine anstreben, auch wenn dieses unter den herrschend patriarchalen Strukturen zunächst unbeschrieben bleiben müsse<sup>92</sup>. Weiter sind postmoderne Feministinnen gegenüber Einheitsperspektiven skeptisch. Eine monokausale Theorie der Geschlechterbeziehung lehnen sie daher ab. In der Rechtswissenschaft wird der postmoderne Feminismus oft mit der 'critical legal studies'-Bewegung<sup>93</sup> assoziiert, welche die kritische Haltung des Postmodernismus gegenüber universellen Wahrheiten und logischen Konstrukten teilt<sup>94</sup> und sich für seine Rechtskritik maßgeblich der post-

---

<sup>89</sup> *Alcoff*, S. 415. Herausragende Figuren des Poststrukuralismus sind *Michel Foucault* (allgemeine Sozialtheorie), *Jaques Derrida* (Semiotik) und *Jaques Lacan* (Psychoanalyse).

<sup>90</sup> Exemplarisch hierfür ist der Titel 'Women can never be defined', eines Aufsatzes von *Kristeva*.

<sup>91</sup> So z.B. *Butler*, insb. S. 209 ff. Beispielhaft für die postmoderne Position ist auch die Argumentation *Kristevas* (*Women can never be defined*, S. 137), die aus der Unmöglichkeit eines Konzepts des Weiblichen den Schluß zieht, dass die feministische Praxis nur in der Ablehnung der existierenden sozialen Wahrnehmung bestehen kann: „A feminist practice can only be negative, at odds with what already exist, so that we may say that's not it and that's still not it.“

<sup>92</sup> Vgl. z.B. *Cornell*, *Doubly-Priced World*, S. 679 ff. Kritisch zu dieser 'Gratwanderung' der postmodernen Feministinnen: *Klinger*, *Geschlechterdifferenz*, S. 804 ff.

<sup>93</sup> Als Einführung dazu vgl. *Fitzpatrick/Hunt* sowie *J. Williams*, *Critical Legal Studies*, S. 429 ff.

<sup>94</sup> Für eine Diskussion der postmodernen Skepsis gegenüber einer universellen Wahrheitsfindung aufgrund abstrakter Theorien, die auf rationalen Denkprozessen oder auf Prämissen über die menschliche Natur basieren, siehe *Fraser/Nicholsen*, S. 85 ff.; *Luban*, S. 1656 ff.

strukturalistischen Methode der Dekonstruktion<sup>95</sup> bedient.

#### h) Der anti-essentialistische Feminismus

Wie der postmoderne Feminismus lehnt der anti-essentialistische Feminismus essentielle und monokausale Theorien ab. Diese Ablehnung beruht aber nicht auf der grundsätzlichen Infragestellung eines möglichen Konzepts von Weiblichkeit, sondern auf der praktischen Erfahrung, daß Gesellschaftsschicht, Rasse und sexuelle Orientierung das Leben von Frauen maßgeblich prägen und deshalb die Annahme einer kollektiven Wirklichkeit von Frauen sowie die Behauptung einer einheitlichen Frauenperspektive problematisch sind<sup>96</sup>. Der anti-essentialistische Feminismus hat sich maßgeblich in einer aus der Praxis der Frauenbewegung gewachsenen Abgrenzung zu den gängigen feministischen Ansätzen gebildet, denen vorgeworfen wird, sie würden von weißen heterosexuellen<sup>97</sup> Frauen der oberen Mittelschicht vertreten und entwickelt, die ihre spezifische Lebenswirklichkeit in die Theorie inkorporieren würden und so das Ziel eines für alle Frauen gleichermaßen gültigen Feminismus verfehlten<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Der Begriff 'Dekonstruktion' wurde ursprünglich von *Derrida* geprägt, der in den Dichotomien, nach denen wir unser Denken strukturieren (z.B. Subjekt/Objekt, Kultur/Natur, Rationalität/Emotionalität), die systematische Überordnung eines Begriffs gegenüber dem anderen sehen will (z.B. die Höherbewertung von Rationalität gegenüber Emotionalität). Differenz ist damit immer auch gleichbedeutend mit Über- bzw. Unterordnung. Heute bedeutet der Begriff generell die kritische Untersuchung eines Konzepts, welches als Reflexion der Realität, als logisch oder natürlich erscheint, und seine Offenlegung als kulturelles oder ideologisches Konstrukt. *Alcoff*, S. 415 Fn. 24.

<sup>96</sup> Vgl. dazu unter anderem die Werke von *Cain*, *Harris*, *Minow* und *Spellman*. Während also der postmoderne Ansatz Zweifel an der Einlösung eines weiblichen Identitätsanspruches äußert, fordert der anti-essentialistische Feminismus die Anerkennung anderer weiblicher Identitäten, die im feministischen Diskurs marginalisiert bleiben. Siehe *Klinger*, *Geschlechterdifferenz*, S. 804.

<sup>97</sup> Zum Vorwurf der Ausgrenzung lesbischer Frauen vom feministischen Diskurs vgl. *Rich*, S. 631 ff. sowie *Frye*, S. 194 ff.

<sup>98</sup> Dazu insbesondere *Cain*, S. 257.

### i) Der existentialistische Feminismus

Zentrales Werk des existentialistischen Feminismus ist SIMONE DE BEAUVOIRS Werk 'Le deuxième sexe'<sup>99</sup>. Den philosophischen Ausgangspunkt findet DE BEAUVOIR in der existentialistischen Bewußtseinsanalyse JEAN-PAUL SARTRES, die sie auf die kollektive Ebene der Gesellschaft transponiert: Das Bedürfnis des Menschen, sich selbst als 'das Wesentliche' und das andere als 'das Unwesentliche' zu setzen, finde auch im Geschlechterverhältnis Anwendung. *Aufgrund der geschlechtsspezifischen Machtverhältnisse werde die Frau aus dem männlichen Blickwinkel definiert: sie sei 'das Unwesentliche Andere', der Mann 'das Wesentliche Selbst'*<sup>100</sup>. Die Festschreibung der Frau auf 'das Unwesentliche Andere' führt DE BEAUVOIR auf die reproduktive Kapazität von Frauen und auf ihren Ausschluß an den entscheidenden ökonomischen und kulturellen Prozessen zurück<sup>101</sup>. Den Haupthebel der kollektiven Befreiung von Frauen sieht sie in der Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Frau im Sinne ihrer Einbindung in den ökonomischen Produktionsprozeß. Die damit verbundene Loslösung vom Objektstatus hätte Folgen für den männlichen Lebenszusammenhang, da die Möglichkeit einer männlichen Selbstdefinition als Abgrenzung zu dem 'Unwesentlichen Anderen' entfielen und ein neuer Identifikationsprozeß gefunden werden müßte. Insgesamt würde also der Eintritt der Frauen in die männliche Wirtschaftswelt eine Reihe von kulturellen und sozialen Folgen mit sich

---

<sup>99</sup> *Simone de Beauvoir, Le deuxième sexe, Tome I et II, Ed. Gallimard, 1949, renouvelé en 1976.*

<sup>100</sup> „Elle [la femme] se détermine et se différencie par rapport à l'homme et non celui-ci par rapport à elle; elle est l'inessentiel en face de l'essentiel. Il est le sujet, il est l'Absolue: elle est l'Autre.“ *De Beauvoir, S. 15.* Bereits *Oekinghaus* sah in ihrem 1925 erschienenen Werk 'Die gesellschaftliche und rechtliche Stellung der deutschen Frau' die Verabsolutierung des Mannes und des Männlichen als das Objektive und sachlich Maßgebliche als zentrales Element des gesellschaftlichen Normsystems. Den Frauen würde damit eine „Doppelheit der Maßstäbe auferlegt, den männlichen als übergeschlechtlich objektiv Auftretenden und den zu diesen gerade korrelativen, oft ihm genau entgegengesetzten weiblichen.“ *Dies., S. 26.*

<sup>101</sup> Siehe *de Beauvoir, S. 17 ff.* Trotz ihres Hinweises auf die reproduktive Kapazität von Frauen lehnt aber *de Beauvoir* eine biologistische Erklärung des Geschlechterverhältnisses ab: „Das Ewig Weibliche ist eine Lüge, denn die Natur spielt bei der Entwicklung eines Menschen eine sehr geringe Rolle, wir sind soziale Wesen.“ *De Beauvoir in Schwarzer, S. 78 (Interview).*

bringen<sup>102</sup>.

## j) Der Anarcha-Feminismus

Für den Anarcha-Feminismus ist die echte Gleichstellung der Geschlechter in einem demokratischen, kapitalistischen und bürokratisch organisierten Staat nicht möglich<sup>103</sup>. Ein solcher Staat funktioniere auf der Grundlage von Hierarchien<sup>104</sup>. Weil aber gerade die Frauen sich regelmäßig auf den unteren Stufen dieser Hierarchien wiederfinden, sei für sie ein solches System besonders oppressiv. Der Anarcha-Feminismus beschränkt sich daher nicht auf die Kritik der Geschlechterhierarchie (radikaler Feminismus), noch will er Frauen einen besseren Platz innerhalb der bestehenden Hierarchien beschaffen (liberaler Feminismus). Auch eine revolutionäre Bewegung wie der marxistische oder der sozialistische Feminismus hat gemäß dem anarcha-feministischen Ansatz nicht das Potential, eine egalitäre Gesellschaft zu schaffen, weil diese revolutionären Bewegungen immer zentralistisch und damit notwendigerweise hierarchisch organisiert sind<sup>105</sup>. Angestrebt wird eine Gesellschaftsform, die auf der Grundlage menschlicher (Staats-)freiheit und Solidarität funktioniert<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> *De Beauvoir*, S. 597 ff. Siehe dazu die ausführliche Analyse *de Beauvoirs* bei *Wolf-Graaf*, S. 14 ff. In der praktischen Zielsetzung trifft sich der existentialistische Feminismus mit dem liberalen. Teilweise wird *de Beauvoir* sogar als liberale Feministin bezeichnet, so z.B. bei *U. Meyer*, S. 56.

<sup>103</sup> *Pyne Addelson/Ackelsberg/Pyne*, S. 330. Für eine Kurzbeschreibung des anarcha-feministischen Anliegens siehe *Tong/Tuana*, S. 328 ff.

<sup>104</sup> Zum Problem der Hierarchisierung durch bürokratische Strukturen ausführlich *K. Ferguson*, S. 374 ff.

<sup>105</sup> Zur Kritik am liberalen und am marxistischen bzw. sozialistischen Modell siehe *Pyne Addelson/Ackelsberg/Pyne*, S. 331 ff., 343.

<sup>106</sup> So z.B. die Vision der Anarcha-Feministin *Emma Goldman*: „It is the harmony of organic growth which produces variety of color and form – the complete whole we admire in the flower. Analogously will the organized activity of free human beings endowed with the spirit of solidarity result in the perfection of social harmony – which is Anarchism.“ *Dies.*, zitiert in *Donovan*, S. 53. Zu *Goldmans* und anderen Schriften in der anarcha-feministischen Tradition des frühen 20. Jahrhunderts vgl. *Donovan*, S. 50 ff.

### k) Der Öko-Feminismus

Der Begriff 'Öko-Feminismus'<sup>107</sup> bezeichnet eine Richtung des Feminismus, welcher von einer *besonderen Naturverbundenheit von Frauen* ausgeht und die gesamtgesellschaftliche Aussöhnung mit der Natur anstrebt<sup>108</sup>. Gemäß öko-feministischer These haben Frauen aufgrund ihrer maßgeblichen Zuständigkeit für die Reproduktionsarbeit – das Gebären und das Erhalten neuen menschlichen Lebens – ein anderes Verhältnis zur Umwelt als Männer<sup>109</sup>. Eine besondere Verbundenheit von Frau und Natur besteht darüber hinaus auch deshalb, weil die Unterdrückung der Frau und die Zerstörung der Natur beide als Produkt der patriarchalen Herrschaft und deren antropozentrischen Weltbildes verstanden werden<sup>110</sup>. Um die fortschreitende Zerstörung der menschlichen Lebensgrundlage durch den männlichen Produktionswahn aufzuhalten, müssen Frauen sich gesellschaftliche Macht erkämpfen, da nur so der Gegensatz zwischen Natur (als Synonym für weiblich) und Kultur (als Ausdruck männlichen Schaffens) überwunden werden kann<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> Der Begriff wurde von *Françoise d'Eaubonne* geprägt, vgl. *Verchick*, S. 56 Fn. 168. *D'Eaubonne* selbst (S. 216) spricht vom Öko-Feminismus als dem neuen Humanismus.

<sup>108</sup> Statt vieler *Gerhard*, *Feminismus*, S. 306. Literarisch verarbeitet findet sich diese weibliche Naturverbundenheit in *Walkers* Roman 'The Color Purple': „My first step from the old white man was trees. Then air. Then birds. Then other people. But one day when I was sitting quiet ... it came to me: that feeling of being part of everything, not separate at all. I knew that if I cut a tree, my arm would bleed.“ *Walker*, S. 178 f.

<sup>109</sup> *D'Eaubonne*, S. 220 f. Dazu auch *Wolf-Graaf*, S. 186.

<sup>110</sup> Siehe *D'Eaubonne*, S. 220; *King*, S. 353. Weitere Nachweise bei *Verchick*, S. 57 ff.

<sup>111</sup> Vgl. die Kritik an der Verfestigung Mensch/Natur Dualismus beim liberalen, radikalen, marxistischen und sozialistischen Feminismus bei *King*, S. 356 ff. Um der destruktiven Macht männlicher Produktion die konstruktiv-weibliche Reproduktion entgegenzusetzen, wird in der öko-feministischen Praxis vor allem gesellschaftliche Macht für Frauen angestrebt. Forderungen sind u.a. die Entlohnung weiblicher Reproduktionsarbeit. Vgl. z.B. das Diskussionspapier der Frauen aus München und Frankfurt am Frauenkongreß Mannheim (1975), zitiert bei *Wolf-Graaf*, S. 186.

#### 4. Die Gemeinsamkeiten der feministischen Strömungen - Annäherung an einen einheitlichen Feminismusbegriff

Der obige Überblick zur Vielfalt feministischer Ansätze hat ergeben, daß innerhalb der feministischen Bewegung beachtliche Unterschiede bestehen. Es herrscht Uneinigkeit hinsichtlich der Ursache für das Ungleichgewicht zwischen den Geschlechtern und es bestehen Divergenzen bezüglich einer Inhaltsbestimmung der angestrebten Geschlechtergerechtigkeit. Vor allem aber herrschen schwer versöhnbare Differenzen darüber, was Frau-Sein bedeutet oder eben nicht bedeutet und was die weibliche Natur eigentlich ausmacht. Einigkeit herrscht demgegenüber hinsichtlich der Problemstellung und hinsichtlich der Methode, die für die Analyse der sozialen Wirklichkeit verwendet wird. Dies ermöglicht es, trotz aller Unterschiede einen *umfassenden Feminismusbegriff* zu verwenden:

Feminismus bezeichnet die praktische und theoretische Auseinandersetzung mit dem Phänomen männlicher Vorherrschaft und weiblicher Nachrangigkeit im Geschlechterverhältnis<sup>112</sup>. Er wird von vielfältigen, in unterschiedlichen Disziplinen und Ideologien verwurzelten Ansätzen belebt, denen gemeinsam ist, daß sie in ihrer Analyse der sozialen Wirklichkeit sowie in den daraus resultierenden Gestaltungsforderungen eine spezifische Frauenperspektive einnehmen.

## II. Vom Feminismus zur feministischen Jurisprudenz

Nachdem die verschiedenen feministischen Ansätze skizziert worden sind, ist nunmehr in einem zweiten Schritt zu klären, was - wenn über-

---

<sup>112</sup> Feminismus im Sinne dieser Definition ist nur der 'politische Feminismus', also derjenige, der sich mit gesellschaftlichen Fragen befaßt. Daneben können individualistische Feminismusbegriffe definiert werden - etwa der eines 'Feminismus als Lebensphilosophie' oder eines 'Feminismus als Mythologie'.

haupt - die verschiedenen Ansätze zum *Recht* zu sagen haben. Dabei ist festzuhalten, daß zunächst einmal jede feministische Strömung etwas mit Recht zu tun hat. Die Geschlechterproblematik, die am Anfang der feministischen Überlegung steht, existiert nicht im luftleeren Raum, sondern sie äußert sich in den praktischen Problemen, mit denen Frauen in der Gesellschaft konfrontiert sind. Bei der Verursachung oder Festigung, aber auch bei der Lösung dieser praktischen Probleme spielen Rechtsnormen eine wesentliche Rolle; insoweit impliziert jeder Ansatz des Feminismus auch eine Kritik des Rechts als eines gesellschaftsprägenden Normensystems.

Jedoch stehen nicht bei allen Ansätzen Fragen des Rechts im Vordergrund<sup>113</sup>. Beispielsweise richten der psychoanalytische, der existentielle, der anti-essentielle sowie der Öko- oder der Anarcha-Feminismus ihren Blick nicht primär auf das Recht, obwohl sich aus ihrem konsequenten Weiterdenken durchaus rechtskritische Impulse ergeben könnten<sup>114</sup>. Der marxistische und der sozialistische Feminismus formulieren zwar eine Rechtskritik, doch bleibt diese ihrem Selbstverständnis als vorrangig praktisch-politische Bewegung untergeordnet. Auch kommt diesen Ansätzen – anders als noch in den siebziger Jahren – im feministisch orientierten Rechtsdiskurs der neunziger Jahre nur eine marginale Rolle zu<sup>115</sup>.

Im folgenden werden diejenigen feministischen Ansätze, die sich nicht vorrangig mit dem Recht und seiner Wissenschaft beschäftigen, nicht gesondert berücksichtigt. Ihre impliziten rechtskritischen Gehalte dürften in den ausdrücklich rechtskritischen Ansätzen ohnehin enthalten sein. Vorerst gilt es aber, für die Identifikation der primär rechtsrelevanten Ansätze eine Begriffsbestimmung der feministischen Jurisprudenz vorzunehmen, sie in ihre Teilbereiche aufzugliedern (1) und diese Teilbereiche sodann genauer zu umschreiben (2 bis 4).

---

<sup>113</sup> Zu einer strategisch-skeptischen Haltung gegenüber dem Recht als Instrument zur Reform vgl. *Rifkin, Law and Patriarchy*, S. 83 ff.; *Smart*, S. 25; *Slupnik, Frauenfrage*, S. 354 ff. m.w.N.

<sup>114</sup> So würde aus dem psychoanalytischen Modell der Gleichverteilung der Elternschaft beispielsweise der Rechtsanspruch beider Ehegatten zur Freistellung für die Kindererziehung, aus dem Öko-Feminismus die Anerkennung der Natur als Rechtssubjekt folgen.

<sup>115</sup> Insofern erleiden sie das gleiche Schicksal wie der Marxismus und – wenn auch in geringerem Maße – der Sozialismus, welche als politische Bewegungen spätestens seit dem Anfang der achtziger Jahre stetig an Bedeutung verlieren.

## 1. Rechtskritik, Rechtsdogmatik und Rechtstheorie als Teilbereiche der feministischen Jurisprudenz

Bei der Beziehung zwischen Feminismus und Recht sollte zwischen Rechtskritik, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik unterschieden werden. Eine feministische *Rechtskritik* richtet ihren Blick auf einzelne Auswirkungen konkreten positiven Rechts. Sie mißt diese an feministischen Zielen und konstatiert Defizite. Daraus ergeben sich in der Regel ergebnisorientierte Forderungen nach Rechtsänderungen, die ebenfalls (noch) als Teil einer Rechtskritik im weiteren Sinne anzusehen sind<sup>116</sup>. Eine feministische *Rechtsdogmatik* nimmt für sich in Anspruch, allgemeine Lehrsätze über das konkrete positive Recht und seine Anwendung aufzustellen<sup>117</sup>. Sie wartet gegenüber der klassischen Dogmatik mit neuen Inhalten auf, argumentiert aber wie jede Rechtsdogmatik systemimmanent, also auf der Grundlage des bestehenden Normenmaterials. Feministische Rechtsdogmatik kann das vorhandene Recht neu gliedern und es neu auslegen<sup>118</sup>. Eine feministische *Rechtstheorie* schließlich bleibt unabhängig vom konkreten positiven Recht, hat also nicht konkrete Rechtssätze, sondern das Recht an sich zum Gegenstand<sup>119</sup>. Sie stellt allgemeinste Sätze auf, etwa darüber, wie Rechtserkenntnis möglich (Erkenntnistheorie) und Gerechtigkeit des Rechts zu verwirklichen ist (Gerechtigkeitstheorie). Alle drei Teilbereiche, d.h. Rechtskritik, Rechtsdogmatik und Rechtstheorie bilden zusammen das, was im folgenden feministische Jurisprudenz oder feministische Rechtswissenschaft genannt wird<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Zur Formulierung eines geschlechtergerechten Rechts als Zielsetzung des feministischen Ansatzes im Recht siehe *Wishik*, S. 66 f.

<sup>117</sup> Zum Begriff der Rechtsdogmatik siehe *Dürr* (S. 266, m.w.N.), der die Rechtsdogmatik als das juristisch gedankliche Umgehen mit der gültigen konkreten Rechtsordnung beschreibt. Zu den Zielen der Rechtsdogmatik *Mayer-Maly*, S. 55. Zu deren Funktion *Schlapp* (S. 53 f.), der zwischen einer Generalisierungsfunktion, einer Kontrollfunktion und einer Systematisierungsfunktion der Rechtsdogmatik unterscheidet.

<sup>118</sup> Zur Auslegung als einem wichtigem Teil der Rechtsdogmatik siehe *Dürr*, S. 266.

<sup>119</sup> Zur Frage nach dem Grundsätzlichen in der Rechtstheorie vgl. *Adomeit*, S. 15; *Dürr*, S. 266; *Mayer-Maly*, S. 157; *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 2; *Tilch*, S. 64.

<sup>120</sup> Siehe *Baer*, Feministische Rechtswissenschaft, S. 160 ff., insb. S. 164. Einen umfassenden Jurisprudenzbegriff verwendet auch *Höhn* (S. 412), der sie als Inbegriff *aller* Beschäftigungen mit dem Recht umschreibt. Anders hingegen *Dürr*

## 2. Grundlinien einer feministischer Rechtskritik

Rechtskritik fragt, laut obiger Begriffsbestimmung, nach den Auswirkungen konkreten positiven Rechts und konstatiert dessen Defizite. Zu den feministischen Ansätzen, die sich mit Recht als Instrument zur und als Gegenstand der Reform auseinandersetzen, gehören der liberale, der relationale, der radikale und der postmoderne Feminismus sowie der Ansatz der feminist critical legal scholars (b). Vorher gilt es, die gemeinsamen Elemente aufzuzeigen, die sich in mehreren Ansätzen finden (a).

### a) Gemeinsame Elemente der feministischen Rechtskritik

#### aa) Rechtsanalyse im Lichte weiblicher Erfahrungen und Interessen

Auch wenn die verschiedenen feministischen Strömungen von einem unterschiedlichen Frauenbild ausgehen, praktiziert jede feministische Rechtskritik eine Rechtsanalyse aus einer frauenspezifischen Perspektive<sup>121</sup>. Daraus folgt eine einheitliche Fragestellung der feministischen Rechtskritik an das Recht: die Frage, ob das geltende Recht die weiblichen Lebenszusammenhänge in gleichem Maße berücksichtigt wie die männlichen, und ob die Ausgestaltung einzelner Rechtsgebiete und einzelner Rechtsnormen sich für Frauen regelmäßig nachteiliger auswirken als für Männer<sup>122</sup>. *Mit der Analyse des geltenden Rechts „im Lichte der weiblichen Interessen und Erfahrungen“<sup>123</sup> verfügt die feministische Rechtskritik*

---

(S. 265, m.w.N.), der die Rechtswissenschaft als vordergründig praktische Wissenschaft bezeichnet, die sich vor allem durch die ihr eigene Methode auszeichnet. Zur Rechtsdogmatik als Teildisziplin der Rechtswissenschaft siehe *Harenburg*, S. 6. Zur Rechtstheorie als Teildisziplin der Rechtswissenschaft siehe *Mayer-Maly*, S. 132.

<sup>121</sup> *Baer*, Juristische Ausbildung, S. 17 ff.; *Bartlett*, S. 371 ff.; *Dahl*, Aufbau eines Frauenrechts, S. 115 f.; *MacKinnon*, Feministische Jurisprudenz, S. 7; *Wishik*, S. 68. Insofern entspricht die feministische Rechtskritik der allgemeinen feministischen Kritik an der männlichen Vorherrschaft; *Olsen*, Geschlecht des Rechts, S. 305.

<sup>122</sup> *Lacey*, Feminist Jurisprudence, S. 781; *Limbach*, S. 173; *Scales*, Feminist Jurisprudence II, S. 1376 ff.; *Wishik*, S. 72.

<sup>123</sup> *Dahl*, Frauenrecht, S. 23. Zum kritisch-soziologisch fundierten Aspekt in der feministischen Jurisprudenz siehe auch *Baer*, Feministische Rechtswissenschaft, S. 161 ff.

also über eine ihr eigene Methode in der Auseinandersetzung mit dem Recht<sup>124</sup>.

Die 'Frauenfrage', mit deren Hilfe die feministische Rechtskritik an das Recht herangeht, unterzieht den Objektivitäts- und Neutralitätsanspruch der Rechtsordnung einer kritischen Würdigung<sup>125</sup>. Wenn beispielsweise das Recht vom Leitbild der Vollzeiterwerbsarbeit ausgeht, ohne die weibliche Reproduktionskapazität und deren soziale Folgen (Kindererziehung) zu berücksichtigen<sup>126</sup>, wenn es die Lohnvereinbarung im privaten Arbeitsverhältnis dem Prinzip der Vertragsfreiheit unterstellt und dabei die systematische Lohndiskriminierung von Frauen unberücksichtigt lässt<sup>127</sup>, wenn es den Arbeitsbegriff der außerhäuslichen Sphäre zuordnet und somit die Haus- und Beziehungsarbeit von Frauen ignoriert<sup>128</sup>, wenn es mit dem Konzept der Privatsphäre Schonräume schafft, in denen Gewalt gegen Frauen nur im Ausnahmefall mit staatlichen Sanktionen belegt wird<sup>129</sup>, wenn für die Strafbarkeit der Ver-

---

<sup>124</sup> Vgl. *Bartlett*, S. 371: „A question becomes a method when it is regularly asked. Feminists across many disciplines regularly ask a question – a set of questions, really – known as 'the woman question', which is designed to identify the gender implications of rules and practices which might otherwise appear to be neutral and objective.“

<sup>125</sup> *Limbach*, S. 173. Allgemein gesprochen ist Recht dann nicht objektiv, wenn es sich bei der rechtlichen Strukturierung der gesellschaftlichen Wirklichkeit vom Standpunkt einer Interessengruppe leiten lässt. Es ist dann nicht neutral, wenn es Partikularinteressen wahrnimmt anstatt die Interessengegensätze auszugleichen, also einen eigenen Standpunkt einnimmt. Siehe dazu *Baer*, *Feministische Rechtswissenschaft*, S. 156 ff. Zur Neutralitätskritik als einem verbindenden Element verschiedener feministischer Ansätze vgl. *Baer*, *Juristische Ausbildung*, S. 21 f.; *P. Smith*, S. 13. Die frauenspezifische Objektivitäts- und Neutralitätskritik des Rechts wurde bereits im Jahre 1876 von *Hedwig Dohm* (S. 100) formuliert: „Die Gesetze, die Männer gemacht haben, sind der reine und unverfälschte Ausdruck ihrer Gesinnung auf die Frau, alles andere ist Lug und Trug, Phrase und Affektation.“

<sup>126</sup> Vgl. hierzu *Réaume*, S. 280.

<sup>127</sup> Vgl. nun Art. 4 II Satz 3 BV, der die geschlechtsbezogene Lohndiskriminierung verbietet.

<sup>128</sup> Zur Kritik am Arbeitsbegriff als bezahlter Arbeit und zur Arbeitszeit als Zeit im Rahmen der Erwerbsarbeit vgl. *Degen*, S. 44. Ausführlich zur Problematik der Hausfrauenarbeit siehe unten S. 230 ff. (Dritter Teil, III., relational-feministische Kritik des Eherechts).

<sup>129</sup> *Baer*, *Feministische Rechtskultur*, S. 319; *Benard/Schlaffer*, *gewöhnliche Gewalt*, S. 23; *Lucke*, S. 208. Hier sei an die zähe Diskussion um die Problematik der Gewalt gegen Frauen in der Ehe erinnert. Ausführlich zur Problematik der privaten Sphäre *Schneider*, S. 973 ff.

gewaltigung im Regelfall erheblicher körperlicher Widerstand verlangt wird, obwohl dies nicht der normalen Sozialisation von Frauen entspricht<sup>130</sup>, so muß sich das Recht aus feministischer Sicht die Frage gefallen lassen, wie es sich mit seinem Objektivitätsanspruch in tatsächlicher Hinsicht verhält. Eine Rechtsordnung, welche regelmäßig Sichtweisen wahrnimmt, die typischerweise dem männlichen Lebenszusammenhang entsprechen, bezieht Stellung und ist damit auch nicht mehr neutral<sup>131</sup>. *Die feministische Fragestellung setzt somit der behaupteten Objektivität und Neutralität des Rechts ihre eigene, aus dem weiblichen Lebenszusammenhang entnommene Perspektive entgegen und zielt damit auf die Offenlegung männlicher Hegemonie im Recht.*

*bb) Wer ist Frau? – zur Geschlechtsidentität der Betroffenen*

Die feministische Kritik geht davon aus, daß Frauen im Recht und durch Recht benachteiligt werden. Der Begriff 'Frau' bezeichnet dabei nicht eine biologische, sondern eine soziale Kategorie<sup>132</sup>. In der englischen Sprache drückt sich dieser Unterschied in den Begriffen 'sex' und 'gender' aus. Im Deutschen wird zwischen dem biologischen und dem sozialen Geschlecht unterschieden. Das soziale Geschlecht beinhaltet all das, was nach dem gesellschaftlichen (Vor-)verständnis mit Weiblichkeit oder mit Männlichkeit in Verbindung gebracht wird<sup>133</sup>.

Das biologische und das soziale Geschlecht fallen oft zusammen: viele Frauen verhalten sich beziehungsorientiert-emotional und erfüllen so die gesellschaftliche Vorstellung von Weiblichkeit, genauso wie die meisten Männer sich rational-selbstbewußt männlich verhalten. Die Verknüpfung von biologischem und sozialem Geschlecht ist andererseits nicht unauflösbar. So können auch Frauen männlich konnotierte Charakterzüge aufweisen, wie umgekehrt Männer sich sozialtypisch

<sup>130</sup> Vgl. hierzu *Limbach*, S. 176.

<sup>131</sup> *Baer*, Feministische Rechtswissenschaft, S. 159.

<sup>132</sup> Siehe *Bender*, Feminist Theory and Tort, S. 15 m.w.N.; *Baer*, Belästigung, S. 20.

<sup>133</sup> Vgl. *Case*, S. 10: „As most feminist theories use the terminology, sex refers to the anatomical and physiological distinction between men and women; gender, by contrast, is used to refer to the cultural overlay on those anatomical and physiological distinctions.“ *MacKinnon* (Sexual Harassment, S. 174) spricht von *gender* als der „sozialen Bedeutung sexueller Biologie“. Allerdings stellt für sie das Geschlecht nicht nur eine soziale, sondern eine hierarchische Kategorie dar, in deren Rahmen 'Frau' als das benachteiligte Geschlecht konstruiert ist. *Dies.*, Gleichheit der Geschlechter, S. 37; *dies.*, Feminist Theory of the State, S. 218.

weiblich verhalten können. Solche Grenzüberschreitungen sind möglich und führen dazu, daß geschlechtsbezogene Diskriminierungen nicht immer und nicht nur Frauen (im biologischen Sinne) treffen. Am Beispiel der sexuellen Belästigung: Der verschwindend kleine Teil von Männern, der sich in der Opferrolle wiederfindet, wird zum größten Teil von anderen Männern belästigt. Dies, weil sie homosexuell sind, als homosexuell gelten oder sonst nicht dem Bild der typisierten Männlichkeit entsprechen<sup>134</sup>. Mit anderen Worten: Wenn Männer sich nicht wie Männer verhalten, werden sie wie Frauen behandelt, mit allen Konsequenzen, die mit der sozialen Bedeutung des Frauseins verbunden sind.

'Frauen' im Sinne der feministischen Rechtskritik sind also all jene, die eine weibliche soziale Geschlechtsidentität aufweisen. Das sind in aller Regel biologisch weibliche Individuen. Es sind aber nicht *alle* biologisch weiblichen Individuen. Es können auch biologisch männliche Individuen sein, nämlich dann, wenn diese sozial gesehen weibliche Werte internalisiert haben oder wenn ihnen solche zugeschrieben werden.

#### **b) Besondere Elemente der Rechtskritik einzelner feministischer Ansätze**

Jede feministische Rechtskritik analysiert das Recht aus der weiblichen Lebenswirklichkeit heraus und kommt damit zu einer Kritik seines Objektivitäts- und Neutralitätsanspruchs. Daneben aber gibt es wesentliche Unterschiede innerhalb der Rechtskritiken, welche sich aus den verschiedenen feministischen Strömungen entwickelt haben.

---

<sup>134</sup> Baer, Belästigung, S. 29 f. Dazu ausführlich unten S. 166 ff. (Zweiter Teil, III.1.a., Erfahrung der sexuellen Belästigung).

aa) *Die Rechtskritik des liberalen Feminismus*<sup>135</sup> – *Verhinderung der Chancengleichheit durch Recht*

Ausgangspunkt des liberalen Feminismus ist die Würde des Menschen als eines autonomen und rationalen Subjektes und die daraus folgende allgemeine Menschengleichheit<sup>136</sup>. Diesem Gleichheitsgedanken widerspricht es, wenn die Position, die das einzelne Mitglied innerhalb der Gesellschaft einnimmt, sich nicht nach seinen individuellen Fähigkeiten richtet, sondern aufgrund äußerer Merkmale wie dem Geschlecht, der Rasse oder der Religion bestimmt wird. *Die liberal-feministische Rechtskritik setzt daher dort an, wo Recht am marginalen Status von Frauen mitwirkt, indem es ihre Ausgrenzung vom traditionellerweise männlichen Bereich des außerhäuslichen Lebens fördert, oder diese Ausgrenzung zumindest nicht unterbindet.* Eine geschlechtergerechte Rechtsordnung, welche es *de lege ferenda* zu verwirklichen gilt, muß den Frauen die volle Partizipation an den Rechten und Chancen der Männer ermöglichen.

(1) Die Rechtskritik des klassischen liberalen Feminismus

Der klassische<sup>137</sup> liberal-feministische Ansatz im Recht wehrt sich gegen eine vorgedachte weibliche Unterlegenheit, die den Frauen das Erreichen des männlichen Standards und daher auch die Teilhabe an männlichen Privilegien von vornherein verweigert<sup>138</sup>. Er konzentriert sich auf Rechtsnormen und Praktiken, welche an eine behauptete natürliche Differenz von Frauen anknüpfen und diese als Grundlage für ihre Ausgrenzung aus der außerhäuslichen Sphäre und somit aus den entscheidungstragenden Instanzen der Gesellschaft verwenden<sup>139</sup>. Aus dieser

---

<sup>135</sup> Der Begriff 'liberal' bezeichnet hier nicht eine freiheitlich-libertäre Richtung, sondern er wird in Anlehnung an die US-amerikanische Terminologie gebraucht, die darin auch sozialstaatliche Tendenzen miteinbezieht. Die Annäherung an die US-amerikanische Terminologie läßt sich auch im deutschen Sprachraum beobachten, vgl. nur die Begriffsbestimmung im Schweizer Lexikon, Band 2, Mengis u.a. 1992.

<sup>136</sup> Vgl. die zahlreichen Beispiele zum liberal-feministischen Ausgangspunkt in Schröders 'Gesammelte Texte zur Frauenemanzipation'.

<sup>137</sup> Die Unterscheidung zwischen dem klassischen und dem modernen liberalen Feminismus findet sich auch bei Jaggar, *Political Philosophies*, S. 7 ff. Teilweise wird der klassische liberale Feminismus auch als symmetrischer Feminismus bezeichnet, so z.B. bei Minda, S. 134.

<sup>138</sup> Minda, S. 134.

<sup>139</sup> Für die Anknüpfung an die 'natürliche Differenz' als Grundlage zur Verweige-

Sicht wird durch eine Rechtsordnung, die nach Geschlechtern differenziert, notwendigerweise die alte Geschlechterhierarchie perpetuiert, weshalb die konsequente Streichung des Merkmals 'Geschlecht' aus derselben gefordert wird<sup>140</sup>.

## (2) Die Rechtskritik des modernen liberalen Feminismus

Das vom klassischen liberalen Feminismus geforderte formelle Differenzierungsverbot ist weitgehend verwirklicht<sup>141</sup>, hat aber eine tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter nicht bewirken können<sup>142</sup>. Moderne liberale feministische Kritik beschränkt sich nicht mehr auf eine negative Bestandsaufnahme diskriminierender Rechtsnormen, sondern fordert positiv solche Rechtsnormen, welche die *tatsächliche Gleichstellung* von Frauen gewährleisten<sup>143</sup>.

---

zung der Zulassung von Frauen zum Anwaltsberuf, vgl. nur BGE 13, S. 1 (Kempin) und *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. (16 Wall.) 130, S. 141 f. Jüngere Beispiele betreffen das allgemeine Wahlrecht oder die Zulassung von Frauen zu den bewaffneten Truppen der Armee.

<sup>140</sup> Die Forderung einer konsequent geschlechtsneutral gehaltene Rechtsordnung wird nur noch selten vertreten. Vgl. aber immerhin *W. Williams* (Equality Crises, S. 15 ff.), die die Ansicht vertritt, daß Frauen sich entscheiden müssen, ob sie gleich oder anders behandelt werden wollen als die Männer: „If we can't have it both ways, we need to think carefully which way we want it.“ *Dies.*, S. 26. Daher soll das Differenzierungsverbot auch für Merkmale gelten, die nur bei einem Geschlecht vorkommen, zum Beispiel der Schwangerschaft, da sich diese nicht wesentlich von anderen Zuständen, welche zu einem temporären Verlust der Arbeitsfähigkeit führen, unterscheiden; ebd., S. 22 ff.

<sup>141</sup> Vgl. z.B. Art. 4 II BV sowie das Gleichstellungsgesetz.

<sup>142</sup> Vgl. *Gerhard*, Gleichheit, S. 103: „Erst seit Frauen prinzipiell, der Form nach, gleichberechtigt sind, konnte die zunehmende Ernüchterung und die Erkenntnis darüber einsetzen, daß formal gleiches Recht noch keine soziale Gerechtigkeit herstellt.“ Die meisten juristischen Untersuchungen, die sich mit Gleichberechtigungsfragen auseinandersetzen, stellen ein Gleichheitsdefizit fest. Vgl. z.B. *Benda*, S. 9 ff.; *Dix*, S. 14 ff.; *Maidowski*, S. 20 ff.; *Pfarr*, Quoten, S. 122 ff. Weitere Nachweise finden sich bei *Sacksofsky*, S. 157 Fn. 245. Vgl. weiter die Ausführungen zur Stellung der Frau im Erwerbsleben in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz, BBl 1993 I 1251 ff., sowie die Hinweise auf die generelle wirtschaftliche Benachteiligung von Frauen bei *Degen* (S. 43) und *Cavarero* (S. 95).

<sup>143</sup> Siehe *Jaggard*, Political Philosophies, S. 7 ff. Es geht, um mit *Dworkin* (S. 273) zu sprechen, um die Unterscheidung zwischen dem *right to equal treatment* und dem *right to treatment as an equal*, also dem Recht, (nur) gleich oder als *gleichwertige* Person behandelt zu werden. Indem das Recht beispielsweise formelle Gleichbehandlung betreibt und die soziale Wirklichkeit von Frauen im Beruf

Dieser Perspektivenwechsel bedingt eine Absage an das strikte Differenzierungsverbot des klassischen Ansatzes. Es gilt nunmehr zu unterscheiden zwischen solchen Normen, auf die die Grundsätze des Differenzierungsverbotes passen, und anderen, in denen Frauen besonderer Regelungen bedürfen und deren rechtliche Überprüfung ein Differenzierungsverbot nicht leisten kann<sup>144</sup>. Die Frage, welche sich moderne liberale Feministinnen also stellen werden, ist, inwieweit die besonderen Regelungen (beispielsweise solche bezüglich der Schwangerschaft) tatsächliche Gleichheit schaffen oder lediglich kulturelle Geschlechtsrollen-Klischees perpetuieren<sup>145</sup>.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß sich der liberal-feministische Ansatz stark am jeweils herrschenden Gleichheitskonzept orientiert. Vom liberalen Staat verlangte er die Einlösung des Versprechens der formellen Gleichheit, vom Sozialstaat fordert er die Verwirklichung der Chancengleichheit<sup>146</sup>.

*bb) Die Rechtskritik des relationalen Feminismus – einseitige Ausrichtung des Rechts auf männliche Werte*

Da relationaler Feminismus davon ausgeht, daß Männer und Frauen sich tendenziell an unterschiedlichen Werten orientieren, nimmt die Rechtskritik des relationalen Feminismus primär ins Visier, daß die Rechtsordnung männlich konnotierte Werte bevorzugt<sup>147</sup>. Positiv ge-

---

nicht berücksichtigt, regelt es selektiv und verfestigt alte Strukturen durch seine Abwesenheit. Hier muß sich die liberale Rechtskritik aktiv an der Suche nach Lösungen beteiligen, was sie mit ihren Forderungen nach Kinderkrippen, flexiblen Arbeitszeiten und Mutterschaftsurlaub auch tut.

<sup>144</sup> Solchermassen differenzierende Rechtsregeln befürworten z.B. *Dowd*, S. 764; *Law*, S. 1002 ff.; *Krieger/Cooney*, S. 551 ff.; *Scales*, *Feminist Jurisprudence I*, S. 436; *Weber-Dürler*, S. 365; *Wolgast*, insb. S. 16.

<sup>145</sup> Vgl. zum Ganzen *Sacksofsky*, S. 299 ff.

<sup>146</sup> Aus der modernen liberal-feministischen Sicht ist der Begriff der Chancengleichheit umfassend zu verstehen, also nicht nur als ein auf Herstellung gleichwertiger Ausgangspositionen, sondern auf Ergebnisgleichheit zielendes Konzept. In der Lehre ist umstritten, ob die Chancengleichheit auch eine Gleichheit im Ergebnis meine. Für einen Überblick über die verschiedenen Begriffsbestimmungen vgl. *Arioli*, *Frauenförderungsmassnahmen*, S. 37 ff. Das Bundesgericht hat sich in BGE 123 I 152 für eine restriktive Auslegung des Begriffs entschieden. Vgl. dazu *Epiney*, *Urteilsanmerkung*; *Hangartner*, *Urteilsanmerkung*.

<sup>147</sup> Siehe z.B. *Minow*; *Scales*; *Tronto*. Die These der Herabsetzung weiblicher Werte

wendet bedeutet dies, daß weibliche Werte wie zum Beispiel Relationalität, Kommunikativität, Kontextsensibilität und Konsensualität in die Rechtsordnung stärker einbezogen werden sollen<sup>148</sup>. Ziel ist es, die Rechtsordnung so umzugestalten, daß sie weiblich und männlich konnotierte Werte gleichermaßen würdigt, so daß Frauen durch das Recht in den Genuß tatsächlicher Chancengleichheit kommen, ohne ihre Identität als Frauen aufgeben zu müssen<sup>149</sup>: *Relationale Rechtskritik kritisiert demnach die rechtlich gestützte Hierarchisierung der Geschlechtergegensätze und fordert die Kostenneutralisierung der Geschlechterdifferenz durch das Recht*<sup>150</sup>. Dabei sollen nach einer relationalen Rechtskritik individuelle Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des Prinzips der Verantwortlichkeit geprüft werden<sup>151</sup>; und die starre Anwendung von Rechtsregeln soll einem verstärkt kontextualisierter Entscheidungsprozeß weichen<sup>152</sup>.

---

und Eigenschaften im Recht ist durchaus nicht neu, wie einem Zitat von *Georg Simmel* aus dem Jahre 1911 zu entnehmen ist: „Man betont häufig die 'Rechtsfremdheit' der Frauen, ihre Opposition gegen juristische Normen und Urteile. All dies braucht keineswegs eine Fremdheit gegen das Recht überhaupt zu bedeuten, sondern nur gegen das *männliche* Recht, das wir alleine haben, und das uns deshalb als das Recht schlechthin erscheint ... Das vielfach vom männlichen abweichende 'Gerechtigkeitsgefühl' von Frauen würde auch ein anderes Recht schaffen.“ *Ders.*, S. 271, zitiert in *Gerhard*, *Anderes Recht für Frauen*, S. 209.

<sup>148</sup> Zur Integration der weiblichen Stimme in den Rechtdiskurs vgl. z.B. *Menkel-Meadow*, *Legal Negotiation*, S. 43. Für eine Neuorientierung des Rechts an Beziehungs- und Intimitätswerten vgl. *West*, S. 68 ff. Anschaulich für die relational-feministische Zielsetzung ist die Aussage von *Held*, S. 122: „Instead of importing into the household principles derived from the marketplace, perhaps we should export to the wider society the relation suitable for mothering and children.“

<sup>149</sup> Vgl. *Lacey*, *Gender Stereotypes*, S. 616: „[M]any cultural feminists have argued that the important task for feminists today is not to fit women into a man's world, not to assimilate women into patriarchy, and not to prove that women can function like men and meet male norms, but to change institutions to reflect and accommodate the value that should properly be accorded to characteristics and virtues traditionally associated with women, nurturing virtues such as love, sympathy, patience and concern“. Vgl. hierzu auch *Maihofer*, *Gleichberechtigung*, insb. S. 49.

<sup>150</sup> Darauf zielt zum Beispiel *Littletons* Forderung nach gleichen Lohnansätzen und sozialer Absicherung für Mütter und Wehrpflichtige; siehe *dies.*, *Sexual Equality*, S. 1331 f.

<sup>151</sup> So z.B. *Bender* (*Feminist Theory and Tort*) für das Haftpflichtrecht.

<sup>152</sup> Vgl. die Kritik am förmlichen und konfrontationalen Charakter der herkömmlichen Konfliktlösung und die Forderung nach mehr beziehungsorien-

Weiter soll die Anerkennung weiblicher Erfahrungen und Interessen im Recht zur Schaffung einer neuen, frauengerechteren Gliederung des Rechts führen<sup>153</sup>. Die radikaleren Formen des relationalen Feminismus, mit allerdings stark postmoderner Tendenz, fordern sogar eine Bisexualisierung des Rechts, also eine geschlechtsspezifische, differente Rechtsordnung<sup>154</sup>.

Wo liberale Feministinnen den Frauen die rechtliche Stellung von Männern eröffnen wollen, fordern relationale Feministinnen, daß das männlich dominierte Recht um weiblich konnotierte Werten ergänzt werde. So würden beispielsweise liberale Forderungen eher darauf hinauslaufen, in Konfliktfällen Waffengleichheit in der Konfrontation (Ethik der Fairneß) herzustellen, während relationale Forderungen die Rechtsinstrumente der Konfrontation durch neue Modelle der Mediation (Ethik der Fürsorge) ersetzen würden. Ziel des relationalen Feminismus ist somit nicht primär die Ergebnisgleichheit (z.B. in allen Berufsschichten 50% Frauen), sondern die Einbeziehung relationaler Werte in die Rechtsordnung (z.B. Mediation statt Konfrontation).

cc) *Die Rechtskritik des radikalen Feminismus – Legitimation geschlechtsspezifischer Machtverhältnisse durch Recht*

Für den radikalen Feminismus liegt die Ursache der Geschlechterungleichheit im Patriarchat, d.h. in der umfassenden Herrschaft der Männer über die Frauen. Für die radikalen Feministinnen, deren herausragendste Vertreterin im Rechtsbereich CATHARINE MACKINNON ist, setzt sich die gesellschaftliche Macht von Männern über Frauen im

---

tierten Modellen bei *Menkel-Meadow*, *Legal Negotiation*, S. 37 ff.; *Rifkin*, *Mediation* S. 21 ff. (letztere allerdings auch zu den Schwächen alternativer Konfliktlösungsmodelle).

<sup>153</sup> So *Dahl*, *Frauenrecht* S. 23. Dazu eingehend bei der Diskussion um eine feministische Rechtsdogmatik, unten S. 45 ff. (3., Grundlinien).

<sup>154</sup> Siehe z.B. *Cavarero*, S. 108 f.; *Irigaray*, *Geschlechtsdifferenzierte Rechte*, S. 338 ff.; *Maihofer*, *Gleichheit nur für Gleiche?*, S. 365. In einer solchen Rechtsordnung würde beispielsweise das Recht auf Menschenwürde mit frauenspezifischem Inhalt gefüllt und bestünde aus Elementen wie dem Verbot des Gebrauches des weiblichen Körpers oder seines Bildes zu kommerziellen Zwecken, eine akzeptable Darstellung der Frau in allen öffentlichen Räumen und dem Verbot der funktionalen Ausbeutung des Frauenkörpers oder der Mutterschaft allgemein durch staatliche und religiöse Institutionen; *Irigaray*, *ebd.*, S. 341.

Recht fort<sup>155</sup>. Das Recht, das die gesellschaftlichen Machtverhältnisse widerspiegelt, verleiht diesen Machtverhältnissen zusätzliche Legitimität, indem in ihm der männliche Standpunkt in der Form eines objektiven Standards die Gesellschaft dominiert<sup>156</sup>.

Wo liberale und relationale Feministinnen sich für ihr Gleich(stellungs-)verständnis an der Gleichheit mit bzw. an der Differenz zum Mann orientieren<sup>157</sup>, nimmt der radikale Feminismus die Geschlechterhierarchie zum Ausgangspunkt. *Diskriminierung ist nach dieser Auffassung soziale Hierarchisierung, nicht unsachliche Differenzierung*<sup>158</sup>. Daher ist Gleichheitsrecht als Hierarchisierungsverbot zu fassen<sup>159</sup>. Gleichheitsrelevant ist demnach ein Handeln, das die Geschlechterhierarchie verursacht, verstärkt, oder aufrechterhält<sup>160</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt sind sexuelle Belästigung, Prostitution, Einschränkung der Fortpflanzungsfreiheit, Vergewaltigung und Pornographie Ausdruck der gesellschaftlichen Unterdrückung der Frau und rechtliche Fragen der Ge-

---

<sup>155</sup> *MacKinnon*, Feministische Jurisprudenz, S. 4 ff.

<sup>156</sup> Siehe *Degen*, S. 44; *MacKinnon*, Feministische Jurisprudenz, S. 4.

<sup>157</sup> Sowohl dem liberalen wie auch dem relationalen Feminismus wird vorgeworfen, sich – in Angleichung oder in Abgrenzung – am männlichen Lebensmodell auszurichten. Dies, obwohl die Frage nach der Gleichheit oder der Differenz zwischen den Geschlechtern im gegenwärtigen Oppressionssystem nicht beurteilt werden könne; *MacKinnon*, Feminism Unmodified, S. 32, 39.

<sup>158</sup> Vgl. *MacKinnon*, Sexual Harassment, S. 174. Demnach gilt das Differenzierungsverbot der traditionellen Verfassungsdogmatik als Recht auf Gleichstellung nicht als adäquat, da es darauf beharrt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, während Ungleichheit gerade dasjenige ist, was das männliche und das weibliche Geschlechter als soziale Kategorie definiert. *Baer*, Belästigung, S. 236; *MacKinnon*, Gleichheit der Geschlechter, S. 38 f. Kritisch gegenüber Forderungen nach 'gleichen Rechten und 'Chancengleichheit' auch *Polan*, S. 300: diese brächten zum Ausdruck, daß die der Rechtsordnung zugrunde liegende Sozialordnung taktisch gebilligt werde.

<sup>159</sup> *MacKinnon*, Sexual Harassment, S. 116 ff.; Theorie der Gleichheit, S. 371 ff.; vgl. hierzu *Baer*, Belästigung, S. 235 ff. Ähnlich *Sacksofsky* (S. 312 ff.; 404), die das Grundrecht auf Gleichberechtigung als Dominierungsverbot versteht. Vgl. für die Schweiz *Kägi-Diener*, nach welcher die Ungleichheit zwischen Mann und Frau im sozialen Kräfteverhältnis zu suchen ist, weshalb ein Gleichheitsmaßstab nur dann zur materiellen Gleichstellung führen könne, wenn er das gesellschaftliche Verhältnis als 'soziale Ohnmacht' bzw. 'soziale Übermacht' begreife; *dies.*, S. 154 f. Ähnlich *Bigler-Eggenberger*, S. 6.

<sup>160</sup> *Baer*, Belästigung, S. 240, 317.

schlechtergleichheit<sup>161</sup>. Entsprechend konzentrieren sich die Forderungen des radikalen Feminismus auf den Abbau der Geschlechterhierarchie mit den Mitteln des Rechts<sup>162</sup>. Die Verwirklichung der radikal-feministischen Forderungen kann somit daran gemessen werden, inwieweit das Geschlecht kein *per se* hierarchisiertes Konstrukt mehr ist<sup>163</sup>.

dd) *Die Rechtskritik des postmodernen Feminismus - Verfestigung männlicher Macht durch die Sprache des Rechts*

Die postmoderne Rechtskritik kann am besten als Gegenbewegung zu den soeben skizzierten feministischen Rechtskritiken verstanden werden, die allesamt als essentialistisch (einheitliches Frauenbild) und universalistisch (monokausale Erklärung des Geschlechterverhältnisses) abgelehnt werden. Proklamiert wird statt dessen die kulturelle, sexuelle, soziale und historische Vielfalt von Frauen sowie eine mehr- und vielschichtige Erklärung der geschlechtlichen Machtverhältnisse<sup>164</sup>. *Ziel der postmodern-feministischen Rechtskritik ist es, die im Recht und durch Recht verfestigte, einheitliche Geschlechterperspektive aufzubrechen und somit Freiräume für eine Vielzahl weiblicher (und männlicher) Identitäten zu schaffen*<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> MacKinnon, *Theorie der Gleichheit*, S. 374; *dies.*, *Feministische Jurisprudenz*, S. 8 ff.

<sup>162</sup> Siehe MacKinnon, *Feministische Jurisprudenz*, S. 8: „Ziel ist es, mit Hilfe des Rechts die Ungleichheiten der Lebensbedingungen von Frauen anzugreifen, um diese Bedingungen zu verändern.“ Und: es geht um eine „Neuverteilung staatlicher Macht“. *Dies.*, *Theorie der Gleichheit*, S. 375. Zum Beispiel geht es um zivile Wiedergutmachungsansprüche bei sexueller Diskriminierung, wie sie ihn in den USA der 3. Titel des Omnibus Crime Act bei Vergewaltigung und Mißhandlung als Praktiken sexueller Diskriminierung gewährt; vgl. dazu MacKinnon, *Theorie der Gleichheit*, S. 374. Ein anderes Beispiel ist der Entwurf eines Anti-Pornographie-Gesetzes. Zum US-amerikanischen Entwurf eines solchen siehe Baer, *Pornographiedebatte*, S. 115. In Deutschland besteht ein Entwurf von Baer/Slupnik; siehe *dies.*, S. 171 ff. Kritisch gegenüber der Instrumentalisierung des Rechts gegen patriarchale Gesellschaftsstrukturen dagegen Rifkin (*Law and Patriarchy*, S. 87, 88): Recht sei nicht das geeignete Mittel, um soziale Veränderungen herbeizuführen, weil Recht das Paradigma des Patriarchats aufrechterhalte. Zur Aufhebung des Patriarchats müsse daher das männliche Macht-Paradigma des Rechts angegriffen und transformiert werden.

<sup>163</sup> Baer, *Belästigung*, S. 235.

<sup>164</sup> Klinger, *Theorie der Geschlechterdifferenz*, S. 803.

<sup>165</sup> Minda, S. 143 f.

Da der postmoderne Ansatz generell davon ausgeht, daß die Realität erst durch unsere Sicht von ihr konstituiert wird und daß im Rahmen dieses Prozesses der Sprache eine umfassende Definitionsmacht zukommt, konzentriert sich die postmoderne Rechtskritik auf die Analyse der Sprache des Rechts<sup>166</sup>. Dabei untersucht sie einerseits, wie die Geschlechteridentität unser Verständnis von Rechtsbegriffen und Rechtsregeln prägt<sup>167</sup>. Gegenstand postmoderner Analyse ist sodann, in welchem Maße das Recht auf männlich konnotierte Begriffe zurückgreift und somit durch seine Sprache die Geschlechterhierarchie verfestigt<sup>168</sup>. Schließlich versucht sie aufzuzeigen, wie Recht dem Begriff 'Frau' bestimmte Inhalte zuweist<sup>169</sup>, die wiederum auf das Frauenbild in der Gesellschaft und das Identitätsverständnis von Frauen selbst zurückwirken<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> Vgl. *Frug*, S. 126: „The postmodern position locating human experience as inescapably within language suggests that feminists should not overlook the constructive function of legal language as a critical frontier for feminist reforms. To put this 'principle' more bluntly, legal discourse should be recognized as a site of political struggle over sex difference.“

<sup>167</sup> So zeigt *Frug* in ihrer Analyse der Auswahl von Beispielen in einem Vertragsrechtslehrbuch auf, daß das Geschlecht eine Rolle dabei spielen kann, wie die Studierenden einzelne vertragsrechtliche Konstruktionen wahrnehmen. *Frug*, S. 60 ff.

<sup>168</sup> Z.B. orientiert sich der Sorgfaltsmaßstab im Schuldrecht an der 'vernünftigen Person'. Der Begriff Vernunft wird aber in der westlichen Kultur maßgeblich dem Mann zugeordnet, während der Frau eher Begriffe wie Gefühl und Emotionalität zugeschrieben werden. Da sich aber das Verhältnis von Vernunft und Gefühl als Subordinationsverhältnis darstellt, festigt die sprachliche Orientierung an den Vernunftbegriff die Geschlechterhierarchie. Siehe *Nagl-Docekal*, Feministische Vernunftkritik, S. 166 f. Vgl. zur Figur der 'vernünftigen Person' die Ausführungen unten S. 114 ff. (Zweiter Teil, II.1.a., Vernunft und Vertrag).

<sup>169</sup> Zum Geschlechterverständnis des Bundesgerichts vgl. BGE 109 II 194: „Nach wie vor sind kleinere Kinder für ihre seelische, geistige und körperliche Entwicklung auf die Liebe ihrer *Mutter* angewiesen“ und demgegenüber BGE 117 II 57, wo das Bundesgericht der klägerischen Argumentation folgte, wo geltend gemacht wurde: „Sur le plan social, l'invalidité du *père* aura pour effet de priver l'enfant des meilleurs chances d'insertion dans la société, de soutien scolaire, de référence et d'appui.“ Weitere Beispiele über das Frauenbild in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich bei *Hänni*, S. 242 ff.

<sup>170</sup> So zeigt z.B. *Dalton* (S. 1095 ff.) in ihrer Analyse der Rechtsprechung zu Ansprüchen aus Konkubinatsvertrag, wie das rechtliche Konzept der objektiven Willensäußerung auf unausgesprochenen Urteilen über Geschlechtsrollen, Sexualität und privaten Absichten beruht, welche die männliche Vorherrschaft und die

Ein spezifisches Gleichheitsverständnis, wie es die anderen feministischen Rechtskritiken für sich beanspruchen, kann die postmoderne Rechtskritik nicht entwickeln, da jede Inhaltsbestimmung, sei es nun diejenige des Begriffs 'Frau' oder diejenige des Gleichheitsbegriffs, zwangsläufig essentialistisch ist und somit unzulässige Ausschlüsse produziert<sup>171</sup>.

ee) *Die Rechtskritik der 'Feminist Critical Legal Scholars' – Recht als 'Sexual Politics'*

Die 'Feminist Critical Legal Scholars' (Fem-Crits) haben sich aus der 'Critical Legal Studies-Bewegung' (CLS) heraus entwickelt. Während aber die CLS-Perspektive darauf abstellt, daß Recht die ideologische Begründung für illegitime Machtverhältnisse liefert<sup>172</sup>, sehen die Fem-Crits nicht in irgendwelchen Machtverhältnissen, sondern im Patriarchat die Quelle der Ideologie des Rechts. Recht ist somit nicht nur 'Politics', sondern vielmehr 'Sexual Politics'<sup>173</sup>. In ihrer Methode orientieren sich die 'Fem-Crits' stark an der Postmoderne. Insbesondere bedienen sie sich der postmodernen Methode der Dekonstruktion, um rechtliche Differenzierungen aufgrund scheinbar rationaler und objektiver Dichotomien (z.B. privat/öffentlich, Freiheit/Zwang) als politisch motivierte Entscheidungen zu entlarven<sup>174</sup>. Indem das Recht zum Beispiel öffentliche und private Sphäre unterscheidet, behandelt es die Gewalt in der Ehe regelmäßig anders als öffentlich sichtbare Gewalt und trägt damit

---

weibliche Unterlegenheit innerhalb des Familienrechts im weiteren Sinne verfestigen. *Frug* (S. 138 ff.) sieht im Zusammenspiel des gesetzlichen Abtreibungsverbot mit der fehlenden Garantie des Mutterschaftsurlaubs und dem weitgehenden Verständnis der Vertragsfreiheit (fehlender Bestandsschutz) einen Mechanismus, der die Identitätszuschreibung von Frauen als Mütter fördert. Zur gegenseitigen Beeinflussung von Rechtsordnung und Menschenbild siehe z.B. *Grossen*, *Personnalité*, S. 5. Für weitere Diskussionen der Art und Weise einer geschlechtsspezifischen Prägung des Rechts vgl. *Finley*, S. 886 ff.; *Olsen*, *Das Geschlecht des Rechts*, S. 303 ff.

<sup>171</sup> Vgl. allerdings *Cornell* (*Sexual Difference*, S. 2272 ff.), die trotz ihrer postmoderner Ausrichtung ein Konzept der 'äquivalenten Rechte' vorschlägt.

<sup>172</sup> *J. Williams*, *Critical Legal Studies*, S. 472.

<sup>173</sup> *Minda*, S. 140 f.

<sup>174</sup> Dazu eingehend *Olsen*, *Das Geschlecht des Rechts*; *dies.*, *The Family and the Market*, S. 1497 ff.

zur Unterdrückung von Frauen bei<sup>175</sup>.

Ein weiterer Ansatz der 'Fem-Crits' ist die sogenannte *Indeterminacy Critique*, nach der die Rechtsbegriffe, die der Entscheidung von Rechtsanwendungsorganen zugrunde liegen, zu unbestimmt (indeterminate) seien, um ein bestimmtes Ergebnis zwingend zu erfordern<sup>176</sup>. Die Rechtsanwendung erfolge auf dem Weg der Interpretation, die – insbesondere im Falle der historischen Auslegung – immer mit einer männlich besetzten Wertung verbunden sei<sup>177</sup>. Die durch Rechtsanwendung gewonnene Lösung ist gemäß diesem Ansatz also in Wirklichkeit politisch motiviert und traditionalistisch geprägt. Mit der 'Indeterminacy Critique' verbunden ist die Skepsis der 'Fem-Crits' gegenüber der allgemeinen feministischen Orientierung an Individualrechten<sup>178</sup>: diese seien zur Lösung des Geschlechterkonfliktes nicht geeignet. Der Diskurs über (gleiche) Rechte ignoriere die Tatsache, daß im Recht politische und moralische Wertungen vorgenommen werden müßten und verschleierte die Basis, aufgrund derer konkurrierende Interessen gewichtet würden<sup>179</sup>.

Da auch die 'Fem-Crits' die dem Recht inhärenten und durch das Recht legitimierten Machtverhältnisse zum Ausgangspunkt nehmen, richtet sich ihre Gleichstellungsforderung am ehesten auf die Machtgleichheit (radikal-feministische Rechtskritik). Letztlich verhindert indes ihre Skepsis gegenüber der *politischen Bedingtheit aller Rechtskonzepte*, sich um die Inhaltsbestimmung des Gleichstellungsbegriffs zu bemühen, dessen Bedeutungsvielfalt ihre These der Unbestimmtheit des Rechts nur allzu deutlich macht.

---

<sup>175</sup> Olsen, *State Intervention*, S. 843 ff.

<sup>176</sup> Vgl. D. Kennedy, S. 581. Für einen Überblick zur *indeterminacy-critique* vgl. Min-da, S. 110 ff.; für eine kritische Auseinandersetzung vgl. J. Williams, *Critical Legal Studies*, S. 488 ff.

<sup>177</sup> Ein Beispiel hierfür bietet BGE 49 I 19 (1957), wo mittels Abstützung auf die historische Komponente den Frauen des Kantons Waadt das Stimmrecht verweigert wurde. Zur Übergewichtung der historischen Auslegung in diesem Fall siehe Imboden, S. 137.

<sup>178</sup> Siehe Rhode, *Feminist Critical Theories*, S. 341.

<sup>179</sup> Vgl. z.B. Olsen, *Feminist Critique of Rights Analysis*, S. 313: „To go beyond liberal-legalism, we should stop trying to fit our goals into abstract rights arguments and instead call for what we really want.“ Kritisch auch Gabel, S. 1563. Für eine Diskussion der skeptischen Positionen gegenüber Individualrechten vgl. Villamore, S. 39 ff.

### c) Ergebnis zu den Rechtskritiken

In einem sind sich alle Richtungen feministischer Rechtskritik einig: Frauen sind schlechter gestellt als Männer, und dafür ist das Recht mitverantwortlich. Zu diesem Ergebnis gelangen Feministinnen in der Regel durch eine kritische Analyse der Begriffe und Institute des Rechts (Dekonstruktion, postmodern-feministischer Ansatz). Dabei gehen sie in ihrer Kritik über das traditionelle Gleichheitsverständnis der formalen Gleichheit hinaus. Es geht nicht mehr nur um die Gleichheit der Geschlechter vor dem Recht, sondern um Wege zur tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann durch das Recht. Wie allerdings diese Wege gestaltet werden können, ist unter den verschiedenen Ansätzen genauso heftig umstritten wie die Inhaltsbestimmung der allgemein angestrebten tatsächlichen Gleichstellung – soweit eine solche überhaupt für möglich gehalten wird.

*Für liberale Feministinnen ist tatsächliche Gleichstellung gleichbedeutend mit Chancengleichheit im Bereich des Erwerbslebens, für relationale Feministinnen bedeutet sie eine Gleichheit in der Differenz, und radikale Feministinnen sehen in ihr ein Hierarchisierungsverbot.* Entsprechend dieser Gleichstellungskonzeptionen setzen diese drei Rechtskritiken sowohl in ihrer Analyse als auch in ihrer Formulierung einer positiven Neufassung des Rechts unterschiedliche Schwerpunkte.

*Demgegenüber betreiben weder die postmodernen Feministinnen noch die 'Fem-Crits' eine Rechtskritik, welche eine positive Vision einer neuen, frauengerechteren Rechtsordnung mit einschließt.* Dies ergibt sich beim postmodernen Ansatz aus seiner erkenntnistheoretischen Grundprämisse, die mit ihrem Fokus auf die Differenzen zwischen Frauen der Möglichkeit, von Frau als Kategorie zu sprechen, den Boden entzieht und damit auch keine Formulierung der kollektiven Wünsche von Frauen zulässt<sup>180</sup>. Für die 'Fem-Crits' dagegen verhindert die Unbestimmtheit des Rechts und seine Funktion als Legitimationsmechanismus illegitimer Herrschaftsverhältnisse dessen Instrumentalisierung zugunsten der geschlechtsbezogenen Ungleichheit<sup>181</sup>. Beide Ansätze konzentrieren sich vielmehr

---

<sup>180</sup> Siehe dazu *Klinger*, Geschlechterdifferenz S. 807. Daran vermag auch das Bestreben, das 'weibliche' trotz seiner Unbestimmtheit positiv zu besetzen, nichts zu ändern, da sich aus einem solchen Bestreben heraus keine rechtspolitischen Forderungen formulieren lassen.

<sup>181</sup> Kritisch zur unbedingten Verknüpfung von der Unbestimmtheit des Rechts und

darauf, die inhärenten Widersprüche und geschlechtsbezogenen Wertungen der Rechtsordnung offenzulegen<sup>182</sup>. Dies bedeutet nicht, daß die Vertreterinnen der beiden Richtungen es kategorisch ablehnen, rechtspolitische Forderungen zu formulieren<sup>183</sup>. Wo sie aber – als einstweilige und politische Strategie – Rechtsänderungen verlangen, verlassen sie auch ihre erkenntnistheoretische Prämisse und agieren auf einer Argumentationslinie, die ohne weiteres einer der drei umfassenden Rechtskritiken – also der liberal-, der relational- und der radikalfeministischen Kritik – zugeordnet werden könnte.

### 3. Grundlinien einer feministischen Rechtsdogmatik am Beispiel des norwegischen Frauenrechts

Die feministische Rechtsdogmatik stellt allgemeine Lehrsätze über das konkrete positive Recht auf, die das Recht – verglichen mit der traditionellen Rechtsdogmatik – neu gliedern (Systematisierung)<sup>184</sup> und es neu auslegen (Interpretation). Das hier verwendete Beispiel der norwegischen Rechtslehre ist instruktiv für die Frage, was von einer feministischen Rechtsdogmatik im Ergebnis zu erwarten ist.

---

der Festschreibung bestehender (illegitimer) Machtverhältnisse in der CLS-Doktrin *Hillmann* (S. 112), der in der Unbestimmtheit des Rechts auch ein positives Gestaltungspotential sieht. Ähnliche Kritik äußert auch *J. Williams* (*Critical Legal Studies*, S. 472, 489), allerdings ohne sich in gleichem Maße für die mögliche Instrumentalisierung des politisch bedingten Rechts zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit auszusprechen.

<sup>182</sup> Vgl. *Hawkesworth*, S. 557: „[I]n the absence of claims of universal validity, feminist accounts derive their justificatory force from their capacity to illuminate existing social relations [and] to demonstrate the deficiencies of alternative interpretations.“ Kritisch *Dahl* (*Frauenrecht*, S. 26), die dies eine „bloß negative Bestandskritik“ nennt.

<sup>183</sup> Vgl. z.B. die Forderungen von *Irigaray*, *Geschlechtsdifferenzierte Rechte*, S. 338 ff.; *Cornell*, *Sexual Difference*, S. 2272 ff.

<sup>184</sup> Solche Versuche der Neugliederung sind bereits in anderen Rechtsgebieten erfolgt. Vgl. z.B. die von *Gauch* (*Familienschuldrecht*, S. 250 ff.) entwickelten Grundlinien zu einem Familienschuldrecht.

### a) Neue Systematisierung durch Frauenrecht

Da sich die soziale Wirklichkeit von Frauen und Männern im Regelfall unterscheidet, erstaunt es nicht, daß beim Abstellen auf eine systematische Frauenperspektive auch das Recht eine neue Systematisierung erfährt<sup>185</sup>. Eine feministische Rechtsdogmatik führt daher zur Bildung von *neuen Fachgebieten im Recht*. In Norwegen, wo das Fach Frauenrecht seit den 70er Jahren unterrichtet wird<sup>186</sup>, hat sich eine solche Neusystematisierung mit neuen Themenbereichen und Fragestellungen entwickelt<sup>187</sup>. Die Regelfragmente, die dadurch entstanden sind, wurden zu neuen Fachkategorien innerhalb des Fachs 'Frauenrecht'; es existiert ein Geburtenrecht, ein Gleichstellungsrecht, ein Hausfrauenrecht, ein Lohnarbeitsrecht, ein Recht des Geldes<sup>188</sup>.

Diese neue Systematisierung hatte bisher keine Neuordnung des norwegischen Rechtskanons zur Folge. Das ändert jedoch nichts daran, daß die Systematisierung des norwegischen Frauenrechts beispielhaft die vorhandene Rechtsmaterie aus feministischer Perspektive neu ordnet. So zählen etwa zum Geburtenrecht alle jene Rechtsnormen, die sich auf die Momente des Geburtsprozesses - von der Menstruation bis hin zur familiären Versorgung - beziehen<sup>189</sup>. Die zentrale Zielsetzung besteht in der Herstellung eines geeigneten Umfeldes für die Schaffung, Bewahrung und Entwicklung von Leben sowie der widerspruchsfreien Behandlung der weiblichen Reproduktionsfähigkeit durch das Recht<sup>190</sup>. Zu dem systematisch eigenständigen Bereich des Hausfrauenrechts zählen beispielsweise neben dem Ehevertragsrecht auch der besondere Arbeitsstatus der Hausfrau<sup>191</sup>. Mit einer solchen - aus der weiblichen Erfahrung oder Normalbiographie begründeten - Systematisierung können bisherige rechtssystematische Einteilungen, bei denen die tat-

---

<sup>185</sup> Das norwegische Frauenrecht kann sich hier auf die Tradition des norwegischen Rechtsrealismus - also auf die Orientierung an Rechtstatsachen und rechtssoziologischer Forschung - stützen; *Dahl*, Frauenrecht, S. 50.

<sup>186</sup> Andere skandinavische Länder, in denen Frauenrecht unterrichtet wird, sind u.a. Dänemark (an der Universität Kopenhagen existiert seit 1984 ein eigener Lehrstuhl), Schweden, Finnland, Holland; vgl. auch *Bentzon*, S. 253.

<sup>187</sup> *Dahl*, Frauenrecht, S. 21.

<sup>188</sup> *Id.*, S. 33.

<sup>189</sup> *Id.*, S. 105.

<sup>190</sup> *Id.*, ebd.

<sup>191</sup> *Id.*, S. 137 ff., 147 ff.

sächlichen Rechtsprobleme der Frauen durch die Maschen des Rechts fallen, frauengerecht modifiziert werden<sup>192</sup>.

#### **b) Neue Interpretation durch Frauenrecht**

Beim Abstellen auf eine systematische Frauenperspektive wird nicht nur eine neue Systematisierung, sondern auch eine neue Auslegung des vorhandenen Rechtskanons erforderlich. Dies ergibt sich bereits daraus, daß die klassischen Auslegungsmittel der semantischen, historischen, systematischen und teleologischen Interpretation sich jeweils am Leitbild der durch die Rechtsnorm geschützten Interessen orientieren und diese rechtsrelevanten Interessen aus feministischer Sicht um das Interesse an der Förderung tatsächlicher Gleichstellung ergänzt werden müssen.

Konkret bedeutet dies, daß die interpretationsoffenen Begriffe im Recht, also namentlich die Generalklauseln und die unbestimmten Rechtsbegriffe, immer auch mit Blick auf die Zielsetzung der tatsächlichen geschlechtsbezogenen Gleichstellung ausgelegt werden müssen. Daß die für das feministische Anliegen zentralen Rechtsbegriffe 'Diskriminierung' und 'Gleichberechtigung' dieser Zielsetzung verpflichtet werden, versteht sich von selbst<sup>193</sup>.

#### **c) Ergebnis zu den Grundlinien einer feministischen Rechtsdogmatik**

Am Beispiel des norwegischen Frauenrechts wird deutlich, daß eine systematische Frauenperspektive im Recht einerseits zu einer neuen Systematisierung des Rechtskanons führen kann. Andererseits verpflichtet eine solche Perspektive zur Nutzung der Interpretationsspielräume im Recht zugunsten der tatsächlichen Gleichstellung.

---

<sup>192</sup> Gerhard, Für Frauenrecht, S. 124 f.

<sup>193</sup> Die Interpretation des Gleichstellungsbegriffs dahingehend, daß als Diskriminierung nicht gelten darf, was dem legitimen Interesse an der Durchsetzung tatsächlicher Gleichstellung dient, hat z.B. in Art. 3 II des Gleichstellungsgesetzes bereits seine positiv-rechtliche Verankerung erfahren.

#### 4. Grundlinien einer feministischen Rechtstheorie

Unter Rechtstheorie kann man alle Bereiche der Rechtswissenschaft verstehen, die unabhängig von einer konkreten Rechtsordnung sind, sozusagen die allgemeinsten Grundsätze über das Recht<sup>194</sup>. Im Rahmen einer feministischen Rechtstheorie sind insbesondere zwei rechtstheoretische Fragestellungen von besonderem Interesse: solche erkenntnistheoretischer und solche gerechtigkeits-theoretischer Art<sup>195</sup>.

##### a) Feministische Erkenntnistheorie

Erkenntnistheorien können umschrieben werden als der Versuch einer Antwort auf die Frage 'Was kann ich wissen?'<sup>196</sup>. Feministische Erkenntnistheorien argumentieren dahingehend, daß Erkenntnisprozesse der sozialen Situiertheit der Betrachterin oder des Betrachters entsprin-

---

<sup>194</sup> Vgl. Adomeit, S. 15; Dürr, S. 266; Mayer-Maly, S. 157; A. Kaufmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 2. Tilch, S. 64.

<sup>195</sup> Traditionellerweise werden erkenntnistheoretische Fragen der *Rechtstheorie* und gerechtigkeits-theoretische Fragen der *Rechtsphilosophie* zugerechnet, vgl. Adomeit, S. 79; Coing, S. 4; A. Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit, S. 1. Die Unterscheidung zwischen *Rechtstheorie* und *Rechtsphilosophie* ist indessen nicht sachbezogen, sondern historisch bedingt, so daß die beiden Begriffe austauschbar sind. A. Kaufmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 10 ff. Zu den Schwierigkeiten einer Abgrenzung auch Dubischar, S. 1 ff.; M. Kaufmann, S. 15; Zacher, S. 230 ff. In der vorliegenden Arbeit wird die feministischen *Rechtstheorie* als Oberbegriff verwendet und es werden darunter sowohl erkenntnistheoretische als auch gerechtigkeits-theoretische Ansätze behandelt. Dies auch deshalb, weil der Begriff der feministischen Rechtstheorie auch der US-amerikanischen Sprachregelung entspricht, nach der gemeinhin von *Feminist Legal Theory* gesprochen wird. Einen noch weiteren Begriff verwendet Baer (Juristische Ausbildung, S. 16), die als feministische Rechtstheorie jene Lehre und Forschung bezeichnet, die nach der Rolle des Rechts im und für das Geschlechterverhältnis fragt.

<sup>196</sup> Die Fragestellung geht auf Kant zurück; vgl. ders., Kritik, S. 677: „Alles Interesse meiner Vernunft (das spekulative sowohl, als das praktische) vereinigt sich in folgenden drei Fragen: 1. Was kann ich wissen? 2. Was soll ich tun? 3. Was darf ich hoffen?“. Eine spezifische Erkenntnistheorie des Rechts würde sich dagegen primär mit der Frage um das Wissen des Rechts bzw. mit der Frage nach der Erkenntnis darüber, wie Recht verstanden und gehandhabt wird, beschäftigen; vgl. Dubischar, S. 47; A. Kaufmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 16.

gen<sup>197</sup>. Damit stellen sie sich quer zum klassischen Paradigma der Wissenschaftstheorie, nach dem aus persönlichen und politischen Erfahrungen von Individuen keine erkenntnistheoretischen Argumente gewonnen werden können<sup>198</sup>. Sodann wird argumentiert, daß aufgrund der geschlechtsspezifischen Prägung weiblicher und männlicher Lebenszusammenhänge *geschlechtsspezifische Wirklichkeiten* entstehen. Die Macht, Wirklichkeit als solche zu benennen, kommt indessen einzig der dominanten Klasse zu – und das sind nicht die Frauen<sup>199</sup>. Die feministische Erkenntnistheorie setzt mithin dem Universalismus- und Objektivitätsanspruch der traditionellen Erkenntnistheorien einen in der weiblichen Erfahrung gründenden Standpunkt entgegen (*feminist standpoint epistemology*)<sup>200</sup>, wobei diesem Standpunkt teils ein höherer, teils ein dem männlichen Standpunkt gleichwertiger Erkenntniswert zugesprochen wird<sup>201</sup>.

Zu den wichtigsten Quellen spezifisch weiblicher Erkenntnis zählt der Prozeß des sogenannten '*consciousness-raising*'. Ein zentraler Ort, an dem '*consciousness-raising*' praktiziert wird, sind die Frauenselbsterfahrungsgruppen. In diesen Gruppen, die in den sechziger und siebziger Jahren im Rahmen der neuen Frauenbewegung entstanden<sup>202</sup>, werden mittels Artikulierung der individuellen Betroffenheit einzelner Teil-

---

<sup>197</sup> Zu diesem vereinenden Merkmal der unterschiedlichen feministischen Erkenntnistheorien vgl. z.B. *Hekman*, S. 348; *Jones*, S. 140. Weitergehend *Duran*, welche den jeweils spezifischen Erkenntnisvorgang von Männern und Frauen biologischen Ursachen zuordnen will.

<sup>198</sup> *List*, S. 158, mit Hinweis auf das 'klassische Paradigma' bei *Karl Popper*.

<sup>199</sup> Grundlegend *Hartsock*, *Money*, S. 117 ff.

<sup>200</sup> Eine ausführliche Darstellung und Verteidigung der feministischen Standpunkt-Epistemologie findet sich bei *Jaggar*, *Feminist Politics*, S. 369 ff. Kritisch dagegen *Hekman*, S. 349 ff. Neben der Standpunkttheorie als Hauptkategorie der feministischen Erkenntnistheorie sind zu erwähnen: der feministische Empirismus und die der Postmoderne verpflichteten Ansätze. Für eine ausführliche Darstellung vgl. *Harding*, *Wissenschaftstheorie*, S. 22 ff. Für einen Überblick vgl. *U. Meyer*, S. 120 ff.

<sup>201</sup> Für eine Privilegierung der weiblichen Sichtweise vgl. z.B. *Harding*, *Whose Science*, insb. S. 185; *Hartsock*, *Money*, insb. S. 117 ff.; *D. Smith*, insb. S. 157. Für eine Partialität aller Erkenntnis, also auch der weiblichen, vgl. *Ruddick*, insb. S. 135. Eine 'multiperspektivistische' Sicht vertreten (notwendigerweise) auch die postmodernen Feministinnen. Vgl. hierzu *Flax*, insb. S. 56.

<sup>202</sup> Vgl. dazu *MacKinnon*, *Feminist Theory of the State*, S. 84; *Schenk*, *Frauenbewegung*, S. 90.

nehmerinnen gemeinsame Erfahrungen eruiert und als kollektives Frauenproblem identifiziert<sup>203</sup>. 'Consciousness-raising' als spezifisch feministische Methode der Erkenntnis beschränkt sich indes nicht auf die in Frauenselbsterfahrungsgruppen gefundenen Erkenntnisse, sondern ist umfassender zu verstehen, nämlich als kritische Bewußtwerdung von Frauen im Hinblick auf ihre soziale Lebenserfahrung<sup>204</sup>. Aus dieser Bewußtwerdung heraus entsteht Wissen, namentlich das Wissen um die zahlreichen Diskriminierungsmechanismen, denen Frauen ausgesetzt sind<sup>205</sup>.

Bezogen auf die Stufe des Rechts wird die feministische Standpunkttheorie der vermeintlich geschlechtsneutralen Erfahrung von Rechtsnormen entgegengesetzt: dies führt auf der Ebene des Allgemeinen zum Wissen um die Beteiligung des Rechts an der Unterdrückung der Frau und auf der Ebene des Partikulären unter anderem zum Wissen um den geschlechtsbezogenen Diskriminierungseffekt formell geschlechtsneutraler Normen<sup>206</sup>.

## b) Feministische Gerechtigkeitstheorie des Rechts

Eine Gerechtigkeitstheorie des Rechts geht der Frage nach, ob Recht und wie Recht gerecht sein kann<sup>207</sup>. Im Grundsatz geht es also darum,

---

<sup>203</sup> So z.B. das Phänomen der sexuellen Belästigung, welches innerhalb von Frauenselbsterfahrungsgruppen als geschlechtsspezifische Erfahrung identifiziert sowie später als kollektives Frauenproblem an die Öffentlichkeit getragen wurde.

<sup>204</sup> MacKinnon, *Feminist Theory of the State*, S. 83.

<sup>205</sup> MacKinnon, *Feminist Theory of the State*, S. 98 f. Im Gegensatz zu den gängigen Erkenntnistheorien entwickelt die feministische Epistemologie also keine Theorie des Wissens aus einer (vermeintlich) neutralen und objektiven Position, sondern sie ist bewußt partikulär und subjektiv, indem sie von der gelebten Erfahrung heraus operiert.

<sup>206</sup> Zur unterschiedlichen Erfahrung des Rechts durch Männer und Frauen siehe auch Bentzon, S. 251.

<sup>207</sup> Adomeit, S. 79; A. Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 1. Gerechtigkeitstheorien können unterteilt werden in Vertragstheorien (z.B. Rawls), Beobachtertheorien (z.B. Nagel) und Diskurstheorien (z.B. Habermas). Daneben werden Gerechtigkeitstheorien auch danach unterschieden, ob sie materiale Gerechtigkeitstheorien (vorgegebene Konzeption der Gerechtigkeit) oder prozedurale Gerechtigkeitstheorien (Gerechtigkeit durch Verfahren) sind; vgl. zum Ganzen Dreier, S. 19 ff.

die Zielvorstellung eines idealen Rechts zu formulieren und diese auf der theoretischen Ebene zu begründen<sup>208</sup>. Ansätze für feministische Gerechtigkeitstheorien des Rechts finden sich in allen drei rechtsrelevanten feministischen Strömungen: mit ihren Gleichheitskonzeptionen – sei es nun einer Gleichheit als Chancengleichheit, als Würdigung der Differenz oder als Machtgleichheit – formulieren sie ihre rechtstheoretische Zielvorstellung und messen sodann die geltende Rechtsordnung am diesbezüglichen Ergebnis. Dabei teilen alle drei Strömungen die Schlußfolgerung, daß die bestehende Rechtsordnung mit ihrer konkreten Folge der faktischen Schlechterstellung von Frauen *ungerecht* ist. Für die Begründung dieser Zielvorstellungen werden entweder bestehende Gerechtigkeitstheorien 'beim Wort genommen'<sup>209</sup>, oder es wird kritisch-transformativ auf sie zurückgegriffen<sup>210</sup>, oder es wird – als noch ehrgeizigeres Projekt – eine spezifisch weibliche Form praktischer Vernunft proklamiert<sup>211</sup> oder gar eine Neubegründung der als gerecht bewerteten Gleichheitskonzeption intendiert<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Zum Beispiel vertragstheoretisch, diskurstheoretisch oder unter Rückgriff auf den neutralen Beobachter.

<sup>209</sup> So z.B. *Moller Okin* (Justice), welche die liberale Vertragstheorie von *Rawls* auf die Familie anwendet und zum Schluß kommt, daß auch die heutige Organisationsstruktur der Familie ungerecht sei.

<sup>210</sup> So ergänzt *Benhabib* den Habermasschen Diskurs um einen 'konkreten Anderen'; *O'Neill* entnimmt Kants kategorischem Imperativ nicht nur das Prinzip der Nichteinmischung, sondern auch die Verpflichtung zur Hilfestellung und Unterstützung der Schwächeren. *Baier* reaktiviert die Theorie Humes. *Matsuda* wendet sich gegen die Abstraktion von der eigenen Situiertheit in der originären Vertragsposition bei *Rawls*. *Schwarzenbach* ergänzt die Rawlsche Theorie um den Begriff der Reproduktionsarbeit. *Pateman* (Sexual Contract) weist auf den Patriarchatsvertrag (*sexual contract*) hin, der allen Modellen des Gesellschaftsvertrages vorgelagert sei. Zur Kritik an den bestehenden rechtstheoretischen Begründungen des durch Gerechtigkeitsüberlegungen legitimierten, universalen Geltungsanspruchs des Rechts in komprimierter Form siehe *Baer*, Belästigung, S. 163 m.w.N. Für eine ausführliche Darstellung der Positionen *Benhabibs*, *Baiers*, *O'Neill* und *Moller Okins* siehe *Pauer-Studer*, S. 60 ff., 84 ff., 175 ff.

<sup>211</sup> So z.B. *Jaggar*, Moral Reasoning, S. 115 ff., die in Anlehnung an die Habermassche Diskurstheorie einen Feministischen Praktischen Dialog entwickelt.

<sup>212</sup> So z.B. *Maihofer* für den Differenzansatz. Vgl. *dies.*, Gleichheit nur für Gleiche?, insb. S. 364 f.

### c) Ergebnis zu den Grundlinien einer feministischen Rechtstheorie

Zu den gemeinsamen Grundlinien einer feministischen Rechtstheorie gehört die Annahme, daß Frauen Defizite des Rechts auf eine besondere Weise wahrnehmen und aus dieser besonderen Wahrnehmung heraus Zielvorstellungen eines idealen – sprich: geschlechtergerechten – Rechts formulieren. Diese Besonderheiten rechtfertigen es, von einer feministischen Erkenntnistheorie und einer feministischen Gerechtigkeitstheorie zu sprechen, die beide Teil einer feministischen Rechtstheorie sind.

## III. Zusammenfassung und Würdigung der feministischen Jurisprudenz

### 1. Zusammenfassung

Viele feministische Ansätze beschäftigen sich nicht vorrangig mit dem Recht. Diejenigen Ansätze, die sich einer ausdrücklichen *Rechtskritik* widmen, untersuchen die geltende Rechtsordnung auf die Frage hin, ob diese der sozialen Wirklichkeit und den Bedürfnissen von Frauen gerecht wird. Dabei konstatieren sie immer wieder den Widerspruch zwischen formeller Gleichberechtigung und realen Rechtsverhältnissen: Die scheinbare Objektivität und Neutralität des Rechts entpuppe sich bei näherem Hinsehen als Trugbild, das die tatsächlich von männlichen Sichtweisen und Interessen geprägte Rechtsordnung nur mühsam verdecke.

Anerkennt man die Gültigkeit der feministischen Kritik am Recht, so drängt es sich auf, das Recht im Sinne einer feministischen *Rechtsdogmatik* neu zu systematisieren und zu interpretieren. Im Rahmen einer solchen Rechtsdogmatik würden beispielsweise im Hinblick auf das Bestreben einer widerspruchsfreien Behandlung der weiblichen Reproduktionskapazität die Rechtsnormen über Geburtenkontrolle, Abtreibung, Mutterschaftsurlaub etc. zu einem einheitlichen Geburtenrecht zusammengefaßt. Sodann würde hinsichtlich der Auslegung von Rechtsbegriffen das gängige Interpretationsinstrumentarium um die Gleichstellungsüberlegung ergänzt.

Von einer feministischen *Rechtstheorie* kann man schließlich insoweit sprechen, als eine besondere Methode weiblicher Erkenntnis angenommen wird (Erkenntnistheorie), die zu einer erweiterten Wahrnehmung

der Defizite im Recht führt, und insoweit, als eine besondere Vorstellung davon vertreten wird, was eine gerechte Rechtsordnung ausmacht (Gerechtigkeitstheorie).

Insgesamt bilden Rechtskritik, Rechtsdogmatik und Rechtstheorie einzelne Aspekte einer feministischen Jurisprudenz, die zunächst der kritischen Würdigung unterzogen werden müssen, bevor sie insgesamt oder teilweise auf die hier untersuchten Teilbereiche des privaten Vertragsrechts angewendet werden können.

## 2. Würdigung und Folge für den Gang der Untersuchung

### a) Zur Rechtskritik

Zunächst ist festzuhalten, daß die feministische Rechtskritik, soweit sie einheitlich davon ausgeht, daß Recht zur ungleichen Stellung der Frau in der Gesellschaft beiträgt, ein legitimes Anliegen vertritt. Zwar hat die Rechtsordnung sich von Auswüchsen formeller Ungleichbehandlung weitgehend befreit. Doch hat dies nicht genügt, um die historisch gewachsene Ungleichbehandlung der Geschlechter zu verdrängen. Dieser Erkenntnis entspricht es, wenn neuere Gesetzgebungsprojekte, wie zum Beispiel das schweizerische Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann, die *tatsächliche Gleichstellung* anstreben. Recht ist darüber hinaus mitverantwortlich für die faktische Ungleichheit der Geschlechter, weil es von einer *männlichen Perspektive* ausgeht. Dies wird besonders deutlich in denjenigen Teilgebieten des Rechts, in denen Frauen aufgrund ihrer Reproduktions- und Fürsorgetätigkeit nicht gleich leben wie Männer<sup>213</sup>.

Die Wahrnehmung und Beschreibung der geschlechtsbezogenen Parteilichkeit im geschriebenen und gesprochenen Recht ist die zentrale, nicht aber die einzige Aufgabe der feministischen Rechtskritik. Wo einseitige Interessenwahrnehmung offengelegt wird, muß für den neu erkennbaren Interessenkonflikt ein Ausgleich gefunden werden. *Eine feministische Rechtskritik darf sich deshalb nicht mit einer negativen Be-*

---

<sup>213</sup> Das schwache Regelungsbedürfnis frauenrelevanter Aspekte zeigt sich deutlich in der Gesetzgebung zur Mutterschaftsversicherung, die sich erst jetzt – gut fünfzig Jahre nach dem verfassungsmäßigen Auftrag – langsam der Verwirklichung nähert.

*standsaufnahme begnügen, sondern sie muß transformativ wirken und sich mit der konkreten Ausgestaltung eines patriarchatsfreien Rechts auseinandersetzen*<sup>214</sup>. Der postmoderne Ansatz kann diese Arbeit schon deshalb nicht leisten, weil aus seiner Sicht jeder Versuch einer Neuformulierung des Rechts unzulässige Ausschlüsse von 'Seins-Möglichkeiten' produziert. Auch die 'Fem-Crits' müssen sich aufgrund ihrer Skepsis gegenüber dem positiven Gestaltungspotential des Rechts auf eine negative Bestandsaufnahme desselben beschränken. Demgegenüber formulieren der liberale, der relationale und der radikale Ansatz insofern eine umfassende Rechtskritik, als sie eine – wenn auch jeweils eigene – Gleichstellungskonzeption vor Augen haben, die als Bezugspunkt für die Neugestaltung eines geschlechtergerechten Rechts dient.

*Es wird daher in der nachfolgenden Untersuchung des privaten Vertragsrechts auf die separate Diskussion des postmodernen und des 'Feminist Critical Legal Studies'-Ansatzes verzichtet, zumal die postmoderne Dekonstruktion im Sinne einer kritischen Distanz gegenüber der scheinbaren Logik des Rechts sowie eines Vordringens zu seiner kulturellen, sozialen und politischen Kontingenz*<sup>215</sup> auch innerhalb der drei umfassenden rechtskritischen Ansätze angewendet werden kann.

## **b) Zur Rechtsdogmatik**

Für die Rechtsdogmatik gilt, daß eine neue Systematisierung und Interpretation des bestehenden Rechts nahe liegt, sobald man die feministische Kritik am Recht anerkennt. Da sich die vorliegende Arbeit auf einzelne Teilgebiete des privaten Vertragsrechts beschränkt, wird keine Neugliederung der traditionellen Rechtsgebiete versucht. Dennoch sei festgehalten, daß eine systematische Frauenperspektive, wie sie mit einer solchen Neugliederung praktiziert würde, den Blick dafür schärft, wann das Recht mit seinen scheinbar objektiven und neutralen Normen spezifische Nachteile für Frauen begründet oder verfestigt.

Dies bedeutet nicht zwingend, daß die bisherigen Teilgebiete des

---

<sup>214</sup> Vgl. hierzu Réaume, S. 273: „A feminist critique of law ist, negatively, an analysis on how some or all women have been excluded from the design of the legal system or the application of law, and positively, a normative argument on how, if at all, women's inclusion can be accomplished.“ Ähnlich Wishtik, S. 66 f.

<sup>215</sup> Vgl. Alcoff, S. 415 Fn. 24.

Rechts abgeschafft werden müßten. Ein wichtiger erster Schritt würde bereits darin bestehen, eine der sozialtypisch weiblichen Lebenswirklichkeit entsprechende Zusammenstellung und Gliederung der Rechtsnormen vorzunehmen und diese als Ergebniskontrolle der bestehenden Systematik zur Seite zu stellen, damit neue Zusammenhänge und damit verbunden allfällige Unstimmigkeiten und Widersprüche im bestehenden Recht sichtbar werden und korrigiert werden können.

Daneben kommt im Rahmen der Rechtsdogmatik vor allem der Auslegung von Rechtsnormen unter der Zielsetzung tatsächlicher Chancengleichheit eine wichtige Funktion bei der systemimmanenten Förderung eines geschlechtergerechten Rechts zu<sup>216</sup>.

### c) Zur Rechtstheorie

Im Hinblick auf die feministische Rechtstheorie ist schließlich festzuhalten, daß die These einer spezifisch weiblichen Erkenntnis insofern überzeugt, als ihre Grundannahme, daß alle Erkenntnis interessegeleitet ist, Zustimmung verdient. Es wird also nicht eine biologisch bedingte Erkenntnisfähigkeit, etwa im Sinne eines siebten Sinnes von Frauen, behauptet. Vielmehr geht es darum, daß auch die Erkenntnis über Recht aus der sozialen Situiertheit der Betrachtenden heraus erfolgt. Diese soziale Situiertheit ist angesichts der herrschenden gesellschaftlichen Verhältnisse für Männer und Frauen meist nicht die gleiche. Sodann bedeutet die Annahme einer spezifisch weiblichen Erkenntnisfähigkeit im Recht auch nicht, daß das Erkannte nur Frauen zugänglich und nur für Frauen nachvollziehbar wäre. Das Erkannte muß sich im Gegenteil in nachvollziehbaren Argumenten artikulieren, denn sonst ist es – gerade im Hinblick auf den Praxisbezug einer jeden Rechtsanalyse – wertlos.

Was die feministische Gerechtigkeitstheorie betrifft, so ist in Übereinstimmung mit den verschiedenen Ansätzen davon auszugehen, daß eine Rechtsordnung nicht gerecht ist, wenn sie sich mit der Statuierung einer formellen Gleichbehandlung zufrieden gibt, obwohl dadurch erwiesenermaßen die tatsächliche Ungleichstellung der Geschlechter fest-

---

<sup>216</sup> Für die Auslegung des neuen Gleichstellungsgesetzes ist dies ausdrücklich anerkannt, siehe Botschaft zum GlG, BBl 1993 I 1293: „Die Absicht, die tatsächliche Gleichbehandlung zu verwirklichen, sollte auch die Behörden bei der Auslegung des Gesetzes leiten.“

geschrieben wird. Ergebnisgerechtigkeit verlangt hier nach mehr als bloß formeller Gleichbehandlung. Eine Gerechtigkeitstheorie, die eine Zielvorstellung der tatsächlichen Gleichstellung formuliert, ist folglich geboten.

#### **d) Ergebnis**

Für die hier vorzunehmende Analyse des Schuldvertragsrechts und des Statusvertrages 'Ehe' sind sowohl die feministische Rechtskritik als auch die feministische Rechtsdogmatik und schließlich die feministische Rechtstheorie heranzuziehen, wobei allerdings das *Hauptgewicht* der feministischen Rechtskritik zukommt. Drei der fünf vorgestellten rechtsrelevanten feministischen Ansätze begnügen sich nicht mit einer negativen Bestandsaufnahme diskriminierender Normen und Praxen, sondern sehen es als ihre Aufgabe, beim Versuch der Formulierung und Ausgestaltung eines patriarchatsfreien Rechts mitzuwirken. Es sind dies der liberale, der relationale und der radikale Feminismus. Sie bilden den Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchung.

## **ZWEITER TEIL**

### **DAS SCHULDVERTRAGSRECHT AUS FEMINISTISCHER SICHT**

Die Strukturen der patriarchalisch organisierten Gesellschaften des 19. und frühen 20. Jahrhunderts begründeten für Frauen vielfältige formelle und direkte Beschränkungen. Diese führten auch im Schuldvertragsrecht zu einer Geschlechterdiskriminierung<sup>217</sup>. Nachwirkungen dieser Strukturen in Form formellrechtlicher Bestimmungen, welche die gleichberechtigte Teilnahme von Frauen am Vertragsgeschehen verhinderten, bestanden bis in die jüngste Vergangenheit<sup>218</sup>. Von wenigen Ausnahmen abgesehen werden aber heute die Geschlechter formellrechtlich gleich behandelt. Die Gesetzgebung hat – seit 1981 auch unter dem Gebot der Gleichstellungsnorm in Art. 4 II BV – ihre Verpflichtung

---

<sup>217</sup> So wurde erst mit dem Erlaß des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit von 1881 das Ende der Geschlechtsvormundschaft in allen Kantonen durchgesetzt; vgl. *E. Huber*, S. 295; *Hausheer*, Revision, S. 219. Verheiratete Frauen standen bis zur Einführung des Zivilgesetzbuches im Jahre 1907 in allen Kantonen unter der Vormundschaft des Ehemannes; vgl. *BK-Lemp*, N 12 Vorbemerkungen; *Hausheer*, Revision, S. 219. Als weiteres historisches Beispiel sei die übereinstimmende Judikatur zur Frage der Zulassung der Frauen zur Advokatur in der schweizerischen und der US-amerikanischen Rechtsprechung genannt, die es Frauen – auch bei Vorliegen der Zustimmung des gesetzlichen Vormundes – faktisch verunmöglichte, einen Vertrag auf gerichtliche Vertretung abzuschließen; vgl. BGE 13, 1 (Kempin) bzw. *Bradwell v. Illinois*, 83 US (Wall) 130. Zur Entwicklung in Deutschland, wo erst das Grundgesetz (1949) den Zugang der Frauen zur Justiz rechtlich absicherte, vgl. *Rosenbusch*, S. 1062 ff.; *Streseman*, S. 9 ff.

<sup>218</sup> Noch bis zum Inkrafttreten des neuen Eherechts am 1.1.1988: Art. 167a ZGB (Ausübung eines Berufes oder Gewerbes der Ehefrau bedarf der Bewilligung durch den Ehemann); Art. 494 IV aOR (Interzessionsverbot – die Bürgerverpflichtung einer verheirateten Frau untersteht der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde). Daneben ist – auch wenn dieses Anstellungsverhältnis nicht unter den Regelungsbereich des privaten Vertragsrechts fällt – auf die zahlreichen Benachteiligungen von Frauen im öffentlichen Dienst hinzuweisen, die bis zur Revision des Beamtengesetzes im Jahre 1987 bestanden. Eine umfassende Darstellung der formellen Benachteiligung von Frauen im öffentlichen Dienst bietet der bundesrätliche Bericht über das Rechtssetzungsprogramm 'Gleiche Rechte für Mann und Frau' vom 26. Februar 1986, S. 21 ff.

zur Vermeidung von willkürlichen Geschlechterdifferenzierungen erkannt, so daß heute selbst Frauenförderungsgesetze wie das Gleichstellungsgesetz mit Formulierungen aufwarten, die nicht nur geschlechtsneutral-männlich (Subsumption der weiblichen unter die männliche Sprachform), sondern geschlechtssensibel (beide Geschlechter ansprechend) sind<sup>219</sup>.

*Die formelle Gleichstellung der Geschlechter im Vertragsrecht hat die Gleichstellung von Frauen in der Vertragswirklichkeit nicht bewirken können*<sup>220</sup>. Diese Feststellung bildet den Ausgangspunkt einer kritischen Untersuchung des Schuldvertragsrechts aus der Perspektive der feministischen Jurisprudenz. Hinsichtlich der Frage, wie sich das Problem der Diskriminierung von Frauen in der Vertragsrealität darstellt und wie ihm begegnet werden muß, sind aus Sicht der unterschiedlichen feministischen Ansätze jeweils andere Schwerpunkte zu setzen. Für die Untersuchung der Problematik aus der Sicht der feministischen Jurisprudenz empfiehlt es sich deshalb, zwischen den drei Hauptlinien rechtsrelevanter feministischer Ansätze – also der liberal-feministischen, der relational-feministischen und der radikal-feministischen – zu unterscheiden.

Innerhalb dieser Ansätze setzt die feministische Rechtskritik jeweils an den Auswirkungen konkreten positiven Rechts an. Die Ansatzpunkte der Kritik im Sinne des jeweiligen feministischen Ansatzes bilden deshalb den Anfang jedes Untersuchungsabschnittes (z.B. I.1). In einem zweiten Schritt ist jeweils zu prüfen, welche Teilbereichslösungen das Schuldvertragsrecht für die aus feministischer Sicht zu beanstandenden

---

<sup>219</sup> Beide Formen werden in der vorliegenden Arbeit als formell geschlechtsneutrale Normen angesehen.

<sup>220</sup> Das Defizit realer Gleichstellung ist im Hinblick auf die Gleichheitskonzepte aller drei rechtskritischen Ansätze belegt; vgl. hierzu die Ausführungen zu den Ansatzpunkten der jeweiligen feministischen Diskriminierungsthese (z.B. unten I.1). Allerdings sieht sich die feministische Rechtskritik mit dem Problem konfrontiert, daß Rechtstatsachenforschung als Teilgebiet der Rechtswissenschaft eher stiefmütterlich behandelt und an wissenschaftlichen Institutionen nur vereinzelt betrieben wird. Als erschwerendes Moment kommt hinzu, daß Rechtstatsachenforschung – wie überhaupt jede wissenschaftlicher Tätigkeit – überwiegend von Männern betrieben und von männlichen Erkenntnisinteressen bestimmt wird, was die Erforschung speziell weiblicher Erfahrungen (und Benachteiligungen) zusätzlich behindert. Zur 'männlichen Voreingenommenheit' der Rechtssoziologie vgl. *Gerhard*, Rechtsmeinungen, S. 220 ff.; ähnlich *Lucke*, S. 116 f.

Benachteiligungen bereits anbietet (z.B. I.2). Was danach als ungelöster Problembereich übrig bleibt, muß zunächst – mit den Mitteln feministischer Rechtsdogmatik, insbesondere mittels gleichheitsorientierter Auslegung – auf Möglichkeiten einer Lösung innerhalb der Grenzen des geltenden Vertragsrechts, also *de lege lata*, abgeklopft werden (z.B. I.3). Im Bereich der *de lege lata* nicht vollständig lösbaren Probleme wird schließlich nach vertragsrechtsdogmatischen Lösungsmöglichkeiten *de lege ferenda* zu suchen sein (I.4).

Insgesamt wird mit der Untersuchungsmethode eine konstruktive Kritik in vier Schritten (Diskriminierungsthese, Konnotationen, Lösungsmöglichkeiten, Novellierungsvorschläge) angestrebt.

## **I. Liberal-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts – Diskriminierung im erwerbsrelevanten Vertragsgeschehen**

Für den liberalen Feminismus bedeutet tatsächliche Gleichstellung in erster Linie die chancengleiche Partizipation an der traditionell männlichen Lebenssphäre des Erwerbslebens. Die liberal-feministische Analyse des Schuldvertragsrechts konzentriert sich darum auf diejenigen, dem Vertragsrecht zuzurechnenden Mechanismen, die Frauen von der chancengleichen Partizipation am erwerbsrelevanten Vertragsgeschehen ausschließen. Dieser Kritikansatz geht davon aus, daß Chancengleichheit in der Vertragsrealität noch nicht erreicht ist (1). Die geltenden Gleichstellungsregelungen illustrieren zwar die Lösungsmöglichkeiten, bleiben aber punktuell und damit defizitär (2). Wird das geltende Vertragsrechtsinstrumentarium – insbesondere das der vertragsrechtlichen Generalklauseln – nach liberal-feministischer Dogmatik ausgelegt und angewandt, so können schon alleine dadurch die Chancen einer realen Gleichstellung in der Vertragsrealität verbessert werden (3). Eine umfassende Problembewältigung ist hingegen aus liberal-feministischer Sicht erst durch klarstellende und neuregelnde Gesetzesänderungen zu erreichen, die zu Forderungen nach einem Vertragsrecht *de lege ferenda* führen (4).

## 1. Ansatzpunkte der liberal-feministischen Diskriminierungsthese

Wenn das zentrale Anliegen des liberalen Feminismus darin besteht, die chancengleiche Partizipation von Frauen im traditionell männlichen Bereich des Erwerbslebens zu verwirklichen, so wird eine liberal-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts sich in erster Linie auf das Arbeitsvertragsrecht konzentrieren und untersuchen, inwieweit die für diesen Vertragsbereich relevanten Rechtsregeln die Diskriminierung von Frauen begründen, fördern oder zumindest dulden (a). Daneben wird eine liberal-feministische Rechtskritik ihr Augenmerk aber auch auf andere Verträge richten, bei denen Frauen aufgrund ihres Geschlechts und unabhängig von ihren individuellen Fähigkeiten benachteiligt werden (b).

### a) Diskriminierungstatbestände im Arbeitsverhältnis

Die Feststellung, daß Frauen im Arbeitsverhältnis – namentlich bezüglich der Lohnungleichheit – schlechter gestellt sind als Männer, hat bereits 1981 zu einer ersten Korrekturmaßnahme auf Verfassungsebene geführt<sup>221</sup>. Nichtsdestotrotz kommen die verschiedenen Untersuchungen zum Thema Lohnungleichheit in den Jahren 1988 bis 1998 zu einer unerklärten Lohndifferenz von 7.1% bis 27.1%<sup>222</sup>.

Leicht erkennbare geschlechtsspezifische Lohnverhältnisse finden

---

<sup>221</sup> Siehe Art. 4 II Satz 2 BV.

<sup>222</sup> Die unterschiedlichen Prozente stammen daher, daß den Untersuchungen jeweils verschiedene soziologische und ökonomische Erklärungsmodelle zugrunde liegen. Vgl. die Zusammenfassung der Studien bei *Henneberger/Oberholzer/Zajitschek*, S. 82 ff. Es handelt sich hierbei um die Untersuchungen von *Kugler* (1988), *Diekmann/Engelhardt* (1993), *Zingg Schurposwki* (1994), *Ferroluzzi/Flückiger* (1996), *Bonjour* (1997), *Henneberger/Sousa-Poza* (1998). Das Bundesamt für Statistik errechnet einen geschlechtsspezifischen Lohnunterschied zwischen 23.7% und 27%; *Bundesamt für Statistik 1996b*, S. 67 f. Für das Jahr 1996 beträgt er noch zwischen 11% und 23%, vgl. *Bundesamt für Statistik*, Pressemitteilung Lohnstrukturerhebung 1996, S. 2. Die Lohnunterschiede ergeben sich je nach Altersklassen (bei den 40-64jährigen deutlich höher als bei den 15-39jährigen) und nach Bildungsstufe. Am kleinsten ist die Lohndifferenz bei den 15 bis 39jährigen mit Hochschulabschluß: dort beträgt sie 7.2%. Vgl. *Bundesamt für Statistik SAKE*, S. 55.

sich in Gesamtarbeitsverträgen (GAV), deren Bestimmungen zwischen ungelernten Männern und ungelernten Frauen<sup>223</sup> oder zwischen angelernten Facharbeitern und angelernten Facharbeiterinnen<sup>224</sup> unterscheiden, die zwischen gelernten Tapezierer-Dekorateurinnen und gelernten Tapezierer-Näherinnen differenzieren<sup>225</sup>, die am unteren Ende der Skala weibliche Arbeitnehmerinnen mit leichterer Arbeit ansiedeln<sup>226</sup>, oder die für die frauentypische Teilzeitbeschäftigung unterproportionale Lohnsätze sowie Sonderregelungen für den Ferienlohn vorsehen<sup>227</sup>. Andere Diskriminierungsmechanismen sind zum Beispiel der Lohnabzug bei Frauen für die Prämien einer Geburtentaggeldversicherung als zusätzlicher Abzug neben der allgemeinen Krankentaggeldversicherung<sup>228</sup>.

Frauen werden nicht nur im Rahmen bestehender Arbeitsverhältnisse, sondern auch bei der *Vertragsanbahnung* diskriminiert, indem ihnen der

---

<sup>223</sup> So Art. 201 GAV für das Buchbindergewerbe, welcher eine Stufenregelung vorsah, bei der die Lohngleichheit im Jahre 1999 erreicht würde. Die Urabstimmung von 1990, mit welcher der GAV gutgeheißen wurde, wurde vom Appellationshof des Kantons Bern wegen Verstoßes gegen Art. 4 II Satz 3 BV für nichtig erklärt; vgl. Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 26.2.1991, Nr. 279/II/90, abgedruckt in: STREIT 2/1996, S. 68 ff. Der in Frage stehende GAV ist inzwischen ausgelaufen, siehe *Freivogel*, Anmerkung, in: STREIT 2/1996, S. 74.

<sup>224</sup> Art. 12 GAV schweizerischer Reiseartikel- und Lederwarenindustrie von 1981, zitiert in *Stöckli*, Gesamtarbeitsvertrag, S. 202.

<sup>225</sup> Art. 9.1 GAV schweiz. Innendekorationsgewerbe (1984), zitiert in *Stöckli*, Gesamtarbeitsvertrag, S. 202. In diesem GAV ist die Differenzierung nach dem Geschlecht insoweit verdeckt, als unterschiedliche Berufsbezeichnungen verwendet werden. Die Unterscheidung nach dem Geschlecht der arbeitnehmenden Person ist dennoch offensichtlich: es existiert weder eine Kategorie der 'Tapezierer-Dekorateurinnen' noch eine Kategorie der 'Tapezierer-Näher'.

<sup>226</sup> Art. 39 lit a und b GAV schweizerischer Möbelindustrie; vgl. hierzu das Urteil des ArGer Unterrheintal, JAR 1986, S. 201 ff.

<sup>227</sup> Art. 32 IV GAV Autogewerbe Kt. Graubünden (1983), zitiert in *Stöckli*, Gesamtarbeitsvertrag, S. 367 Fn. 4. Für eine Kurzübersicht der gesamtarbeitsvertraglichen Gleichstellung vgl. auch *Stöckli*, Gleichstellung, S. 1384. Manche Gesamtarbeitsverträge enthalten aber auch Bestimmungen zur *Förderung* der geschlechtsbezogenen Gleichstellung, so z.B. der GAV der Maschinenindustrie.

<sup>228</sup> Basler Zeitung vom 26./27. Juli 1997. Nachdem die dort erwähnte Firma eine Vorladung zur Schlichtungsverhandlung vor der kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen erhalten hatte, übernahm sie rückwirkend den Prämienanteil für die Geburtentaggeldversicherung.

Abschluß gewisser Arbeitsverträge verwehrt wird. Ein besonders prominentes Beispiel einer solchen Benachteiligung bei der Vertragsanbahnung bildet das (noch geltende)<sup>229</sup> Nachtarbeitsverbot für Frauen<sup>230</sup>. Seine Eigenschaft als Ausgrenzungsmechanismus weiblicher Arbeitskräfte wird insbesondere dadurch verdeutlicht, daß die typischen Frauenerbeitsbereiche wie die Arbeit in Heimen, Krankenanstalten und im Gastgewerbe vom Verbot der Nachtarbeit schon immer ausgeklammert waren<sup>231</sup>. So durften Frauen in denjenigen Arbeitsbereichen, für die sich erfahrungsgemäß zu wenig männliche Arbeitskräfte finden, ohne weiteres auch nachts tätig werden. Nur dort, wo sie in Konkurrenz zu den männlichen Arbeitnehmern auftreten, waren bzw. sind die vermeintlichen Gesundheitsrisiken für Frauen (noch) Grund genug, um ihnen den Vertragsabschluß per Gesetz zu verwehren.

Zu den Mechanismen, welche den Frauen die chancengleiche Partizipation im Erwerbsarbeitsbereich erschweren, gehören auch Bestimmungen oder Praxen, welche für Neueinstellungen Höchstaltersgrenzen vorsehen oder für innerbetriebliche Beförderungen auf das Senioritätsprinzip abstellen, oder die bei betrieblichen Umstrukturierungen zunächst Angestellte mit weniger Arbeitsjahren, Zusatz- bzw. Doppelverdienende oder Teilzeitangestellte entlassen<sup>232</sup>. Solche Kriterien vernachlässigen die weibliche Lebensbiographie. Frauen weisen oftmals eine mehrjährige Unterbrechung der Arbeitstätigkeit durch Kindererziehung auf; sie sind aufgrund der vorherrschenden Arbeitsteilung sowie ungleicher Lohnstrukturen oft Zusatzverdienende, und sie stellen 87.2% der Teilzeitangestellten<sup>233</sup>. Differenz bleibt so geschlechtsspezifisch

---

<sup>229</sup> Das revidierte Arbeitsgesetz vom 20. März 1998, *welches das Nachtarbeitsverbot für Frauen nicht mehr enthält*, wird voraussichtlich Ende 1999 in Kraft treten.

<sup>230</sup> Art. 34 III (des „alten“) ArG i.V.m. Art. 70 I VO I ArG, SR 822.11 und 822.111. Zur Gleichstellungsproblematik im Zusammenhang mit dem Nachtarbeitsverbot vgl. C. Kaufmann, *Sonderrechte*, S. 168 ff.; Schiek, S. 152. Kritisch zur gleichstellungsfördernden Wirkung seiner Aufhebung Bigler-Eggenberger, S. 5.

<sup>231</sup> Vgl. Art. 1, 7 und 23 VO II zum („alten“) Arbeitsgesetz, SR 822.112.

<sup>232</sup> Die Arbeitslosenquote der Frauen lag 1996 bei 5.1%, diejenige der Männer bei 4.4%. *Bundesamt für Statistik 1997b*, S. 8. Frauen stellen auch mit 57% den größten Teil der Langzeiterwerbslosen, vgl. den Hinweis bei Henneberger/Oberholzer/Zajitschek, S. 18.

<sup>233</sup> Zum diskriminierenden Charakter dieser Praxen: Arioli, *Indirekte Diskriminierung*, S. 1332; GlGK-Bigler-Eggenberger, N 9 zu Art. 5 GlG; GlGK-Freivogel, N 22 ff., 69 ff. zu Art. 3 GlG; Weber-Dürler, S. 377.

weiblich, während die daraus resultierende Ungleichbehandlung bei oberflächlicher Betrachtung wertneutral erscheint. Tatsächlich ist aber ein Standard, der die Lebensweise von rund der Hälfte der Bevölkerung nicht berücksichtigt, weder objektiv noch neutral.

Schließlich beschränkt sich die Erwerbstätigkeit von Frauen im Regelfall nach wie vor auf eine beschränkte Anzahl von – vergleichsweise schlecht bezahlten – Berufszweigen (horizontale Segregation des Arbeitsmarktes)<sup>234</sup>. Wo Frauen überhaupt vertreten sind, zeigt sich eine erhebliche Unterrepräsentanz in den verantwortungsvollen und einflußreichen Positionen (vertikale Segregation des Arbeitsmarktes)<sup>235</sup>. Diese sogenannte '*strukturelle Geschlechterdiskriminierung*'<sup>236</sup> bezeichnet eine Form der Benachteiligung von Frauen, die sich nicht auf konkrete Diskriminierungshandlungen reduzieren läßt, sondern die erst im Endergebnis, nämlich in der zahlenmäßigen Diskrepanz der in einer Berufs- oder Funktionsgruppe vertretenen Frauen und Männer, sichtbar wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß im Arbeitsverhältnis nach wie vor ein Gleichstellungsdefizit herrscht und die reale Gleichstellung in Form einer chancengleichen Partizipation von Frauen in diesem Bereich des Schuldvertragsrechts noch nicht erreicht ist.

---

<sup>234</sup> Daß gemischte Berufsgruppen die Ausnahme und nicht die Regel sind, zeigt die Untersuchung des Bundesamtes für Statistik: 97,6% aller Erwerbstätigen arbeiten in Berufsgruppen, in denen ein Geschlecht dominiert. 81,6% der Frauen sind in Berufsgruppen tätig, die als typisch weiblich gelten (mehr als 63% der Beschäftigten sind Frauen). 10% arbeiten in 'Männerberufszweigen' (mehr als 77% der Beschäftigten sind Männer). Demgegenüber arbeiten 60,5% der Männer in 'Männerberufszweigen' und 28,8% in 'Frauenberufszweigen'. *Bundesamt für Statistik 1996a*, S. 181.

<sup>235</sup> 60,4% der Frauen sind als Arbeitskräfte ohne Vorgesetztenfunktion beschäftigt, gegenüber 39,4% der Männer. 19,5% der Frauen haben eine Kaderposition inne, gegenüber 36,2% der Männer. 8,8% der Frauen sind in der Unternehmensführung, gegenüber 17,6% der Männer. 11% der Frauen üben eine selbstständige Tätigkeit aus, gegenüber 17,5% der Männer. *Bundesamt für Statistik 1997a*, S. 53. Eine 1992 durchgeführte Studie zeigt, daß bei 300 untersuchten Unternehmen gerade 11% der Kaderstellen mit Frauen besetzt sind. Auf der Stufe der Direktion und der Geschäftsleitung sind es 7%, auf der Stufe der Generaldirektion oder Unternehmensleitung sind es 1,5%. *Schweizer Handelszeitung* Nr. 36, 3. Sept. 1992. Zur horizontalen sowie zur vertikalen Segregation des Arbeitsmarktes vgl. auch *Charles*, S. 6 ff.

<sup>236</sup> Der Begriff stammt von *Benda*, S. 7 f.

## b) Diskriminierungstatbestände bei anderen Verträgen

### aa) Mitgliedschaftsdiskriminierung

Frauen wird auch heute noch die Mitgliedschaft in gewissen privaten Personenverbindungen verwehrt. So nehmen beispielsweise die Zürcher Zunftgenossenschaften, die ganz überwiegende Zahl Rotary Clubs der Schweiz<sup>237</sup> oder gewisse Studentenvereinigungen keine Frauen auf. Die amtierende Box-Weltmeisterin, Christina Nigg aus Thun, mußte, da der Schweizerische Boxverband den Frauen die Aufnahme verweigert, ihre Lizenz in den USA beantragen<sup>238</sup>.

Dieses verbandsrechtliche Problem erlangt insofern *vertragsrechtliche Bedeutung*, als die Aufnahme in solche Verbände in der Regel durch Vertrag erfolgt<sup>239</sup>, der Vertragsabschluß aber Frauen nicht offensteht. Die Vertragsverweigerung bedeutet eine zweifache Diskriminierung: Erstens besteht eine formelle Ungleichbehandlung im Zugang zum Vertragsabschluß, da Frauen aufgrund ihres Geschlechts und somit ohne Ansehen ihrer sonstigen Qualifikationen als Vertragspartnerinnen ausgeschlossen werden. Zweitens beschränkt eine solche Mitgliedschaftspolitik die chancengleiche Partizipation von Frauen am erwerbsrelevanten Vertragsgeschehen. Private Vereinigungen – insbesondere solche mit wirtschaftlicher Ausrichtung – verzeichnen einen stetigen Bedeutungszuwachs<sup>240</sup>. Die Mitgliedschaft in solchen Zusammenschlüssen ist daher für das berufliche Beziehungsnetz oftmals förderlich<sup>241</sup>. Werden

<sup>237</sup> Nur in 20 von 170 Clubs sind weibliche Mitglieder vertreten – und auch dies erst seit jüngster Vergangenheit. Von den insgesamt 9325 Mitgliedern sind 118 weiblichen Geschlechts; statistische Angaben der zentralen Mitgliederverwaltung Rotary Schweiz und Lichtenstein (Stand Juni 1998).

<sup>238</sup> Zu ihrem Titelgewinn: NZZ vom 2. März 1998, S. 52 (ohne Thematisierung der diskriminierenden Aufnahmepraxis des Boxverbandes. Diese war Thema der Sendung '10 vor 10' vom 25. Februar 1998).

<sup>239</sup> Honsell-Heini, N 31 zu Art. 31 ZGB. Riemer (BK-Riemer, N 42 zu Art. 70 ZGB) spricht demgegenüber von „Beitrittsvertrag“ und Curti (Mitgliedschaftsrechte, S. 16) von „Mitgliedschaftsvertrag“.

<sup>240</sup> Siehe dazu Lukes, S. 192 f.

<sup>241</sup> Zum stark überproportionalen Anteil der Mitglieder von Studentenverbindungen in den politischen Spitzenpositionen vgl. Altermatt, S. 75 f. Z.B. gehörten rund 3/4 aller Bundesräte in ihrer Studienzeit einer Studentenverbindung an. Das Sozialprofil der Bundesräte soll sich zudem kaum von demjenigen der eidgenössischen Parlamentarier unterscheiden; ders., S. 72. Zur männerbündischen Dimension der Studentenverbindungen um die Jahrhundertwende vgl. Blatt-

Frauen davon ausgeschlossen, so hat dies ihre Benachteiligung im Wettbewerb um erwerbsrelevante Vertragsabschlüsse und somit eine Chancengleichheit im Erwerbsleben zur Folge.

Die geschlechtsbezogene Mitgliedschaftsdiskriminierung durch private Personenverbindungen ist in der Literatur verschiedentlich thematisiert<sup>242</sup>, jedoch bislang nicht Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens geworden<sup>243</sup>. Auch in der Gesetzgebung wird ein Verbot der Mitgliedschaftsdiskriminierung nicht diskutiert. Anders die ausländische Gesetzgebung und Rechtsprechung, die diese Form der Vertragsverweigerung als Diskriminierung behandelt und sie untersagt<sup>244</sup>.

---

mann, S. 145 ff.

<sup>242</sup> Vgl. z.B. Werro, S. 27 Fn. 62; Zäch, Verfassungsrecht, S. 25 f.

<sup>243</sup> Für die Mitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Korporationen vgl. demgegenüber BGE 117 Ia 107.

<sup>244</sup> Ein explizites Verbot der Mitgliedschaftsdiskriminierung enthält Title XLIV, Civil Rights, Section 760.60 des US-Bundesstaates Florida für wirtschaftliche orientierte Verbände mit einer bestimmten Größe (über 400 Mitglieder) und einer gewissen festen Infrastruktur. Eine ähnliche Bestimmung enthält der New York City Human Rights Code. Eine von 125 privaten Klubs eingereichte Verfassungsbeschwerde gegen das Verbot der Mitgliedschaftsdiskriminierung im Human Rights Code wurde vom Supreme Court abgelehnt; vgl. *New York State Club Association Inc. v. City of New York et al*, 487 U.S. 1 (1988). Sodann entschied der kalifornische Court of Appeals, daß ein lokaler Rotary Club ein 'business establishment' darstelle, von dem Frauen aufgrund des in Art. 51 Civil Code verankerten Diskriminierungsverbotes nicht generell ausgeschlossen werden dürften. Auch die Sanktionen der Dachorganisation - also Rotary International - gegenüber einem lokalen Klub, welcher Frauen zulasse, seien vom zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot erfaßt und daher unzulässig. Vgl. *Rotary Club of Duarte v. Board of Directors of Rotary International*, 178 Cal. App. Rpt. 3d, 1035 (Cal. Ct. App. 1986). Der Entscheid wurde vom US-amerikanischen Supreme Court geschützt, vgl. *Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte*, 481 U.S. 1940 (1987). Der Begriff des 'business establishment', wird von den kalifornischen Gerichten extensiv ausgelegt. Als solches qualifiziert und dem Diskriminierungsverbot unterstellt wurde auch eine lokale Pfadfinderorganisation und ein lokaler Golfklub. Siehe *Curran v. Mount Diablo Council of the Boy Scouts*, 195 Cal. Rptr. 325 (Cal. 2nd Dist. 1983) und *Warfield v. Peninsula Golf & Country Club*, 42 Cal. Rptr. 2d 50 (Cal. 2nd Dist. 1995), 896 P.2d 776 (*rehearing denied*).

bb) *Preisdiskriminierung*

(1) Erstes Beispiel: Dienstleistungen

Eine geschlechtsbezogene Differenzierung in der Vertragswirklichkeit besteht beispielsweise bei gewissen Dienstleistungsverträgen. Frauen bezahlen für ihre Kurzhaarfrisur regelmäßig deutlich mehr als Männer<sup>245</sup>, die Abänderung weiblicher Kleidungsstücke wird zu einem höheren Tarif berechnet als die der vergleichbaren männlichen Kleidungsstücke<sup>246</sup>, und wer eine Bluse in die Reinigung gibt, bezahlt dafür fast doppelt soviel wie für ein Hemd<sup>247</sup>. Im US-amerikanischen Rechtskreis spricht man angesichts dieses Phänomens unter anderem von einer 'Gender Tax' und sieht im finanziellen Mehraufwand, den Frauen für solche Dienstleistungen erbringen müssen, eine Art geschlechtsspezifische Zusatzsteuer<sup>248</sup>. Da aber Steuern gemeinhin an den Staat und nicht

---

<sup>245</sup> Das ist nicht nur in der Schweiz so: Ein Umfrage in den New Yorker Friseurläden ergab, daß 48.5% der Geschäfte bei weiblichen Kundinnen für dieselbe Dienstleistung einen höheren Preis verlangen, vgl. New York Times vom 10. Januar 1998, Sec. B., S. 1.

<sup>246</sup> Eine Anfrage bei den größeren Kleidergeschäften in den Städten Bern und Zürich ergab, daß das Kürzen einer Frauenbundfaltenhose regelmäßig einige Franken mehr kostet als das Kürzen einer Männerbundfaltenhose.

<sup>247</sup> So das Ergebnis einer telefonischen Anfrage bei 30 Kleiderreinigungsgeschäften im Raume Zürich und Fribourg. Der durchschnittliche Preisunterschied betrug 44.5%. Der kleinste Preisunterschied betrug 27.5%, der größte 60.55%. Die Anfrage richtete sich auf den Preis für die Reinigung einer Baumwollbluse und eines Bauwollhemdes, jeweils handgebügelt. Nur ein Geschäft bot diese Dienstleistung zum selben Preis an. Zwei Geschäfte erklärten sich bereit, bei einer Bluse, die sich durch nichts von einem Männerhemd unterscheidet, den Männerpreis zu verrechnen. Die Erklärungen für den Preisunterschied variierten: Das Bügeln sei aufwendiger (Runde Knöpfe bei Frauenblusen, Ärmel werden rund gebügelt; es wird keine Stärke beigegeben); Männerhemden könnten in die Reinigungsinstitute gegeben werden, und diese würden keine Frauenblusen nehmen; der Preisunterschied habe Tradition, irgendwo müßten Männer ja Privilegien haben; Männer seien die besseren Kunden, weil sie mehr Hemden pro Woche bräuchten. Nebenbei sei bemerkt, daß Männerhemden meist maschinell gebügelt werden und daher in der Reinigung noch billiger sind, dieser Dienst aber (auch für weiße) Frauenblusen nicht angeboten wird.

<sup>248</sup> Ein 1995 verfaßter Rapport des *California Senate Judiciary Commission* hält fest, daß im US-Bundesstaat Kalifornien die Preisdiskriminierung im Durchschnitt für jede Frau Mehrkosten von USD 1'351.-- pro Jahr verursacht. Siehe California Senate Judiciary Committee, Committee Report for 1995, Cal. A.B. 1100, 1995-1996 Reg. Sess. 2, gespeichert in der elektronischen Datenbank *Westlaw*, CCA da-

an Private abgegeben werden müssen, wird diese Art der Diskriminierung – trotz der kartellrechtlichen Konnotation des Begriffes – vorliegend als 'Preisdiskriminierung' benannt.

Während diese *geschlechtsspezifische Austauschdisparität* in der Schweiz nicht thematisiert wird, haben andere Privatrechtsordnungen solche sachlich nicht gerechtfertigten Unterscheidungen nach dem Geschlecht der Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, als unzulässige vertragliche Diskriminierung verboten und mit Geldbußen belegt<sup>249</sup>. Solche gesetzlichen Verbote entsprechen auch den rechtspolitischen Forderungen des liberal-feministischen Ansatzes, worauf im Rahmen der Ausführungen *de lege ferenda* noch zurückzukommen ist. Hier ist indes noch einmal kurz darzulegen, warum solche Unterscheidungen, denen letztlich keine existentielle Bedeutung zukommt, aus liberal-feministischer Sicht problematisch sind.

Sie sind zunächst einmal deshalb problematisch, weil jede unsachliche Differenzierung nach dem Geschlecht dem Gleichstellungskonzept des liberal-feministischen Ansatzes zuwiderläuft. Sodann betonen solche Differenzierungen die Unterschiede zwischen den Geschlechtern, statt – wie es der liberal-feministische Ansatz fordert – das Geschlecht als rechtlich zulässige Unterscheidungskategorie möglichst zurückzudrängen. Schließlich orientiert sich diese Form der Differenzierung an traditionellen Geschlechtsbildern. So spielt bei den Preisunterschieden für das Haarschneiden und für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Bekleidung untergründig die Vorstellung mit, daß für Frauen die Frisur und die Bekleidung wichtiger sind (und sein soll) als für Männer, weil diese Dinge zum Aussehen beitragen und für Frauen das Aussehen wichtiger ist (und zu sein hat) als für Männer. Maßgeblich für die Differenzierung ist damit ein ganz bestimmtes Geschlechterbild,

---

tabase.

<sup>249</sup> Vgl. z.B. § 51.6 California Civil Code (Gender Tax Repeal Act), West's Annotated California Codes, 1982 (mit Supplement 1996); § I-2501-2556 Washington, D.C., Code Annotated, 1992 (mit Supplement 1996); Art. 1 und 2, Statutes of Ontario, Chapter 53 (Human Rights Code of 1981), abgedruckt in *Trachsler*, S. 247 ff. Auch die Stadt New York hat eine Preis-Diskriminierungs-Verordnung für den Einzelhandel (retail establishments) verabschiedet (City Council Bill No. 804-A), vgl. *New York Times* vom 10. Januar 1998, Sec. B, S. 1. Im US-Bundesstaat Florida hat das *House of Representatives* eine Gesetzesvorlage zur Preisdiskriminierung (Fair Pricing Act) gutgeheißen; vgl. Florida H.B. 797, 1995 Regular Session § 501.056. Siehe zum Ganzen *Recent Legislation*, S. 1839 ff.

welches Frauen unter anderem in die Sparte der Dekorationsobjekte verweist. Aus liberal-feministischer Sicht stehen aber solche Geschlechtsbilder der tatsächlichen Gleichstellung im Sinne einer chancengleichen Partizipation von Frauen im Erwerbsleben entgegen: Dekorationsobjekte mögen ihre Reize haben, doch ernst genommen und als gleichwertig akzeptiert werden sie nicht. Daher stellen aus liberal-feministischer Sicht Vertragspraxen, die ein solches Bild der Frau zugrunde liegt, eine Diskriminierung dar. Indem das Recht diese Diskriminierungen nicht als solche wahrnimmt, zementiert es ein Geschlechterverhältnis, in welchem die reale Gleichstellung unnötig erschwert wird.

## (2) Zweites Beispiel: Versicherungsprämien

Preisdiskriminierungen aufgrund des Geschlechts bestehen auch im Rahmen der freiwilligen Taggeldversicherung und der Zusatzversicherungen im Krankheitsfall. In diesem Bereich gilt die Vertragsfreiheit<sup>250</sup>. Als Folge davon bezahlen Frauen manchmal für eine private Taggeldversicherung bis zu viermal und für eine Zusatzversicherung bis zu dreimal mehr als gleichaltrige Männer. Eine 1993 durchgeführte Erhebung bei zehn Versicherungsgesellschaften kommt für den Bereich der Zusatzversicherungen im Durchschnitt auf eine um 62,8% höhere Frauenprämie<sup>251</sup>.

<sup>250</sup> Kritisch hierzu *Bigler-Eggenberger*, Rechtsgleichheit, S. 21.

<sup>251</sup> Tagesanzeiger vom 8. Oktober 1993. Zu den Zahlen: 1996 bezahlte bei der Helvetia-Versicherung ein 26 bis 30jähriger Mann für ein Taggeld von Fr. 100.-- pro Tag eine Prämie von Fr. 16.90; die gleichaltrige Frau bezahlte dafür Fr. 72.80, also rund viermal mehr. Motion Gonseth, AmtlBull NR 106 (1996), S. 757 ff. Bei der gleichen Versicherung kostete die Halb-Privatversicherung für 26 bis 30jährige Männer Fr. 52.10, für gleichaltrige Frauen Fr. 176.10, also rund dreimal mehr. Schließen die Frauen das Mutterschaftsrisiko aus der Halb-Privatversicherung aus, so bleibt die Monatsprämie mit Fr. 88.-- immer noch deutlich über der Männerprämie. Berner Zeitung vom 13. Dezember 1995; Der Bund vom 9. Juli 1996. Bei der Zürich-Versicherung kostete eine private Zusatzversicherung 1993 für 21 bis 25jährige Männer pro Jahr Fr. 1'078.-- und für gleichaltrige Frauen Fr. 2'583.--, also rund 140% mehr. Bei den 31- bis 35jährigen waren die Prämien für Frauen doppelt so hoch, bei den 41 bis 45jährigen bezahlten Frauen noch 50% mehr. Tagesanzeiger vom 14. Dezember 1992. Bei der Spitalzusatzversicherung des Groupe Mutuel (Avenir u.a.) kostet der Spitalzusatz für die ganze Schweiz Fr. 7.50. Die Mutterschaft ist von diesem Zusatz ausgenommen und kostet zusätzlich pro Monat Fr. 10.--. Hingegen gilt bei der Visana und

Folgende Ursachen werden für die höheren Frauenprämien genannt: Erstens stehen Frauen weniger häufig als Männer in einem Arbeitsverhältnis und sind deshalb nicht in die obligatorische Unfallversicherung eingebunden. Somit gehen mehr Unfälle von Frauen zu Lasten der Krankenversicherung. Zweitens übernimmt die Militärversicherung einen beachtlichen Anteil der Krankheits- und Unfallkosten von Armeeangehörigen – zur Hauptsache Männer. Drittens erreichen Frauen durchschnittlich ein höheres Alter als Männer. Viertens übertreffen die Krankheitskosten von Frauen im Alter diejenigen der Männer. Fünftens werden Leistungen bei Mutterschaft von der Krankenversicherung erbracht<sup>252</sup>.

Diese Gründe vermögen die höheren Prämien indes nicht zu rechtfertigen. Soweit die Mehrkosten für weibliche Versicherte auf den Wegfall der Unfall- und Militärversicherung zurückzuführen sind, ist ihre In-Rechnung-Stellung diskriminierend. Denn man kann nicht dem einen Teil der Bevölkerung drei (Unfall-, Kranken-, Militärversicherung) und dem anderen Teil eine Versicherung (Krankenversicherung) zur Verfügung stellen und danach im Rahmen der einen Versicherung den Kostenausgleich treffen. Was die höhere Lebenserwartung von Frauen angeht, so vermag diese Tatsache die geschlechtsspezifischen Prämien nicht zu begründen. Da die Prämien nach Alter abgestuft sind, ist nicht ersichtlich, warum die höhere Lebenserwartung von Frauen dazu führen soll, daß Frauen *jeden* Alters höhere Prämien bezahlen. Hinzu kommt, daß aufgrund der altersbedingten Prämien die Frauen für ihre hohe Lebenserwartung selbst aufkommen. Die Gruppe der Versicherten besteht aus lebenden, nicht aus toten Menschen. Wer eine gewisse Altersgrenze überschreitet, bezahlt für das altersbedingte Risiko. Bezüglich der höheren Krankheitskosten von Frauen im Alter ist sodann darauf hinzuweisen, daß bis zum 50. Altersjahr die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bei Frauen tiefer liegt als bei Männern; erst ab dem 55. Altersjahr übertreffen die Frauen die Männer an Krankheitsfällen<sup>253</sup>.

---

der CSS auch in den Zusatzversicherung der Grundsatz der Prämiengleichheit zwischen Frau und Mann. Berner Zeitung vom 6. Juni 1996; Der Bund vom 9. Juli 1996.

<sup>252</sup> Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Krankenversicherung, S. 3 f.

<sup>253</sup> Informationsschreiben des Konkordats der Schweizerischen Krankenkassen Nr.

Dies bedeutet, daß Frauen ihre häufigere Krankheit im Alter zumindest teilweise durch ihre niedrigere Krankheitsrate bis zum 50. Lebensjahr kompensieren. Was schließlich die Mehrkosten aufgrund der Schwangerschaft angeht, so können diese Kosten schon deshalb nicht den Frauen allein angerechnet werden, weil auf jede Schwangerschaft ein Mann als Mitverursacher kommt. Die einseitige Kostenzuweisung der Mutterschaft an die Frauen ist insoweit nicht gerechtfertigt. Insgesamt ist also festzuhalten, daß die geschlechtsspezifischen Prämien bei den Taggeld- und Zusatzversicherungen Frauen diskriminieren.

## (3) Drittes Beispiel: Kaufvertrag

Im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischen Vertragsbedingungen ist schließlich eine in den USA durchgeführte Studie erwähnenswert, in welcher das Vertragsverhalten von Autoverkäufern gegenüber weiblichen Käufergruppen untersucht wurde. Die Ergebnisse lassen sich zwar aufgrund der unterschiedlichen Sozial- und Wirtschaftsstruktur der USA nicht ohne weiteres auf die hiesigen Verhältnisse übertragen. Die Studie verdient aber insoweit Beachtung, als sie geschlechtliche Implikationen in einem Bereich offenlegt, wo gemeinhin mit geschlechtsneutralem Verhandlungsgeschick gerechnet wird: dem Kaufvertrag. In den über 300 Vertragsverhandlungen, welche auf der Käuferinnen- und Käuferseite nach einem vorgegebenen und eingeübten Skript verlief<sup>254</sup>, erzielten weiße und farbige Frauen regelmäßig *schlechtere* Anfangs- und Schlußofferten als weiße Männer<sup>255</sup>.

Die Studie kommt zu dem Ergebnis, daß das geschlechtsspezifische Preis-Leistungsverhältnis einerseits mit der sogenannten 'statistical discrimination'-Theorie zu erklären ist, bei welcher die Verkäuferseite anhand von Vermutungen über die Sachkenntnis und die allgemeine Verhandlungsfähigkeit von bestimmten Käufergruppen (Stereotypisierung) die Preise variiert<sup>256</sup>. So bewirken gesellschaftliche Vorurteile über Ein-

<sup>254</sup> Die 28 Testpersonen waren alle zwischen 28 und 32 Jahre alt, erhielten nach der obligatorischen Schulzeit eine drei- bis vierjährige Zusatzausbildung und wurden von ihrem Aussehen her als 'durchschnittlich' bewertet. Sodann war das verbale wie auch das nicht-verbale Verhalten der Testpersonen vorgegeben; *Ayres/Siegelman*, S. 306.

<sup>255</sup> Mit der Anfangs- und Schlußofferte eines weißen männlichen Interessenten als Bezugspunkt ergaben sich folgende Resultate: schwarze Interessenten erhielten eine Anfangsofferte, die im Durchschnitt USD 935.-- höher lag. Schwarze Interessentinnen erhielten eine im Durchschnitt um USD 320.-- höhere Anfangsofferte. Weiße Interessentinnen schließlich erhielten eine im Durchschnitt um USD 110.-- höhere Anfangsofferte. Auch die eingeübten Verhandlungen um den Kaufpreis brachten keine Verbesserung der Offerten für diese Gruppen. So erhielten schwarze Interessenten eine Schlußofferte, die im Durchschnitt USD 1100.-- über derjenigen der weißen männlichen Interessenten lag, schwarze Frauen bezahlten USD 410.-- und weiße Frauen USD 92.- mehr als die weißen männlichen Testpersonen; *Ayres/Siegelman*, S. 307 f.

<sup>256</sup> *Ayres/Siegelmann*, S. 317. Vgl. *Parrish* (S. 3), zitiert in *Ayres/Siegelman*, S. 317: „[S]alesmen ... categorize people into 'typical' buyer categories. During my time as a salesman I termed the most common of these the 'typically uninformed buyer' ... [in addition to their lack of information, these] buyers tended to dis-

stellung, Persönlichkeit und Befähigung von Frauen, daß diese auch bei exakt gleicher Verhandlungstechnik und Strategie im Ergebnis schlechtere Vertragsresultate erzielen und somit benachteiligt werden. Ein weiterer möglicher, nicht aber ausschließlicher Ansatzpunkt für die Leistungsdisparität wird in der 'animus-based discrimination' gesehen. Hier entwickelt sich durch die erzwungene Assoziation der Verkaufsperson mit Mitgliedern einer hierarchisch tiefer eingestuft Gruppe ein psychologisches Unwohlsein, welches sich in höheren Preisen und kürzeren Verhandlungszeiten niederschlägt<sup>257</sup>.

cc) *Zwischenergebnis*

Frauen sind nicht nur im engen Bereich des Arbeitsverhältnisses benachteiligt. Vielmehr bestehen nach wie vor Differenzierungen formeller Art bei anderen Verträgen, insbesondere bei Aufnahmeverträgen gewisser Verbände und bei einzelnen Dienstleistungsverträgen. In materieller Hinsicht besteht das maßgebliche diskriminierende Moment bei der Mitgliedschaftsdiskriminierung darin, daß Frauen nicht die gleiche Chance haben, ihr berufliches Beziehungsnetz zu fördern, während die Preisdiskriminierung überwiegend auf überkommenen Rollenbildern beruht, welche die Akzeptanz von Frauen als gleichwertige Geschäftspartnerinnen untergräbt.

c) **Ergebnis zu den Ansatzpunkten der liberal-feministischen Diskriminierungsthese**

Wenn eine Kundin oder ein Kunde in einer Bäckerei, an einem Kiosk oder in einem Warenhaus einen Kaufvertrag abschließt, ist der Preis der gekauften Ware für Frauen und Männer genau derselbe. Genauso geschlechtsneutral stellt man sich das gesamte Schuldvertragsrecht vor: Leistung und Gegenleistung sind entweder vorgegeben (z.B. durch ein Preisschild oder durch feste Stundenansätze) und schon deshalb für alle

---

play other common weaknesses. As a rule they were indecisive, wary, impulsive and, as a result, were easily misled. Now take a guess as to which gender of the species placed at the top of this 'typically easy to mislead' category? You guessed it - women." Vgl. zur *statistical discrimination theory* auch Henneberger/Oberholzer/Zajitscheck, S. 38 f.

<sup>257</sup> Ayres/Siegelmann, S. 313 ff.

gleich, oder sie hängen vom individuellen Verhandlungsgeschick oder der Verhandlungsposition der einzelnen Vertragsbeteiligten ab. Indes läßt bereits eine kursorische Betrachtung der Vertragswirklichkeit erkennen, daß die Annahme der Geschlechtsneutralität von Vertragsbedingungen in dieser Allgemeinheit nicht zutrifft. Vielmehr kann eine *geschlechtsspezifische Diskriminierungsrealität im Vertragsrecht* durch eine Reihe von Beispielen belegt werden. Dies rechtfertigt es aus liberal-feministischer Sicht, von einer über das Arbeitsverhältnis hinausgehenden Diskriminierung der Frauen im Vertragsrecht zu sprechen.

## 2. Liberal-feministische Konnotationen im geltenden Vertragsrecht

Einzelne Regelungen des geltenden Vertragsrechts entsprechen schon heute der liberal-feministischen Forderung nach der chancengleichen Partizipation von Frauen am Vertragsgeschehen. Sie können als erste Illustration einer Öffnung des Vertragsrechts für liberal-feministische Forderungen dienen.

### a) Chancengleichheit im Arbeitsverhältnis

#### aa) Völkerrechtliche Normen

Die Schweiz hat mehrere internationale Übereinkommen ratifiziert, die sich auf die geschlechtsbezogene Gleichstellung im Arbeitsverhältnis auswirken<sup>258</sup>. Dazu gehören namentlich das IAO<sup>259</sup>-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf<sup>260</sup> und der

<sup>258</sup> Zu den Implikationen des europäischen Gemeinschaftsrechts und der Rechtsprechung des EuGH bezüglich der geschlechtsbezogenen Gleichstellung, die bei einem Beitritt der Schweiz zur EU zusätzlich zu beachten wären, vgl. *Epiney*, Internationalisierung, S. 4 ff.

<sup>259</sup> Die IAO ist eine von der UNO anerkannte und dieser angeschlossene Sonderorganisation. *Kneubühler*, S. 38. Vgl. *dies.* (S. 160 ff.) für die von der Schweiz ratifizierten IAO-Übereinkommen.

<sup>260</sup> SR 0.822.721.1, von der Bundesversammlung am 15. Juni 1961 genehmigt, vgl. BBl 1960 I 29. Das Übereinkommen Nr. 111 umfaßt das Übereinkommen Nr. 100 betreffend gleiches Entgelt männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (AS 1973 II 1601), vgl. BBl 1960 I 35 sowie BBl 1971 II 1543. Die

Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Uno-Menschenrechtspakt I)<sup>261</sup>. Das IAO-Übereinkommen verpflichtet die Unterzeichnerstaaten zur Festlegung einer innerstaatlichen Politik mit dem Ziel der Verwirklichung der Chancengleichheit in Beschäftigung und Beruf (Art. 2), und der Uno-Menschenrechtspakt I statuiert den Grundsatz der Lohngleichheit und das Recht auf Chancengleichheit bezüglich der beruflichen Aufstiegschancen (Art. 7 lit. a (i)).

Das bisher *bedeutsamste internationale Regelwerk* zur Gleichstellung von Frau und Mann ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 18. Dezember 1979 über die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (*Uno-Frauenübereinkommen*, FRÜ)<sup>262</sup>. Das Uno-Frauenübereinkommen beschäftigt sich ausschließlich mit der geschlechtsbezogenen Gleichstellung. Das in ihm verankerte Diskriminierungsverbot ist weit gefaßt und erstreckt sich sowohl auf den öffentlichen wie auch auf den privaten Bereich<sup>263</sup>. Die Vertragsstaaten verpflichten sich darin zur Verfolgung einer „unverzöglichen Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau“<sup>264</sup>. Bezüglich der Gleichstellung im Arbeitsverhältnis statuiert Art. 11 I FRÜ eine Reihe von Gleichbehandlungsgeboten, etwa im Hinblick auf Arbeitsmöglichkeiten, auf Arbeitsbedingungen und beruflichen Aufstieg, auf Lohngleichheit, auf soziale Sicherheit und auf Schutz der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz (lit. b-f). Zudem sollen gemäß Art. 11 II FRÜ die Vertragsstaaten Maßnahmen treffen, um die Diskriminierung der Frau wegen Mutterschaft und Eheschließung zu verhindern (lit a-d).

---

bundesrätliche Botschaft zum Übereinkommen Nr. 111 hält zusätzlich fest, daß der privatrechtliche Grundsatz der Vertragsfreiheit der Nicht-Diskriminierung nicht entgegenstehe, BBl 1960 I 36 f. Zur impliziten Verpflichtung einer diskriminierungsfreien Auslegung des Privatrechts durch das Übereinkommen Nr. 111 siehe auch *Trachsler*, S. 36 Fn. 4.

<sup>261</sup> SR 0.103.1, von der Bundesversammlung am 13. Dezember 1991 genehmigt, vgl. BBl 1991 IV 1104.

<sup>262</sup> Von der Bundesversammlung am 4. Oktober 1996 genehmigt, vgl. BBl 1996 IV 860. Vgl. weiter die Botschaft zum Übereinkommen in BBl 1995 IV 860. Zum geschichtlichen Hintergrund vgl. *Delbrück*, S. 252 ff.

<sup>263</sup> Vgl. Art. 1 des Übereinkommens sowie BBl 1995 IV 918; *Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen, S. 175; *Delbrück*, S. 265; *GIGK-Epiney/Rafael*, N 135 zu Int. Vergleich; *Hausammann/Schläppi*, S. 37.

<sup>264</sup> Art. 2 des Übereinkommens.

Welche Auswirkungen die erwähnten Übereinkommen für die schweizerische Rechtswirklichkeit haben, hängt im wesentlichen von der *direkten Anwendbarkeit* ihrer Bestimmungen ab<sup>265</sup>. Zwar sind gemäß den Grundsätzen der Inkorporationstheorie die von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtliche Verträge Teil der schweizerischen Rechtsordnung. Insoweit enthalten internationalen Übereinkommen rechtsverbindliche Normen, welche bei der Anwendung des (gesetzten und vereinbarten) Vertragsrechts zu beachten sind<sup>266,267</sup>. Aber nur diejenige Bestimmung, die direkt anwendbar (self-executing) sind, stellen eine selbständige Anspruchsgrundlage dar, gestützt auf die sich die Betroffenen auf dem Klageweg gegen eine Diskriminierung wehren können<sup>268</sup>. Die anderen Bestimmungen wirken lediglich indirekt, indem das nationale Recht im Lichte der Übereinkommen auszulegen ist<sup>269</sup>. Gleichstellungskonnotationen im eigentlichen Sinn bezeichnen aber nur diejenigen Regeln, die nicht lediglich eine gleichstellungsorientierte Auslegung des nationalen Rechts gebieten, sondern die ein effektiv durchsetzbares Verbot der Geschlechterdiskriminierung beeinhalt.

Das Bundesgericht hat die direkte Anwendbarkeit des IAO-Übereinkommens Nr. 111 und des Uno-Menschenrechtspaktes I verneint<sup>270</sup>.

<sup>265</sup> Direkt anwendbar sind völkerrechtliche Bestimmungen dann, wenn sie sich an die rechtsanwendende Behörde richten, mit ihnen die Rechtsstellung von Einzelpersonen geregelt werden soll und sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden; vgl. BGE 124 III 91 E. 3a; BGE 120 Ia 11 E. 5b; 118 Ia 116 E. 2b; 112 Ib 184 E. 2a.

<sup>266</sup> Vgl. nur BGE 94 I 672 E. 2; BGE 112 Ib 184. In der Lehre statt vieler: *Kälin*, S. 90.

<sup>267</sup> An dieser Stelle ein herzliches Dankeschön an *Gauch*, Crestet.

<sup>268</sup> Vgl. *Koller*, unmittelbare Anwendbarkeit, S. 56 ff.

<sup>269</sup> Vgl. dazu insbesondere die gemeinsame Stellungnahme des EJPD und des EDA (Direktion für Völkerrecht) zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht in der schweizerischen Rechtsordnung in VPB 1989 Nr. 54, insb. S. 420 ff.

<sup>270</sup> BGE 106 Ib 186 E. 3 (IAO-Übereinkommen Nr. 111); 120 Ia 11 E. 5c (Uno-Menschenrechtspakt I). Anders hingegen bezüglich Art. 12 der Uno-Kinderrechtskonvention, vgl. BGE 124 II 91 E. 3a. Differenzierter zum Uno-Menschenrechtspakt – und insbesondere die direkte Anwendbarkeit von Art. 7 lit. a (i) bejahend: *Künzli/Kälin*, S. 119 f. Vgl. zudem Punkt 3, Ziff. 5 der allgemeinen Bemerkungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zum (Menschenrechts-)Pakt I, abgedruckt in *Kälin u.a.* S. 304: „Zudem enthält der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte eine Anzahl Bestimmungen, u.a. die Art. ... 7 lit.a (i) ...“, welche in vielen nationalen Rechtsordnungen für die direkte Anwendung durch gerichtliche und andere Organe geeignet erscheinen. Die Auffassung, wonach die angeführten Be-

Zum Uno-Frauenübereinkommen hat es sich bislang noch nicht geäußert. Im Schrifttum wird die unmittelbare Anwendbarkeit des Übereinkommens von einer Mehrheit insgesamt verneint<sup>271</sup>, während eine Minderheit zumindest einige Bestimmungen für direkt anwendbar hält<sup>272</sup>. Einigkeit herrscht hingegen darüber, daß diejenigen Bestimmungen, die mit Formulierungen wie „Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen“ oder „die Vertragsstaaten berücksichtigen“ beginnen, lediglich *programmatischen Charakter* haben. Sie richten sich an die Vertragsstaaten und dienen ihnen als Richtlinien für ihre Tätigkeit bei der Umsetzung der Konvention in das nationale Recht. Da auch Art. 11 FRÜ eine solche Formulierung aufweist, ist die direkte Anwendbarkeit dieser Bestimmung zu verneinen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß sich die Schweiz zwar in einer Reihe von internationalen Übereinkünften dazu verpflichtet hat, die geschlechtsbezogene Gleichstellung im Erwerbsleben voranzutreiben. Da aber die einschlägigen Bestimmungen der jeweiligen Übereinkommen nicht direkt anwendbar sind, kann in diesen völkerrechtlichen Normen lediglich eine abgeschwächte Form von Gleichstellungskonnotationen erblickt werden.

#### *bb) Verfassungsrechtliche Bestimmungen*

Einen wichtigen Anknüpfungspunkt für die Durchsetzung vertraglicher Chancengleichheit bietet das Verfassungsrecht. Nachdem zuvor der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 4 I BV) mit Rückgriff auf die historische Auslegungsmethode dahingehend interpretiert wurde, daß der Ausschluß von Frauen vom Gleichheitskriterium 'alle Schweizer' zulässig

---

stimmungen wegen ihrer Natur nicht direkt anwendbar sind, liesse sich nur schwerlich aufrechterhalten.“

<sup>271</sup> Arioli, Frauenförderungsmaßnahmen, S. 188; Burrows, S. 456; Delbrück, S. 261. Die direkte Anwendbarkeit verneinen auch die deutsche und die österreichische Regierung, vgl. BBl 1995 IV 925.

<sup>272</sup> So die Botschaft zum Übereinkommen, vgl. BBl 1995 IV 924 f.; Hausmann/Schläppi, S. 42. Es handelt sich hierbei um die Art. 9, 7, 15, 16. Bei diesen wird – im Gegensatz zu den anderen Bestimmungen des Übereinkommens – nicht lediglich davon gesprochen, daß die Vertragsstaaten „geeignete Maßnahmen“ ergreifen sollen, sondern die Vertragsstaaten werden angehalten, die in diesen Bestimmungen enthaltenen Rechte „zu gewähren“ bzw. „zu gewährleisten“.

sei<sup>273</sup> und unter seiner Herrschaft sogar die Lohnungleichheit als verfassungsgemäß erachtet wurde<sup>274</sup>, haben Volk und Stände am 14. Juni 1981 mit Art. 4 II BV den Grundsatz der Geschlechtergleichheit ausdrücklich in der Verfassung verankert<sup>275</sup>. Dieser enthält nebst dem allgemeinen Gesetzgebungsauftrag zur Förderung der geschlechtsbezogenen Gleichstellung das Gebot, daß Männer und Frauen Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit haben (Art. 4 II Satz 3 BV). Damit enthält die Verfassung eine zwingende, direkt anwendbare und zum Bestand des Arbeitsvertragsrechts gehörende Privatrechtsregel, welche eine geschlechtsbezogene Lohndiskriminierung verbietet<sup>276</sup>. Daß der Gleichheitssatz neutral gefaßt ist, vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, daß es sich letztlich um die Bemühung handelt, die Chancengleichheit von *Frauen* jedenfalls in einem wichtigen Teilbereich des Vertragsrechts sicherzustellen<sup>277</sup>.

cc) *Das Bundesgesetz zur Gleichstellung von Mann und Frau*

Zur Befolgung des verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrags (Art. 4 II 2 BV) hat der Bund mit dem Gleichstellungsgesetz angesetzt. Das Gesetz liegt ganz auf der Linie liberal-feministischer Forderungen nach geschlechtlicher Chancengleichheit. Dabei kann offen bleiben, ob es daneben auch Zwecke wie Europakompatibilität, Optimierung der Ressourcenallokation und Strukturverbesserungen des freien Wettbewerbs

---

<sup>273</sup> Eine Gewichtung der historischen Materialien „wie kaum je in einem Urteil zuvor“ (*Imboden*, S. 137) nahm das Bundesgericht in BGE 83 I 210 vor und gelangte so zum Schluß, daß Art. 4 BV nicht verletzt sei, wenn der Kanton Waadt den Frauen das Stimmrecht verweigere. Vgl. dazu auch *C. Kaufmann*, Gleichstellung, S. 2; *Bigler-Eggenberger*, S. 1.

<sup>274</sup> So *Knapp*, S. 65 f. Vgl. allerdings den 1977 gefällten ersten Lohngleichheitsentscheid (BGE 103 Ia 517), in welchem das Bundesgericht festhielt, daß jedenfalls im öffentlichen Dienstverhältnis geschlechtsbedingte Lohnunterschiede bei gleicher Arbeit nicht zulässig seien.

<sup>275</sup> AS 1981, S. 1234; BBl 1981 II 1266. Art. 4 II 1 BV legt fest, daß Frau und Mann ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhältnisse und Vorurteile grundsätzlich in allen Bereichen gleich zu behandeln sind. *G. Müller*, N 133 zu Art. 4 BV.

<sup>276</sup> Vgl. etwa BGE 113 Ia 110 E. 1a; 117 Ia 265 E. 2c; 118 Ia 37 E. 2b.

<sup>277</sup> Kritisch bezüglich der Resultate dieser Bemühung ist *Bigler-Eggenberger* (S. 1 ff.), die in ihrer Analyse der Rechtsprechung zu Art. 4 II BV aufzeigt, daß diese allzu oft die faktisch ungleiche gesellschaftliche Stellung der Frau ausblenden und im Ergebnis primär zu neuen Belastungen auf der Frauenseite geführt haben.

verfolgt<sup>278</sup>. Ganz unstrittig steht im Mittelpunkt *das Ziel*, „auf die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern hinzuwirken“<sup>279</sup>. Das Gesetz konkretisiert dafür Diskriminierungstatbestände (Art. 3, 4 GlG), die als Rechtsfolge Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung der Beeinträchtigung und sogar Entschädigung vorsehen (Art. 5 GlG). Die Durchsetzbarkeit der Ansprüche wird durch eine Beweiserleichterung verbessert (Art. 6 GlG). Schließlich können privaten oder öffentlichen Institutionen Finanzhilfen für Programme zur Frauenförderung gewährt werden (Art. 14 GlG)<sup>280</sup>.

Das Gleichstellungsgesetz erweitert das staatliche Instrumentarium zur Frauenförderung<sup>281</sup>. Wo sich früher das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 4 II BV) mit Ausnahme der Lohngleichheitsklausel (Art. 4 II Satz 3 BV) in seiner unmittelbaren Bindungswirkung auf den Staat als Arbeitgeber beschränkte und private Unternehmen allenfalls indirekt durch die verfassungskonforme Auslegung der Generalklauseln des Privatrechts erfaßte (mittelbare Drittwirkung), gilt heute eine umfassende Einschränkung der arbeitsvertraglichen Willkür. Bei Gestaltung und sogar bei Abschluß des Vertrags (Anstellungsdiskriminierung) sind die Arbeitgebenden nunmehr in ihrer Vertragsfreiheit beschränkt, wo sie zuvor freie Hand hatten. Wer Männern Vertragskonditionen gewährt, muß sie auch Frauen eröffnen; wer bereit ist, Männer einzustellen, darf nicht länger ohne sachlichen Grund die Anstellung von Frauen verweigern<sup>282</sup>. Indem diese gesetzlichen Freiheitsbeschrän-

---

<sup>278</sup> BBl 1993 I 1249.

<sup>279</sup> BBl 1993 I 1292. Vgl. Art. 1 GlG.

<sup>280</sup> 1996 wurden 105 Gesuche eingereicht. Zur Verfügung standen rund Fr. 1.5 Mio. 1997 waren es 71 Gesuche. Zur Verfügung standen rund Fr. 2.2 Mio. *Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann*, Mediengespräch vom 11. Juli 1997 sowie telephonische Anfrage.

<sup>281</sup> Allerdings wurden im GlG wichtige Förderungsinstrumente, wie beispielsweise ein umfassender Kündigungsschutz, nicht aufgenommen. *Mader* (Gleichstellungsgesetz, S. 30 ff.) bezeichnet das Gesetz daher als Minimalvariante der Gleichstellung.

<sup>282</sup> Zur Anstellungsdiskriminierung vgl. insb. *Geiser*, Anstellungsdiskriminierung, S. 555 ff. Zur deutschen Rechtsprechung bezüglich der Anstellungsdiskriminierung, welche von § 611a I BGB erfaßt wird (Diskriminierung bejaht): ArGer Hamm, DB 1984, S. 2700, bestätigt durch EuGH, NJW 1984, S. 2021 f. (Strafvollzugsanstalt, in der nur männliche Gefangene untergebracht waren, wollte keine weiblichen Sozialarbeiterinnen einstellen); BAG, NZA 1990, S. 24 f. (Leitung einer Unterkunft für strafentlassene Männer wollte keine weiblichen Sozialarbei-

kungen frauenspezifische Arbeitsmarktnachteile, insbesondere die Möglichkeit einer Schwangerschaft (Art. 3 I GlG) durch positive Rechtsetzung ausblenden, tragen sie der Hauptforderung der liberal-feministischen Rechtskritik Rechnung, daß den Geschlechtern im tatsächlichen Ergebnis durch das Recht Chancengleichheit eingeräumt werden muß.

Exemplarisch ist das Gleichstellungsgesetz auch noch in anderer Hinsicht. Es enthält – von ganz wenigen Ausnahmen beim Schwangerschaftskriterium (Art. 3 I GlG) und bei der Berufsberatung (Art. 15 lit. a. GlG) abgesehen – keinerlei geschlechtsspezifische Tatbestandselemente. Und doch wird es zu Recht von allen Beteiligten als *Frauenförderungsgesetz* angesehen. *Das Gleichstellungsgesetz wird damit zum lebendigen Beleg dafür, daß formelle Neutralität keinesfalls inhaltliche Neutralität bedeutet. Das heißt im Umkehrschluß auch: Wo Gesetze formell neutral formuliert sind, können sie gleichwohl frauenbehindernde Regelungen enthalten.*

Schließlich zeigt sich am Gleichstellungsgesetz, daß Frauenförderung durch Vertragsrechtsbeschränkung auch um den Preis der *formellen Männerdiskriminierung* betrieben wird. Die Diskriminierungserlaubnis des Gesetzes (Art. 3 III GlG) läßt (formelle) Ungleichbehandlung zu, wenn sie nur im Ergebnis (materiell) die tatsächliche Gleichstellung fördert. Eine Arbeitgeberin darf also Männer bei der Anstellung oder Vertragsgestaltung benachteiligen, solange sie dies um der betrieblichen Frauenförderung willen tut<sup>283</sup>. Vertragsrecht enthält dadurch mehr als bloß passive Festigung eines männerorientierten *status quo*; es wirkt aktiv am programmatischen Anliegen des Gesetzgebers und der Verfassung mit<sup>284</sup>.

Im Vertragsrecht wird damit offenkundig, was schon immer galt: Recht, auch formell neutrales, kann sich weder auf inhaltliche noch auf politische Neutralität berufen und kann sich folglich ebensowenig wie irgen-

---

terinnen einstellen); BAG, NZA 1990, S. 21 ff. (Tierheim wollte für Spätdienst zwecks Tierannahme und Bewachung keine Frauen einstellen). Als Gegenbeispiel: Im Kanton St. Gallen teilte eine Schulgemeinde einem männlichen Kindergärtner mit, Männer würden als Lehrpersonen erst ab der 3. Primarklasse eingestellt, da für jüngere Kinder nur Frauen als Lehrpersonen geeignet seien. Heute könnte sich diese Person auf das Gleichstellungsgesetz berufen. Nebenbei sei erwähnt, daß der erwähnte männlich Kindergärtner im Laufe seiner Ausbildung vergeblich beantragte, von der Röteln-Impfung dispensiert zu werden.

<sup>283</sup> BBl 1993 I 1298.

<sup>284</sup> Zum Gesetzgebungsauftrag der Verfassung, generell für die Gleichstellung von Frau und Mann im Arbeitsleben zu sorgen, siehe Art. 4 II BV.

dein anderer Rechtsbereich mit dem Hinweis auf formelle Neutralität der kritischen Überprüfung durch die feministische Jurisprudenz entziehen.

*dd) Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen*

Eine flankierende Maßnahme zur Förderung der Gleichstellung im Arbeitsverhältnis findet sich in Art. 8 lit. c des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) vom 16. Dezember 1994<sup>285</sup>. Diese Bestimmung macht die Vergabe von öffentlichen Aufträgen davon abhängig, daß der Anbieter oder die Anbieterin die Geschlechtergleichbehandlung hinsichtlich der Lohngleichheit gewährleistet. Sie ist weit auszulegen und erfaßt jedes vom Gleichbehandlungsgesetz sanktionierte Diskriminierungsverbot<sup>286</sup>. Ihr wird auf Verordnungsstufe zusätzlich Nachdruck verschafft, indem ein Verstoß gegen die genannten Diskriminierungsverbote mit einer bei Vertragsschluß festzusetzenden *Konventionalstrafe* geahndet wird<sup>287</sup>.

Im Vergleich zu den deutschen und US-amerikanischen Regelungen, welche die Bindung der Vergabe öffentlicher Aufträge an eine Gleichstellungspolitik der Auftragnehmer vorsehen<sup>288</sup>, fällt allerdings auf, daß

---

<sup>285</sup> SR 172.056.1, vgl. auch die Botschaft zum BoeB in BBl 1994 IV 950 ff.

<sup>286</sup> *Gauch*, Beschaffungsgesetz, S. 323.

<sup>287</sup> Art. 6 VO BoeB, SR 172.056.11.

<sup>288</sup> Für Deutschland siehe z.B. Art. 13, 14 des Landesgleichstellungsgesetzes Berlin vom 31.12.1990 (GVBl. Berlin 1991, S. 8-13, geändert durch Gesetz vom 13.4.1993, GVBl. Berlin 1993, S. 183), welches vorsieht, daß Unternehmen, die sich ausweislich eines Frauenförderplanes besonders um die Förderung von Frauen bemühen, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bevorzugt werden und daß öffentliche Subventionen von Frauenförderplänen abhängig sind; Art. § 14 I des Landesgleichstellungsgesetzes Brandenburg vom 4.7.1994 (GVBl. Brandenburg I 1994, S. 254-263), welches vorsieht, daß bei einer Auftragsvergabe oberhalb von DM 10'000.-- Anbieter mit Gleichstellungsmaßnahmen bevorzugt werden. In den USA wurden namentlich durch den 1965 ergangenen, 1967 auf Frauen erweiterten *Executive Order* von Präsident *Johnson* die Vertragspartner der öffentlichen Hand auf sogenannte *Affirmative Action*-Programme verpflichtet. Vgl. *Executive Order* Nr. 11126, 30 Fed. Reg. 12319 (und nachfolgende Änderungen), 42 USCA § 2000e. Für einen Überblick über die Thematik der öffentlichen Auftragsvergabe als Mittel der Frauenförderung in den USA vgl. *Wahl*, S. 180 ff. Zur neuen restriktiven Rechtsprechung des US-Supreme Court hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der indirekten Förderung von

das BoeB auch bei weiter Auslegung lediglich die Beachtung bestehender Diskriminierungsverbote verlangt. Das BoeB auferlegt den Anbietenden keine *zusätzlichen*, die Chancengleichheit fördernden Maßnahmen. Auch mit der an sich begrüßenswerten Regelung, daß im Falle einer Verletzung der Diskriminierungsverbote eine Konventionalstrafe geschuldet wird, sind die Möglichkeiten einer Gleichstellungspolitik nicht voll ausgeschöpft: Die Konventionalstrafe fällt an den Bund und wird nicht etwa einem Fonds zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann zugeführt. Insgesamt bietet das BoeB aus liberal-feministischer Sicht interessante Ansatzpunkte für eine Gleichstellungspolitik; andererseits stellt sich die im internationalen Vergleich zurückhaltende Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Mittel zur Förderung der geschlechtsbezogenen Gleichstellung als verpaßte Chance dar<sup>289</sup>.

*ee) Förderungsmaßnahmen im Bildungssektor*

Der Zielsetzung der Gleichstellung im Erwerbsleben dienen auch die frauenspezifischen Förderungsmaßnahmen im Bildungssektor. Ein Beispiel dafür bietet der Bundesbeschuß über Sondermaßnahmen zugunsten der beruflichen Weiterbildung vom 23. März 1990<sup>290</sup>, der unter anderem die Zusprechung von Bundesbeiträgen zur Förderung der Weiterbildung von Frauen und des berufliche Wiedereinstiegs vorsah (Art. 4 lit. d, lit. e BB). Sodann verfolgt der Bundesbeschuß über Sondermaßnahmen zur Förderung des akademischen Nachwuchses an den kantonalen Hochschulen vom 17. März 1992<sup>291</sup> unter anderem das Ziel, „den Anteil der Frauen im Lehrkörper nachhaltig zu erhöhen“ und schreibt zu diesem Zwecke vor, daß ein Drittel der durch die Sondermaßnahme finanzierten Stellen von Frauen besetzt werden müssen (Art. 3 BB).

---

Minderheiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge vgl. *Saksofsky*, S. 384 ff.; *Wachter*, S. 119 ff.

<sup>289</sup> Gerade in den USA, wo solche Förderprogramme schon seit längerer Zeit existieren, haben die Erfahrungen gezeigt, daß Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe ein praktikabler und effektiver Weg zur Durchsetzung der Chancengleichheit ist. Siehe dazu *R. Kennedy*, *Persuasion*, S. 1329 m.w.N. sowie *Raasch*, S. 57, für den US-amerikanischen Großkonzern AT&T.

<sup>290</sup> SR 412.100.1. Der Bundesbeschuß galt vom 1. Oktober 1990 bis zum 31. Dezember 1996, vgl. AS 1990 1291.

<sup>291</sup> SR 414.204.1.

## b) Chancengleichheit in anderen Vertragsbereichen?

### aa) Völkerrechtliche Normen

Das bereits erwähnte Uno-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau (Uno-Frauenübereinkommen, FRÜ)<sup>292</sup> findet auf *alle Lebensverhältnisse* und somit auch auf die Preisdiskriminierung und die frauenfeindlichen Aufnahmepraxen von Vereinen Anwendung. Die Bestimmung in Art. 2 lit. e FRÜ verpflichtet denn auch die Vertragsstaaten zur Ergreifung aller geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau durch *Personen, Organisationen* oder *Unternehmen*. Und die Bestimmung in Art. 13 FRÜ hält nochmals fest, daß die Gleichstellungsverpflichtung der Vertragsstaaten sich auch auf diejenigen Bereiche des wirtschaftlichen und sozialen Lebens erstreckt, die in der Konvention nicht explizit erwähnt sind<sup>293</sup>.

Auch bezüglich dieser Bestimmungen stellt sich die Frage ihrer direkten Anwendbarkeit. Denn wie bereits im Zusammenhang mit der Gleichstellung im Arbeitsverhältnis erläutert, wird in dieser Arbeit nur dann von einer Gleichstellungskonnotation gesprochen, wenn die jeweilige Rechtsnorm den Betroffenen einen selbständig klagbaren Anspruch auf Nichtdiskriminierung einräumt<sup>294</sup>. Art. 2 lit. e und 13 FRÜ sind indes nicht direkt anwendbar. Denn diese Bestimmungen verpflichten die Unterzeichnerstaaten lediglich, alle geeignete Maßnahmen zur Verhinderung der Diskriminierung der Frau in den dort bezeichneten Lebensbereichen zu treffen. Konkret bedeutet dies, daß die Vertragsstaa-

<sup>292</sup> Siehe oben, S. 73 f. (2.a.aa., Völkerrechtliche Normen).

<sup>293</sup> Art. 15 II des Übereinkommens, der die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, den Frauen gleiche Möglichkeiten in bezug auf den *Abschluß von Verträgen* einzuräumen, ist auf die Fälle der Mitgliedschafts- und der Preisdiskriminierung nicht anwendbar. Zwar handelt es sich in beiden Fällen um Vertragsverweigerungen und somit um Verweigerung gleicher Rechte zum Vertragsabschluß, vgl. unten S. 86 (3.b.aa., Mitgliedschafts- und Preisdiskriminierung als Vertragsverweigerung). Jedoch betrifft Art. 15 II den Anspruch von Frauen auf gleiche Vertragsfähigkeit im Sinne gleicher *Rechtsfähigkeit*. Zudem ist Adressat des Art. 15 II der jeweilige Vertragsstaat, der gewährleisten soll, daß keine gesetzlichen Einschränkungen der Vertragsfähigkeit von Frauen bestehen; vgl. BBl 1995 IV 967. Dies ergibt sich auch aus der Systematik der Bestimmung, die erst im nachfolgenden Absatz auf die Beziehung zwischen Privaten Bezug nimmt und die Nichtigkeit von Verträgen statuiert, die eine Einschränkung der Rechtsfähigkeit von Frauen vorsehen.

<sup>294</sup> Siehe oben S. 73 f. (2.a.aa., Völkerrechtliche Normen).

ten, die Preis- und die Mitgliedschaftsdiskriminierung mittels nationaler Umsetzung der Konvention wirksam unterbinden müssen. Art. 2 lit. e und Art. 13 FRÜ sind mithin bloße *Programmbestimmungen*.

*bb) Nationales Recht*

Die geschlechtsbezogene Preisdiskriminierung sowie die diskriminierende Aufnahmepraxis gewisser Verbände ist bisher noch nicht mittels spezieller Gesetzeserlasse (etwa einem geschlechtsbezogenen Preisdiskriminierungsverbot oder einem allgemeinen privatrechtlichen Diskriminierungsverbot) bekämpft worden. Auf der Ebene der nationalen Gesetzgebung bestehen deshalb bezüglich dieser Diskriminierungstatbestände keine Gleichstellungskonnotationen.

*cc) Zwischenergebnis*

Das geltende Recht enthält bezüglich der Diskriminierungstatbestände der Preis- und Mitgliedschaftsdiskriminierung lediglich auf der Stufe des Völkerrechts liberal-feministische Konnotationen, wobei diese aber mangels direkter Anwendbarkeit für sich alleine kein taugliches Mittel gegen die beanstandeten Benachteiligungen darstellen. Allerdings bedeutet dies nicht, daß diesen Diskriminierungstatbeständen nicht mittels Auslegung der allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts – und zwar gerade mit Blick auf das Uno-Frauenübereinkommen – Rechnung getragen werden kann. Diese Frage wird im Rahmen der Möglichkeiten der Berücksichtigung liberal-feministischer Forderungen *de lege lata* zu prüfen sein.

**c) Ergebnis zum geltenden Vertragsrecht – Defizite aus liberal-feministischer Sicht**

Völkerrecht, Verfassungsrecht und einfaches Gesetzesrecht bieten Beispiele dafür, daß das Recht die Verantwortung für die tatsächliche Gleichstellung von Frauen anerkennt und mit spezifischen Regelungen zur Sicherstellung der Chancengleichheit beantwortet. Damit ist aber auch die Behauptung einer *Geschlechtsneutralität* des gesamten Vertragsrechts widerlegt<sup>295</sup>. Denn ungeachtet der geschlechtsneutralen Formu-

---

<sup>295</sup> Zur Unmöglichkeit einer politischen Neutralität des Privatrechts vgl. auch Zäch,

lierungen berücksichtigt das Vertragsrecht Frauen bereits heute als besondere Gruppe, deren Chancengleichheit es zu sichern gilt.

Allerdings können die bestehenden Normen der Forderung nach einer umfassenden Sicherstellung von Chancengleichheit in der Vertragsrealität nicht genügen: Erstens beschränken sie ihren Anwendungsbe- reich auf das Arbeitsverhältnis. Damit wird einem zentralen, nicht aber dem gesamten Bereich der liberal-feministischen Forderung nach vertraglicher Chancengleichheit Rechnung getragen. Andere Vertragstypen, selbst die arbeitsvertragsverwandten des freien Unternehmertums, werden bisher nicht erfaßt. Zweitens sind auch die geschlechtsbezogene Preisdiskriminierung und die Diskriminierung bei den Mitgliederpraktiken gewisser Vereine nicht Gegenstand spezieller gesetzgeberischer Interventionen geworden. Aus Sicht liberal-feministischer Forderungen ist mit den bestehenden Maßnahmen also erst ein punktueller und damit defizitärer Erfolg verbunden.

### 3. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung des liberal-feministischen Ansatzes *de lege lata*

Angesichts des liberal-feministischen Befundes, daß die bestehenden gesetzlichen Interventionen zugunsten der Chancengleichheit in der Vertragswirklichkeit nicht alle Diskriminierungstatbestände – und insbesondere nicht diejenigen der Preis- und der Mitgliedschaftsdiskriminierung – erfassen, fragt sich, ob dem Vertragsrecht nicht über seine Generalklauseln<sup>296</sup> oder über seine Auslegungsmechanismen im Sinne einer 'gleichstellungskonformen Interpretation'<sup>297</sup> weitere Verbote geschlechtsbezogener Benachteiligungen entnommen werden können. Dabei ist zwischen den verschiedenen Diskriminierungsbereichen zu unterscheiden. Bezüglich der verbleibenden Gleichstellungsdefizite im Rahmen der Arbeitsverhältnisse ist festzuhalten, daß diesen in erster

---

Privatrecht, S. 36. A.A. E. Bucher, Hundert Jahre, S. 367 ff., der dem Vertragsrecht eine weitgehende Neutralität und Wertindifferenz zubilligen will, von der nur gerade das Miet- und Arbeitsvertragsrecht ausgenommen seien.

<sup>296</sup> Z.B. Art. 20 I OR, Art. 2 ZGB. Zum Begriff der Generalklausel vgl. Zeller, Treu und Glauben, S. 39.

<sup>297</sup> G. Müller, N 23 zu Art. 4 BV, spricht generell von „rechtsgleichheitskonformer Interpretation“.

Linie mit Gesetzgebungsmaßnahmen entgegenzuwirken ist (a). Hingegen stellt sich für die Diskriminierungstatbestände der Preis- und der Mitgliedschaftsdiskriminierung die Frage, ob ihnen nicht mit den Regeln über den Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) begegnet werden kann (b).

#### a) Diskriminierung im Arbeitsverhältnis

Ein verbleibender Diskriminierungstatbestand im Arbeitsverhältnis, auf den die Gesetzgebung noch nicht konkret reagiert hat, ist die *strukturelle Diskriminierung* von Frauen, wie sie durch die horizontale und die vertikale Segregation des Arbeitsmarktes ausgedrückt wird. Dieser Diskriminierungstatbestand läßt sich indes nicht durch eine auf tatsächliche Gleichstellung orientierte Auslegung des geltenden Rechts beheben. Die strukturelle Diskriminierung kann nur mit ausgleichenden (Gegen-)maßnahmen in Form positiver Aktionen zugunsten von Frauen bekämpft werden. Viele Maßnahmen, etwa die Einrichtung von Kinderkrippen oder die Einführung von Blockzeiten und Mittagstischen in den Schulen, betreffen das Arbeitsvertragsverhältnis nicht direkt. Andere würden die Einschränkung der arbeitsvertraglichen Freiheit bewirken, so etwa die Verpflichtung der Unternehmen einer bestimmten Größe zur Erstellung eines Frauenförderplanes. Solche Verpflichtungen können dem geltenden Recht nicht im Wege der Auslegung entnommen werden, sondern bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, die erst noch zu schaffen ist. Die Möglichkeiten einer weitergehenden Förderung der chancengleichen Partizipation am Erwerbsleben, wie sie von liberal-feministischer Seite gefordert und durch die strukturelle Diskriminierung behindert werden, bieten sich daher erst *de lege ferenda*.

#### b) Mitgliedschafts- und Preisdiskriminierung

Die Mitgliedschafts- und die Preisdiskriminierung könnten unter Umständen das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Frauen verletzen und daher bereits nach geltendem Privatrecht unzulässig sein<sup>298</sup>. Hierzu ist

---

<sup>298</sup> Dies ergibt sich auch für den Fall der Mitgliedschaftsdiskriminierung durch eine Genossenschaft, nachdem die herrschende Lehre und Rechtsprechung es ablehnt, gestützt auf Art. 839 II OR einen klagbaren Anspruch auf Aufnahme zu

zunächst festzuhalten, daß beide Diskriminierungstatbestände eine Vertragsverweigerung darstellen (aa). Sodann ist festzustellen, daß die geschlechtsbezogene Vertragsverweigerung grundsätzlich *geeignet* ist, das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person im Sinne von Art. 28 I ZGB zu verletzen (bb). Danach bleibt zu untersuchen, *in welchen Fällen* der geschlechtsbezogenen Vertragsverweigerung die Rechtsbehelfe des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes ausgelöst werden (cc). Den wichtigsten Rechtsbehelf bildet dabei der Beseitigungsanspruch in Form eines unmittelbaren Kontrahierungszwanges (dazu dd).

*aa) Mitgliedschafts- und Preisdiskriminierung als Vertragsverweigerung*

Bei der geschlechtsbezogenen Mitgliedschaftsdiskriminierung wird der betroffenen Frau aufgrund ihres Geschlechts die Möglichkeit des Abschlusses eines Aufnahmevertrages verweigert. Nicht viel anders verhält es sich im Falle der Preisdiskriminierung. Zwar dürfen hier Frauen einen Vertrag abschließen. Doch der Vertragsschluß zu Männerkonditionen wird ihnen verwehrt. Folglich handelt es sich sowohl bei der Mitgliedschafts- als auch bei der Preisdiskriminierung um Fälle der geschlechtsbezogenen Vertragsverweigerung.

*bb) Geschlechtsbezogene Vertragsverweigerung als Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB)?*

Daß die Vertragsverweigerung grundsätzlich einen Eingriff in die Persönlichkeit der kontrahierungswilligen Partei darstellen kann, steht spätestens seit der Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts außer Zweifel<sup>299</sup>. Dort hatte das Bundesgericht für die Konkretisierung des Persönlichkeitsrechts das Grundrecht der Handels- und Gewerbebefrei-

---

gewähren. Allerdings wird nicht ausgeschlossen, daß die Nichtaufnahme persönlichkeitsrechtliche Relevanz erlangen kann. Vgl. zum Ganzen Honsell-Schwartz, N 3, 10 zu Art. 839 OR.

<sup>299</sup> BGE 86 II 365. Vgl. auch KG St. Gallen, SJZ 87 (1991), S. 285 E. 4 (Verweigerung einer Spiellizenz bzw. Nicht-Zulassung zur 1. Liga-Eishockeymeisterschaft). Zur Persönlichkeitsrelevanz des Ausschlusses aus einem Verein vgl. BGE 123 II 197 E. 2.c.bb. Zur Persönlichkeitsrelevanz eines temporären Ausschlusses durch Sportvereine mittels Sperrung vgl. BGE 102 II 211; OGer ZH, SJZ 75 (1979), S. 77 ff.; AppG BE, ZBJV 124 (1988), S. 313; Richteramt BE, SJZ 84 (1988), S. 85 ff. Zustimmend zu den kantonalen Entscheiden: Scherrer, S. 143 f.; ablehnend: Hegetschweiler, S. 190f. Zustimmend allgemein: BK-Riemer, N 70 zu Art. 70 ZGB.

heit herangezogen; diese Praxis der mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Rahmen von Art. 28 ZGB hat es in der Folge bestätigt<sup>300</sup>. Die Konkretisierung des Persönlichkeitsrechts durch verfassungsrechtliche Normen muß auch im Hinblick auf Art. 4 II BV gelten. Somit berührt die geschlechtsbezogene Vertragsverweigerung den Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts.

Die Beeinträchtigung der Persönlichkeit durch eine geschlechtsbezogene Vertragsabschlußverweigerung ergibt sich im weiteren aus dem Normzweck von Art. 28 ZGB. Dieser schützt die Persönlichkeit des Individuums vor Verletzungen durch Dritte. Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, welche Schutzobjekte der Begriff der Persönlichkeit konkret umfaßt<sup>301</sup>. Unbestritten soll aber die Person in ihren *wesentlichen Eigenschaften* geschützt werden<sup>302</sup>. Es wird auch gesagt, das Persönlichkeitsrecht schütze die *Personenwürde* des individuellen (Privat-)Rechtssub-

---

<sup>300</sup> Vgl. BGE 111 II 213 E. 3.c: Bei der Auslegung, wann eine Veröffentlichung im Sinne von 28 ZGB 'unbefugterweise' erfolgt, sind die Grundsätze der Pressefreiheit zu berücksichtigen; BGE 113 II 44 E. 4c: Die Frage, ob der Ausschluß einer Minderheitsgewerkschaft von GAV-Verhandlungen eine Persönlichkeitsverletzung der Minderheits-Gewerkschafter beinhaltet, ist mit Rückgriff auf die Handels- und Gewerbebefreiheit zu beantworten. Vgl. allerdings noch BGE 80 II 38 E. 5a (Fall Seelig): keine privatrechtliche Pressefreiheit als Ausfluß des Persönlichkeitsrechts; daher keine Verletzung von Art. 28 ZGB bei Verweigerung des Zutritts eines unliebsamen Filmkritikers durch Kinoinhaberin. Die mittelbare Drittwirkung befürwortend: *Aeppli*, S. 128 ff., 154; *J.P. Müller*, Grundrechtstheorie, insb. S. 80; *ders.*, N 58 zur Einleitung zu den Grundrechten; *Hangartner*, Staatsrecht II, S. 52; *Haefelin/Haller*, Rn. 1105 ff; *Saladin*, S. 375 ff.; *Zäch*, Verfassungsrecht, S. 25 ff. Ablehnend: *E. Bucher*, Drittwirkung, S. 37 ff. Kritisch auch *Sandoz*, S. 214 ff. In Deutschland entspricht die mittelbare Drittwirkung herrschender Lehre und Praxis, vgl. nur BVerfGE 7, S. 205 f.; 34, 269 ff.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 4 IV; *Palandt-Heinrichs*, N 8 zu § 242 BGB, m.w.N. Gar eine unmittelbare (!) Drittwirkung bejahend: *Nipperdey*, S. 16 f.; *Ennecerus/Nipperdey*, § 15 II 4c; *Gamillscheg*, insb. S. 403 ff.; *Leisner*, insb. 306 ff., 356 ff. Gegen jede Drittwirkung dagegen: *Flume*, AT II, § 1 10b, der die Ansicht vertritt, die Geltung der Grundrechte im Privatrecht seien unabhängig vom Grundgesetz zu wahren.

<sup>301</sup> Ein abschließender Katalog von Persönlichkeitsrechten läßt sich nicht aufstellen, siehe dazu *Jäggi*, Persönlichkeit, S. 166a; *A. Bucher*, S. 132; *Deschenaux/Steinauer*, *Personnes physiques*, Rz. 538.

<sup>302</sup> Statt vieler *Jäggi* (Persönlichkeit, S. 146a), der treffend schreibt, die Persönlichkeit sei „der Einzelne als Geistwesen und in seiner Einmaligkeit, mit der Gesamtheit seiner Anlagen und Tätigkeiten in der ihr eigenen Ausprägung.“

jekts<sup>303</sup>. Daß das Geschlecht eine wesentliche Eigenschaft der Person ausmacht, folgt bereits aus seiner grundlegenden Bedeutung für die Selbstdefinition der individuellen Persönlichkeit. Allein daraus ist ersichtlich, daß die geschlechtsbezogene Benachteiligung im Form der Abschlußverweigerung die Persönlichkeit der betroffenen Person berühren muß<sup>304</sup>.

Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn man unmittelbar vom Begriff der Personenwürde ausgeht: Wird eine Person aufgrund einer von ihr unabänderlichen äußeren Eigenschaft beim Vertragsschluß übergangen, so trifft dies ihr Selbstwert- und Selbstachtungsgefühl und somit ihren Anspruch auf Achtung und Geltung als Mensch<sup>305</sup>.

Insgesamt ist also festzuhalten, daß sowohl kraft der mittelbaren Drittwirkung von Art. 4 II BV als auch aufgrund des Normzwecks von Art. 28 ZGB die geschlechtsbezogene Vertragsverweigerung den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung erfüllt.

cc) *Fälle einer Persönlichkeitsverletzung – Güterabwägung im Rahmen von Art. 28 ZGB*

Steht einmal fest, daß die geschlechtsbezogene Vertragsverweigerung einen Eingriff in den geschützten Bereich der Persönlichkeit darstellt, ist

---

<sup>303</sup> J.P. Müller, Persönlichkeitsrecht, S. 46.

<sup>304</sup> Vgl. hierzu nunmehr BGE 123 III 197 E. 2c.bb. Dort hat das Bundesgericht allein gestützt auf das Persönlichkeitsrecht (also ohne Rückgriff auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte) festgehalten, daß das Persönlichkeitsrecht einer Person die Ausschließungspraxis eines Verbandes beschränken kann. Dies muß genauso für den Eintritt in den Verband gelten. Eine Persönlichkeitsverletzung im Falle einer Vertragsverweigerung aufgrund unabänderlicher oder verfassungsmäßig geschützter Rechte bejahen auch: *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Rz. 1111; *Zäch*, Verfassungsrecht, S. 25 f.

<sup>305</sup> Siehe *Trachsler*, S. 236. Diese Meinung teilt auch das deutsche Bundesarbeitsgericht, welches bezüglich der Vertragsverweigerung im Arbeitsverhältnis festgehalten hat, eine Verweigerung nach unsachgemäßen Maßstäben beeinträchtigt die Entfaltungsmöglichkeiten der Bewerberin und hindere sie, ihre individuelle Persönlichkeit zu verwirklichen, weshalb in solchen Fällen regelmäßig das allgemeine Persönlichkeitsrecht in schwerwiegender Weise verletzt werde. BAG, NZA 1990, S. 21 f. Auch im schweizerischen Recht wird das Gleichbehandlungsgebot der Arbeitgebenden als Ausfluß des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmenden gesehen. Siehe dazu *Zäch*, Verfassungsrecht, S. 6; *Rehbinder*, S. 92 f.

weiter zu untersuchen, ob bzw. wann diese Verletzung die rechtlichen Behelfe des Persönlichkeitsschutzes auslöst. Daß nicht jede geschlechtsbezogene Abschlußverweigerung eine diese rechtlichen Behelfe auslösende Verletzung darstellt, ergibt sich aus den in Art. 28 II ZGB genannten Rechtfertigungsgründen<sup>306</sup>. Diese begründen ein schützenswertes Interesse an der Verletzung der persönlichen Güter und erlauben den an sich widerrechtlichen Eingriff im Einzelfall<sup>307</sup>.

Bei der hier vorzunehmenden *Interessenabwägung* stehen sich das Interesse der kontrahierungswilligen Partei an ihrer Selbstentfaltung und -verwirklichung im wirtschaftlichen und sozialen Bereich und das Interesse der Personenverbindung an der autonomen Bestimmung ihrer Organisation gegenüber<sup>308</sup>. Persönlichkeitsrecht und Vertragsfreiheit bzw. Assoziationsfreiheit gelten gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung als qualitativ gleichwertige Interessen, deren Verhältnis nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu bestimmen ist<sup>309</sup>. Es wird also

---

<sup>306</sup> Das Gesetz nennt in Art. 28 II ZGB als Rechtfertigungsgründe die Einwilligung des Verletzten, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder eine Gesetzesvorschrift.

<sup>307</sup> Im Unterschied zur deutschen Dogmatik, die davon ausgeht, die Rechtswidrigkeit der Persönlichkeitsverletzung sei nicht schon mit dem Verletzungstatbestand indiziert, geht die schweizerische Lehre überwiegend davon aus, daß jede Verletzung zunächst einmal widerrechtlich ist und die Widerrechtlichkeit durch den Rechtfertigungsgrund 'aufgehoben' wird. Für Deutschland vgl. *Larenz*, Schuldrecht II, § 72 III a vor 1; *Hermann*, S. 49. Für die Schweiz siehe *Deschenaux/Steinauer*, Personnes physiques, Rz. 583 ff.; *Grossen*, Personnalité, insb. S. 27a f.; *Pedrazzini/Oberholzer*, S. 144; *Tercier*, Personnalité, Rz. 591. Vgl. demgegenüber allerdings *Werro* (S. 23 ff.), für den die Widerrechtlichkeit erst dann vorliegt, wenn die verletzende Person gegen eine geschriebene Verhaltensregel verstößt oder wenn sich ihre Verhaltensweise objektiv nicht rechtfertigen läßt.

<sup>308</sup> *Lukes*, S. 208 f.

<sup>309</sup> Siehe dazu BGE 86 II 378. Unzutreffend daher (zumindest für das schweizerische Recht) *Hermann* (S. 50 f.), die in diesem Zusammenhang von einer „rechtsethischen Entscheidung der Rechtsordnung zugunsten der Selbstbestimmung des Einzelnen“ (Vertragsfreiheit) spricht. Ebenso abzulehnen ist ihr Einwand, die Abschlußfreiheit als Freiheit, etwas nicht tun zu müssen, weise eine andere Qualität auf als die Freiheit, von einem anderen ein Tun verlangen zu können, da die Abschlußfreiheit im ungünstigsten Fall ein 'Nichts', die Kontrahierungspflicht hingegen echten Zwang schaffe, weshalb generell von einer Höherbewertung der Abschlußfreiheit auszugehen sei. Ein solches Argument geht an der Wirklichkeit vorbei: Aus dem 'Nichts' erwachsen spürbare Konsequenzen, die sich unter anderem in einem ungleichen Beziehungsnetz (Mitgliedschaftsdiskriminierung) oder im ungleichen Zugang zu günstigen Preisangeboten (Preisdis-

maßgeblich darauf ankommen, wie schwer die Vertragsverweigerung die Aufnahmeinteressentin und wie schwer die Beschränkung der Vertragsfreiheit die Personenverbindung im konkreten Fall trifft, bzw. welche Konsequenzen ein Entscheid zugunsten der Gegenpartei für die jeweilige Partei haben würde<sup>310</sup>.

Mit Blick auf diesen Abwägungsrahmen lassen sich gewisse *Tendenzaußsagen* darüber treffen, wann eine Vertragsverweigerung die Rechtsbehelfe des Persönlichkeitsschutzes der betroffenen Person auslösen könnten.

#### (1) Mitgliedschaftsdiskriminierung

In der Literatur wird ganz überwiegend die Meinung vertreten, die geschlechtsspezifische Mitgliedschaftspolitik einer privaten Personenverbindung stelle eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB dar, sofern kein sachlicher Zusammenhang mit dem Verbindungszweck bestehe (z.B. Verein alleinstehender Mütter; Ordensgemeinschaften)<sup>311</sup>.

Neben den Fällen, in denen die geschlechtsspezifische Mitgliedschaftspolitik des Verbandes durch den Verbandszweck gerechtfertigt ist, scheint es angebracht, aufgrund der geforderten Güterabwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Vertragsfreiheit auch andere Ausnahmen zuzulassen. Als Orientierungshilfe für die Güterabwägung kann dabei die *wirtschaftliche und soziale Bedeutsamkeit* der jeweiligen Vereinigung dienen<sup>312</sup>. Denn die durch den Ausschluß bewirkte Per-

---

kriminierung) äußern.

<sup>310</sup> Siehe *Tercier*, *Personnalité*, Rz. 613 f.

<sup>311</sup> So ausführlich *BK-Riemer*, N 67 zu Art. 70 ZGB. Gleicher Meinung *H. Huber*, S. 205; *Zäch*, *Verfassungsrecht*, S. 25 f. Zur Persönlichkeitsrelevanz der Nichtaufnahme durch eine Genossenschaft vgl. *Honsell-Schwartz*, N 10 zu Art. 839 OR; *Wildhaber*, S. 471 bei Anm. 29. Vgl. dazu auch die Botschaft zum UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BBl 1995 IV 943.

<sup>312</sup> Die wirtschaftliche und die soziale Ausrichtung einer Vereinigung sind für die Frage des persönlichkeitsverletzenden Charakters einer Aufnahmeverweigerung gleich zu behandeln. Denn das Persönlichkeitsrecht umfaßt sowohl die wirtschaftliche wie auch die soziale Integrität. Zudem ist die Grenze zwischen sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen fließend; jede soziale Beziehung trägt das Potential einer Wirtschaftsbeziehung in sich und umgekehrt. Aufgrund dieser Überlegungen ist gegenüber einem neueren Bundesgerichtsent-

sönlichkeitsverletzung wiegt umso schwerer, wenn es sich bei der diskriminierenden Personenverbindung um eine sozial oder wirtschaftlich bedeutsame Vereinigung handelt. Handelt es sich hingegen um eine wirtschaftlich und sozial unbedeutsame Vereinigung (z.B. eine Jass- oder Kegelgruppe), so liegt auch keine schwere Beeinträchtigung der wirtschaftlichen und sozialen Persönlichkeit vor. Dann ist im Rahmen der Interessenabwägung das Interesse des Verbandes an einer verbandsautonomen Mitgliedschaftspolitik höher einzustufen als das Interesse der betroffenen Person an der Mitgliedschaft.

Ob eine Personenverbindung sozial oder wirtschaftlich bedeutsam ist, entscheidet sich im Einzelfall. Nimmt sie allerdings auf ihrem Gebiet eine Monopolstellung ein und fehlt es somit der beitrtrittswilligen Person an einer zumutbaren Ausweichmöglichkeit<sup>313</sup>, so wird es sich im Regelfall um eine sozial oder wirtschaftlich bedeutsame Vereinigung handeln und die persönlichkeitsrechtliche Relevanz ist zu bejahen<sup>314</sup>. Dasselbe gilt, wenn sie im wirtschaftlichen und sozialen Bereich eine überragende Machtstellung einnimmt<sup>315</sup>. Ein weiteres Indiz für die Bedeutsamkeit einer Vereinigung ist sodann, daß eine solche nicht beliebig neu gegründet werden kann, da sie im Regelfall über eine breite Mitgliedschaft, eine feste Organisationsstruktur und über einen Namen verfügt, der in der Öffentlichkeit gewisse Assoziationen weckt. Nicht leicht restituierbar ist zum Beispiel ein gesamtschweizerischer Bergsportverein<sup>316</sup> oder das offizielle Musikkorps eines Kantons<sup>317</sup>. Schließlich zeich-

---

scheid Skepsis angebracht, nach dem bezüglich des Ausschlußes aus einem Verein zwischen wirtschaftlichen und geselligen Vereinen unterschieden und festgehalten wurde, daß einem Wirtschaftsverband nicht dieselbe Ausschluautonomie zukomme wie etwa einem Geselligkeitsverein. Siehe BGE 123 II 197 E. 2c.bb.

<sup>313</sup> Zum Begriff des Monopols als Fehlen einer zumutbaren Ausweichmöglichkeit vgl. insbesondere *Bydlinski*, S. 29 ff., S. 35.

<sup>314</sup> Vgl. hierzu KG St. Gallen, SJZ 87 (1991), S. 285 E. 4. (Verweigerung einer Spiel­lizenz bzw. Nicht-Zulassung eines Ausländers zur 1. Liga-Eishockey­meisterschaft). Siehe weiter BK-*Riemer*, N 70 zu Art. 70 ZGB. Sofern die Vereinigung mit Monopolstellung dem Kartellrecht untersteht, findet der in Art. 13 KG vorgesehene Aufnahmehzwang Anwendung.

<sup>315</sup> Für eine Beschränkung der Ausschlufreiheit eines Vereins, der in der Öffentlichkeit als maßgebende Organisation des betreffenden Berufsstandes oder Wirtschaftszweiges auftritt, vgl. BGE 123 II 197 E. 2c.bb. Ähnlich die deutsche Rechtsprechung zu den Idealvereinen, vgl. BGHZ 63, S. 282 ff.; 93, S. 152 ff.

<sup>316</sup> So z.B. der Schweizerische Alpenklub (SAC), der erst seit 1980 Frauen als Mit-

net sich ein bedeutsamer Verband regelmäßig dadurch aus, daß die Motivation und Attraktivität einer Mitgliedschaft darin besteht, daß sie noch nicht vorhandene Kontakte verspricht. Das Motiv für den Beitritt ist regelmäßig nicht die bereits bestehende persönliche Bindung, sondern diese wird durch den Beitritt gerade bezweckt. Solche Zusammenschlüsse sind zum Beispiel Berufsverbände.

Im Ergebnis ist bei der Abwägung, welches Interesse – dasjenige der Personenverbindung an der verbandsautonomen Gestaltung ihrer Mitgliedschaftspolitik oder dasjenige der beitragswilligen Person an der Mitgliedschaft – höher einzustufen sei, insbesondere auf die soziale und wirtschaftliche Bedeutsamkeit der Personenverbindung abzustellen. Kommt ihr eine *erhöhte Bedeutsamkeit* zu, ist eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB zu bejahen.

Daß dies für Berufsverbände zutrifft, steht angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung außer Frage<sup>318</sup>. Aber auch im Hinblick auf die aus liberal-feministischer Sicht kritikwürdigen Mitgliedschaftspraktiken von Zunftgenossenschaften, Klubs wie Rotary oder rein männlichen Studentenverbindungen ist festzuhalten, daß es sich bei diesen in vielen Fällen um Vereinigungen von genügend sozialer und/oder wirtschaftlicher Bedeutsamkeit handelt, so daß eine Ablehnung der Aufnahme von Frauen gegen das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verstößt.

## (2) Preisdiskriminierung

Auch für den Fall der Preisdiskriminierung ist abzuwägen, ob sich der Anbieter oder die Anbieterin für die Verweigerung des Vertragsabschlusses zu günstigeren Männerkonditionen auf die Vertragsfreiheit

---

gliedert zuläßt, nachdem 1979 der Zusammenschluß zwischen SAC und SFAC (Schweizerischer Frauenalpenklub) zum 'neuen' SAC erfolgte.

<sup>317</sup> So z.B. die 'Musique de Landwehr', das 'Corps de Musique Officiel de l'Etat et de la Ville de Fribourg', die sich im Jahre 1998 nach langem Zögern und heftigen Debatten dazu entschloß, Frauen in ihren Reihen aufzunehmen; vgl. Le Landwehren, 1/1998, S. 3 ff.

<sup>318</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichts beschränkt das Persönlichkeitsrecht der Mitglieder von Verbänden, die gegenüber der Öffentlichkeit als maßgebende Organisation eines Berufsstandes oder Wirtschaftszweiges auftreten, das Recht der Verbände zur Ausschließung von Mitgliedern ohne wichtigen Grund, selbst wenn die Statuten die Ausschließung ohne Gründe gestatten. BGE 123 III 197 E. 2c.bb. Dasselbe muß auch für die Aufnahme in den Verband gelten.

berufen kann, oder ob nicht das Persönlichkeitsrecht der durch die Vertragsverweigerung Betroffenen höher einzustufen ist.

Zunächst ist zu beachten, daß sich die Schweiz im *Uno-Frauenübereinkommen*<sup>319</sup> verpflichtet hat, alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Gesundheitswesen (Art. 12 FRÜ) sowie alle geeigneten Maßnahmen zur Aufhebung von frauendiskriminierenden Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen (Art. 2 lit. f FRÜ). Diese Verpflichtung läßt die Waagschale der Güterabwägung erheblich zugunsten des Persönlichkeitsrecht der Betroffenen kippen und bildet ein erstes Argument für den persönlichkeitsverletzenden Charakter der Preisdiskriminierung.

Weiter ist zu berücksichtigen, daß es sich bei den erwähnten Fällen der Preisdiskriminierung um Leistungen handelt, die im Kreis der Öffentlichkeit gewerbsmäßig angeboten werden. Die Gesetzgebung hat diesbezüglich die Güterabwägung insoweit vorweggenommen, als die Verweigerung solcher Leistungen aufgrund der Ethnie, Rasse oder Religion der abschlusinteressierten Person strafrechtlich sanktioniert ist<sup>320</sup>. Der Grundsatzentscheid, daß bei Leistungsangeboten gegenüber der Allgemeinheit<sup>321</sup> die Vertragsverweigerung aufgrund unabänderlicher oder verfassungsmäßig geschützter Merkmale verpönt sei, ist auch für die privatrechtliche Würdigung der geschlechtsbezogenen Preisdiskriminierung heranzuziehen. Er bildet ein zweites Argument für den persönlichkeitsverletzenden Charakter der Preisdiskriminierung.

Daneben ist im Rahmen der Güterabwägung zu untersuchen, wie es sich mit der Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht bzw. mit der Intensität der Beschränkung der Abschlußfreiheit verhält.

Mit Bezug auf die Verträge, die Dienstleistungen wie das Haareschneiden betreffen, erscheint der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf den ersten Blick eher gering, da es erstens meist irgendein Geschäft gibt, das

---

<sup>319</sup> Vgl. oben S. 73 f. (2.a.aa., Völkerrechtliche Normen).

<sup>320</sup> Art. 261bis IV und VI StGB.

<sup>321</sup> Genannt werden meist Verkehrsmittel, Hotels, Restaurants, Theater, Parks, Schwimmbäder, Warenhäuser und Verkaufsgeschäfte. Siehe dazu Botschaft StGB, S. 314; *Niggli*, S. 279; *Rom*, S. 143. Auch die hier interessierenden Dienstleistungen wie Haareschneiden, Kleiderreinigung bzw. Kleideränderung sowie der Abschluß einer Versicherung würden ohne weiteres dazugehören. Umstritten hingegen ist die Frage, ob auch Arbeits- und Mietverträge darunterfallen. Bejahend *Niggli*, S. 299. Ablehend *Rom*, S. 142.

den Vertragsabschluß zu geschlechtsneutralen Konditionen gewährt, und da zweitens auch der diskriminierende Vertragsabschluß für Frauen keine erhebliche finanzielle Mehrbelastung bedeutet. Diese Sichtweise ist aber zu eng, da sie nicht berücksichtigt, daß bezüglich der Wahl des Geschäfts gewisse Präferenzen bestehen können und daß zudem diese Fälle der Vertragsverweigerung ein überkommenes Frauenbild projizieren, das für die Akzeptanz von Frauen als gleichwertige Partnerinnen im Erwerbsleben hinderlich ist. Der Eingriff in die Persönlichkeit ist mithin *erheblich*. Auf der anderen Seite wird durch den Zwang, Leistungen wie Kurzhaarschnitte oder Kleiderreinigungen beiden Geschlechtern zu demselben Preis anzubieten, die Vertragsfreiheit nicht wesentlich eingeschränkt. Denn offensichtlich lohnt sich der Vertragsabschluß bereits zu den tieferen Männerpreisen. Die Einschränkung betrifft also hier lediglich den Diskriminierungsgewinn. Diesem kann aber im Rahmen einer Güterabwägung nicht mehr Gewicht zukommen als der Persönlichkeit der diskriminierten Frauen.

Anders präsentiert sich die Lage im Falle der höheren Versicherungsprämien. Zwar besteht in diesem Fall eine erhebliche finanzielle Mehrbelastung für die betroffenen Frauen. Andererseits stellen aber die höheren Prämien nicht lediglich einen Diskriminierungsgewinn dar, sondern sie sind auch auf Umstände zurückzuführen, die nicht in den Verantwortungsbereich der Versicherungen fallen, so etwa die Tatsache, daß die Mutterschaft durch die Krankenversicherung abgedeckt werden muß und daß sich die Versicherungskosten bei den meisten Männern auf mehr Versicherungsträger (Unfall- und Militärversicherungen) verteilen. Für die Leistungserbringer würde sich somit der Versicherungsabschluß zu Männerkonditionen nicht lohnen. Daher ist in diesem Fall der Eingriff in die Vertragsfreiheit wesentlich größer als bei den anderen hier behandelten Verträgen (Haarschneiden, Kleideränderung, Kleiderreinigung).

Als Fazit ist festzuhalten, daß im Bereich der Preisdiskriminierung das Interesse der Leistungsanbietenden gegenüber dem Interesse am Schutz der Persönlichkeit der Leistungsinteressierten jedenfalls dann nicht aufzukommen vermag, wenn der geschlechtsspezifische Aufpreis einen reinen *Diskriminierungsgewinn* darstellt. Dies ist bei Leistungen wie dem Haarschneiden oder der Kleiderreinigung der Fall. Daher liegt in diesen Fällen der Preisdiskriminierung eine unzulässige, die Rechtsbehelfe des Persönlichkeitsschutzes auslösende Vertragsverweigerung vor. Hingegen stellen die höheren Versicherungsprämien keinen solchen Diskriminierungsgewinn dar. Daher ist für die Fälle der geschlechtsspezifischen Prämien betreffend die freiwilligen Taggeld- und Zusatz-

versicherungen davon auszugehen, daß die Verweigerung eines Vertragsabschlusses zu Männerkonditionen durch das private Interesse der Versicherer an einer risikoabhängigen Prämienstruktur gerechtfertigt ist. Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, inwieweit die Gesetzgebung kraft Verfassungsauftrag (Art. 4 II BV) und gestützt auf Art. 12 FRÜ dazu verpflichtet ist, Maßnahmen zu ergreifen, um die Frauendiskriminierung in diesem Bereich zu korrigieren, etwa durch eine gesetzliche Statuierung der Prämiengleichheit oder durch die Einführung einer obligatorischen Taggeldversicherung, wie sie im neuen Krankenversicherungsgesetz ursprünglich vorgesehen war.

*dd) Folgen der Persönlichkeitsverletzung – die Rechtsbehelfe des Art. 28 ZGB*

Liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, so gewährt Art. 28a ZGB der betroffenen Person verschuldensunabhängige Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Feststellung sowie Ansprüche auf Berichtigung und Urteilsveröffentlichung. Vorbehalten bleiben die verschuldensabhängigen reparatorischen Klagen (Schadenersatz und Genugtuung) sowie die Gewinnherausgabe entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>322</sup>.

Wichtigster Rechtsbehelf im Falle der Mitgliedschaftsdiskriminierung und der Preisdiskriminierung ist der Beseitigungsanspruch. Dieser begründet einen unmittelbaren *Kontrahierungszwang*, welcher im Falle der Mitgliedschaftsdiskriminierung als Rechtsanspruch auf den Abschluß eines Beitrittsvertrages und im Falle der Preisdiskriminierung als Rechtsanspruch auf den Abschluß eines Vertrages zu Männerkonditionen besteht<sup>323</sup>.

<sup>322</sup> Vgl. zum Ganzen *Pedrazzini/Oberholzer*, S. 154.

<sup>323</sup> Den unmittelbaren Kontrahierungszwang auf der Grundlagen von Art. 28a ZGB bejahend: *KG St. Gallen*, SJZ 87 (1991), S. 285 E. 4 (Erteilung der Spiellizenz für 1. Liga-Eishockeymeisterschaft); *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Rz. 1111; *Trachsler*, S. 223; *Werro*, S. 27 Fn. 62; *Zäch*, Verfassungsrecht, S. 25 ff. Ablehnend *E. Bucher*, Drittwirkung, S. 42; *Rom*, S. 64. Speziell den Rechtsanspruch des *Beitrittsvertrages* bejahend: *BGE 98 II 230 E. 5* (Genossenschaft); *BK-Riemer*, N 67 f. zu Art. 70 ZGB; *BK-Kramer*, N 112 zu Art. 19-20 OR; *Honsell-Heini*, N 30 zu Art. 70 ZGB. Vgl. auch *Honsell-Schwartz*, N 10 zu Art. 839 OR. Verneinend noch *Heini*, S. 543.

**c) Ergebnis zu den liberal-feministischen Möglichkeiten *de lege lata***

Die Eingangsfrage, ob mit dem geltenden Vertragsrechtsinstrumentarium auf die geschlechtsbezogenen Ungleichheiten in der Vertragsrealität reagiert werden kann, ist zumindest teilweise zu bejahen. Zwar lassen sich für die verbleibenden Gleichstellungsdefizite im Arbeitsverhältnis dem geltenden Vertragsrechtsinstrumentarium (Obligationenrecht, Gleichstellungsgesetz) keine zusätzlichen Diskriminierungsverbote entnehmen. Dafür kann im Hinblick auf die Preis- und Mitgliedschaftsdiskriminierung der Persönlichkeitsschutz für die Anliegen der liberal-feministischen Rechtskritik geöffnet werden.

Dies bedeutet allerdings nicht zwingend, daß die Gerichte die bestehenden Möglichkeiten tatsächlich ausschöpfen werden. Ein *kodifiziertes Diskriminierungsverbot* würde der Gefahr einer 'status quo'-orientierten Auslegung vorbeugen; zudem könnten so weitere Mechanismen (z.B. Beweislastumkehr, Beweiserleichterung) im Hinblick auf einen verbesserten Schutz gegen Diskriminierungen eingesetzt werden. Ein allgemeines obligationenrechtliches Diskriminierungsverbot bleibt daher Teil einer liberal-feministischen Zielsetzung.

Insgesamt bedarf es also sowohl hinsichtlich der verbleibenden Gleichstellungsdefizite im Arbeitsverhältnis als auch in bezug auf die Preis- und Mitgliedschaftsdiskriminierung einer Erweiterung und Ergänzung der traditionellen Vertragsrechtsdogmatik um zusätzliche gesetzliche Kontrollmechanismen, welche die tatsächliche Geschlechtergleichstellung besser durchsetzt.

**4. Liberal-feministische Forderungen *de lege ferenda***

Liberaler Feminismus fordert primär die tatsächliche Chancengleichheit von Frau und Mann im erwerbsrelevanten Vertragsgeschehen. Dies ist im Vertragsrecht vor allem durch ein allgemeines Diskriminierungsverbot bei Verträgen zu bewirken (a), das mit neuen Durchsetzungsmitteln (b) konkretisiert werden kann. Das passiv reagierende Instrumentarium dieser Verbote kann durch eine aktive Gestaltung, wie sie mit Frauenfördermaßnahmen gegeben wäre, erweitert werden (c).

### a) Allgemeines Diskriminierungsverbot bei Verträgen

Eine positive Handlungspflicht des Gesetzgebers zur Statuierung eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes im Vertragsverhältnis ergibt sich aus Art. 4 II Satz 2 BV und aus Art. 2 lit. f des Uno-Frauenübereinkommens<sup>324</sup>. Die Bestimmung in Art. 4 II Satz 2 BV enthält einen *Gesetzgebungsauftrag* zur Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann<sup>325</sup>. Dieser gilt für sämtliche Rechtsbereiche, in denen Frauen und Männer noch nicht gleich behandelt werden, wobei die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten – und damit gerade auch das Schuldvertragsrecht – im Vordergrund stehen<sup>326</sup>. Solange also geschlechtsspezifische Diskriminierungen weiterhin bestehen, hat 'das Gesetz' noch nicht ausgesorgt; vielmehr sind weitere gesetzgeberische Maßnahmen vonnöten, um die Verwirklichung der Gleichstellung voranzutreiben.

Sodann verlangt Art. 2 lit. f des Uno-Frauenübereinkommens, daß die Vertragsstaaten „alle geeigneten Maßnahmen einschließlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Änderung oder Aufhebung aller bestehenden Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung der Frau darstellen.“<sup>327</sup> Inhaltlich reicht diese Verpflichtung im Hinblick auf die Statuierung eines privatrechtlichen Diskriminierungsverbots über diejenige in Art. 4 II Satz 2 BV nicht hinaus. Denn auch die Verfassungsbestimmung enthält den Auftrag zur Herstellung der geschlechtsbezogenen Gleichstellung in der sozialen Wirklichkeit<sup>328</sup> und umfaßt daher auch soziale Gepflogenheiten und Praxen. Hingegen hält Art. 2 des Übereinkommens zusätzlich fest, daß die Unterzeichnerstaaten *unverzüglich* eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau verfolgen sollen und hebt damit die zeitliche Dringlichkeit einer solchen gesetzgeberischen Maßnahme hervor.

Das schweizerische Recht hat im *Gleichstellungsgesetz* inzwischen ein Beispiel für das kodifizierte Verbot der Geschlechterdiskriminierung vorzuweisen, das zukünftig – je nach seiner praktischen Anwendung – die umfassende Inhaltskontrolle der Arbeitsverträge im Hinblick auf

---

<sup>324</sup> Siehe oben S. 73 (2.a.aa., Völkerrechtliche Normen).

<sup>325</sup> Statt vieler: G. Müller, N 138 zu Art. 4 BV.

<sup>326</sup> Vgl. Häfelin/Haller, S. 465.

<sup>327</sup> BBl 1995 IV 980.

<sup>328</sup> Vgl. Hangartner, Staatsrecht II, S. 190.

deren Diskriminierungsgehalt bewirken könnte<sup>329</sup>. Entsprechend könnte also das Privatrecht ein allgemeines Verbot geschlechtlicher Diskriminierung bei Verträgen aufnehmen<sup>330</sup>. Auf bestehende Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen wurde bereits hingewiesen<sup>331</sup>. Bei diesen bildet das Geschlecht allerdings nur eines der verbotenen Unterscheidungsmerkmale. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches sich auf weitere unabänderliche oder verfassungsmäßig geschützte Eigenschaften der individuellen Person erstreckt, entspricht aber durchaus dem liberal-feministischen Gleichheitskonzept, welches in der Feststellung einer allgemeinen Menschengleichheit seinen Ausgangspunkt nimmt und diese Gleichheit für die Frauen einfordert. Auf einen Katalog der verbotenen Unterscheidungsmerkmale, wie ihn die bestehenden kodifizierten Diskriminierungsverbote enthalten<sup>332</sup>, kann aber verzichtet werden. Statt dessen ist das vertragliche Diskriminierungsverbot, wie bereits der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz, allgemein zu formulieren und in diesem zu verorten<sup>333</sup>. In Anlehnung an das Gleichstel-

<sup>329</sup> Die von Arbeitgebendenseite befürchtete Prozeßflut ist allerdings ausgeblieben. Beim eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann sind bislang 11 auf das GlG gestützte Klagen vermerkt (Stand: Mai 1998). Die meisten davon betreffen öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse. Vgl. hierzu auch den Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich 1996, S. 104 ff. sowie – für die erste GlG-Klage im privaten Arbeitsverhältnis – das Urteil des Arbeitsgerichts Zofingen vom 11. Juni 1997, besprochen von *Steiger-Sackmann* in *AJP* 6 (1997), S. 1432 ff. Auch wenn längst nicht alle GlG-Klagen beim Büro für Gleichstellung vermerkt sind, so ändert dies nichts daran, daß von einer Prozeßflut jedenfalls nicht die Rede sein kann.

<sup>330</sup> Für solche Vorschläge in ausformulierter Form siehe *Garbe-Emden*, S. 110 („Eine Benachteiligung anderer Personen im Rechtsverkehr wegen ihrer Geschlechtszugehörigkeit ist verboten.“); *Trachsler*, S. 194. Befürwortend auch *C. Kaufmann*, Gleichstellung, S. 135; *Zellweger*, S. 313 f.

<sup>331</sup> Vgl. z.B. Art. 1 und 2 Code des droits de la personne, Ontario (Canada), abgedruckt in *Trachsler*, S. 248 ff.; § 51 California Civil Code; § 1-2501 Washington, D.C., Code.

<sup>332</sup> Z.B.: „[s]ex, race, color, religion, ancestry, national origin“ (§ 51 California Civil Code); „race, color, religion, national origin, sex, age, marital status, personal appearance, sexual orientation, family responsibilities, matriculation, political affiliation, physical handicap, source of income, place of residence, business“ (§ 1-2501 Washington, D.C., Code); „rasse, ascendance, lieu d'origine, couleur, origine ethnique, citoyenneté, croyance, sexe, orientation sexuelle, âge, état matrimonial, état familial, handicap“ (Art. 1 Code des droits de la personne, Ontario, Canada), abgedruckt in *Trachsler*, S. 248 ff.

<sup>333</sup> So bereits *Trachsler*, S. 192 ff.

lungsgesetz ist aber dennoch mit Rücksicht auf das Persönlichkeitsmerkmal 'Geschlecht' festzuhalten, daß positive Maßnahmen zugunsten von Frauen keine Diskriminierung darstellen. Mit Blick auf Art. 28, 28a ZGB und das Gleichstellungsgesetz könnte das Diskriminierungsverbot etwa folgendermaßen lauten:

Art. 28m ZGB [III. Diskriminierung bei Verträgen]<sup>334</sup>

(1) Wer aufgrund unabänderlicher oder verfassungsmäßig geschützter Eigenschaften bei Verträgen direkt oder indirekt benachteiligt oder von solchen ausgeschlossen wird, hat Anspruch auf Feststellung, Beseitigung und Unterlassung der Diskriminierung.

(2) Angemessene Maßnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung zwischen Frau und Mann stellen keine Diskriminierung dar.

Mit einer solchen gesetzlichen Klarstellung würden die Diskriminierungstatbestände der Preis- und der Mitgliedschaftsdiskriminierung auf die gleiche Stufe gestellt wie die Diskriminierung im Arbeitsverhältnis.

#### **b) Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Diskriminierungsverboten**

Zur Verbesserung der Durchsetzbarkeit des vorgeschlagenen Diskriminierungsverbotes ist einerseits an die Statuierung eines Kontrahierungszwanges und eines Kündigungsverbotes zu denken (aa). Zudem soll sich die Diskriminierung nicht lohnen; daher sollte jede Diskriminierung unabhängig von den reparatorischen Ansprüchen (Schadenersatz, Genugtuung) einen Anspruch auf Geldzahlung auslösen (bb). Schließlich muß es zur Geltendmachung der Ansprüche infolge Diskriminierung genügen, daß eine solche glaubhaft gemacht wird (cc).

---

<sup>334</sup> Die Randziffer III. des Art. 29 [III. Recht auf den Namen] würde dann zu Randziffer IV.

*aa) Kontrahierungszwang und Kündigungsverbot*

## (1) Regelung bei Preis- und Mitgliedschaftsdiskriminierung

Ein ausdrücklich statuerter Kontrahierungszwang stellt klar, daß einer diskriminierten Person das Recht zum Abschluß eines diskriminierungsfreien Vertrags zusteht. Damit der Kontrahierungszwang nicht mittels Auflösung des Vertragsverhältnisses umgangen werden kann, ist dessen Bestandsschutz in Form eines Anspruchs auf Fortführung des Vertragsverhältnisses (Kündigungsverbot bzw. Ausschlußverbot bei Personenverbindungen) gesetzlich zu verankern.

## (2) Regelung im Gleichstellungsgesetz

Für *private Arbeitsverhältnisse* ist aufgrund der Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes der Anspruch auf eine Anstellung oder auf eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen (Art. 5 II GlG). Da das Gleichstellungsgesetz aber lediglich eine *lex specialis* zum vorgeschlagenen allgemeinen Diskriminierungsverbot bildet, steht der Statuierung eines Kontrahierungszwangs bzw. eines Kündigungsverbots im Rahmen des letzteren nichts entgegen. Dies bedeutet allerdings nicht, daß die vom Gleichstellungsgesetz gewählte Lösung nicht verbesserungswürdig wäre. Tatsächlich vermag diese nämlich nicht zu überzeugen.

Der fehlende Anspruch auf Fortführung des Vertrags ist schon deshalb unbefriedigend, weil sie die Angestellten des öffentlichen Dienstes gegenüber den privatrechtlich angestellten Personen besser stellt: Im öffentlichen Dienst ist die diskriminierende Kündigungsverfügung aufzuheben, was bedeutet, daß das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird<sup>335</sup>.

Sodann werden mit dem Verzicht auf die Statuierung eines Kündigungsverbots auch die wenigen bestehenden Ansätze eines Bestandsschutzes im Gleichstellungsgesetz ausgehöhlt. Das Gleichstellungsgesetz hat nämlich für die anderen Diskriminierungsformen, beispielsweise die Benachteiligung bei der Beförderung oder bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen, keine Sonderregelung getroffen. Dies hat zur Folge, daß in diesen Fällen ein Anspruch auf effektive Beseitigung (Art. 5 I lit. b GlG), also auf Beförderung und Umgestaltung der Arbeitsbedingungen, besteht. Dieser an sich begrüßenswerten Regelung wird indes-

---

<sup>335</sup> So GlGK-Bigler-Eggenberger, N 23 zu Art. 5 GlG m.w.N.

sen die Effektivität genommen, wenn denjenigen, die sich darauf berufen, im nachhinein gekündigt werden kann. Der sechsmonatige Kündigungsschutz bei Rachekündigungen (Art. 10 II GlG) vermag hier kaum als Ansporn zu wirken, um die Rechte gemäß Gleichstellungsgesetz tatsächlich geltend zu machen.

Schwieriger gestaltet sich die Frage des Kontrahierungszwangs bei einer *diskriminierenden Nichtanstellung*. Denn im Gegensatz zu den Fällen der Preis- und der Mitgliedschaftsdiskriminierung, bei denen die Zahl der Vertragsabschlußmöglichkeiten grundsätzlich nicht beschränkt ist, kann ein Arbeitsverhältnis im Regelfall nur mit einer Person abgeschlossen werden. Haben sich zehn Frauen für einen Vertragsabschluß beworben und wurde ihnen ein Mann vorgezogen, so kann auch im Falle einer nachgewiesenen Diskriminierung der Vertrag nicht von den zehn diskriminierten Frauen gleichzeitig abgeschlossen werden. *Hier ist im Rahmen der Verbesserung der Durchsetzbarkeit des Diskriminierungsverbotes de lege ferenda an einen Anspruch auf ein faires Auswahlverfahren zu denken, das sich im Einzelfall zu einem Kontrahierungszwang verdichten kann.* Ein faires Auswahlverfahren könnte zum Beispiel dahingehend verlaufen, daß im Falle einer glaubhaft gemachten Diskriminierung die Stelle vorerst nicht besetzt werden kann und die Bewerbungen noch einmal zu prüfen sind. Stellt sich heraus, daß die klagende Partei am besten qualifiziert ist, muß ihr die Stelle angeboten werden.

Die Gründe, die für einen Anspruch auf ein faires Auswahlverfahren und ein Kündigungsverbot auch in Arbeitsverhältnissen sprechen, sind zweierlei. Erstens geht es darum, dem Opfer einer Diskriminierung ein möglichst breites Spektrum an Handlungsalternativen zur Verfügung zu stellen. Welche davon im Einzelfall beansprucht wird, liegt im Ermessen der verletzten Person und soll nicht vom Gesetz vorweggenommen werden. Es wäre angesichts der Arbeitsmarktlage verfehlt, davon auszugehen, eine diskriminierte Person würde immer auf den Abschluß oder die Fortführung eines Vertrages verzichten, nur weil sie diskriminiert worden ist. Für einen Großteil der Erwerbstätigen sind Arbeitsverhältnisse von existentieller Bedeutung. Den Luxus, als Vertragspartei erwünscht zu sein und es 'nett zu haben' können sich längst nicht alle Erwerbstätigen leisten. Im übrigen kann dem Umstand, daß eine diskriminierte Person lieber auf den Vertragsschluß bzw. auf dessen Fortführung verzichten würde, damit Rechnung getragen werden, daß man ihr die Möglichkeit eröffnet, statt dessen eine Entschädigung zu verlangen. Dies sieht Art. 13 IV GlG im Falle der Rachekündigung bereits vor. Zweitens gilt es im heutigen Zeitalter der Fusionen auch zu bedenken, daß längst nicht alle Arbeitsverhältnisse in einer engen persönlichen Be-

ziehung zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden besteht. Konzerne wie Novartis, ABB oder Nestlé gleichen eher einer öffentlichen Verwaltung als einem kleinen Familienbetrieb. Ein Grund, warum in der öffentlichen Verwaltung die Aufhebung einer Kündigung oder gar ein Kontrahierungszwang (z.B. Deutschland) praktikabel erscheint, ist deren Größe und Anonymität. Die Konsequenzen solcher Vorgänge können bei den großen Angestelltenzahlen leichter kompensiert werden, indem beispielsweise der betroffenen Person eine Stelle in einem anderen Zweig der Verwaltung angeboten wird, falls das unmittelbare Arbeitsfeld durch den Streit um die Kündigung oder Anstellung zu stark belastet wurde. Die Lage präsentiert sich aber bei Großbetrieben nicht viel anders<sup>336</sup>.

Insgesamt ist festzuhalten, daß auch im Bereich des Gleichstellungsgesetzes noch ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht und dasselbe im Sinne der getroffenen Erwägungen zu revidieren wäre.

### (3) Fazit für das allgemeine Diskriminierungsverbot

Bezüglich des hier vorgeschlagenen allgemeinen Diskriminierungsverbotes ist zu bedenken, daß nebst der Preis- und der Mitgliedschaftsdiskriminierung auch Diskriminierungen bei Verträgen vorkommen können, in denen sich die Problematik ähnlich wie bei den Arbeitsverträgen gestaltet, so zum Beispiel bei Werkverträgen oder Auftragsverhältnissen. Daher ist zwar vom Grundsatz des Kontrahierungszwanges und des Kündigungsverbotes auszugehen, jedoch sollte es den Gerichten nach der Prüfung im *Einzelfall* möglich sein, von diesen Maßnahmen abzusehen und statt dessen der diskriminierten Vertragspartei eine Entschädigung zuzusprechen. Auch sollte es der diskriminierten Vertragspartei offenstehen, statt des Vertragsabschlusses oder der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses eine Entschädigung zu verlangen. Ein Vorschlag könnte in folgender Neufassung bestehen:

Art. 28m ZGB [III. Diskriminierung bei Verträgen]

(1) Wer aufgrund unabänderlicher oder verfassungsmäßig

---

<sup>336</sup> Nebenbei sei erwähnt, daß sich angesichts der enormen Differenzen in den Möglichkeiten und den Arbeitswirklichkeiten von Groß- und Kleinbetrieben die Frage aufdrängt, ob nicht eine Gleichstellungsgesetzgebung angemessener wäre, die bei der Festlegung der Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis der Betriebsgröße Rechnung trägt.

geschützter Eigenschaften bei Verträgen direkt oder indirekt benachteiligt oder von solchen ausgeschlossen wird, hat Anspruch auf Feststellung, Beseitigung und Unterlassung der Diskriminierung.

(2) Angemessene Maßnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung zwischen Frau und Mann stellen keine Diskriminierung dar.

(3) Die Beseitigung der Diskriminierung schließt den Anspruch auf Abschluß und Fortführung des Vertrages ein. Sofern die Umstände es rechtfertigen oder die betroffene Vertragspartei es verlangt, kann das Gericht statt dessen eine angemessene Geldsumme als Entschädigung zusprechen. Vorbehalten bleiben Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung.

#### bb) Entschädigungspflicht

Aus liberal-feministischer Sicht ist die Forderung nach einem Diskriminierungsverbot immer auch mit der Forderung nach Strategien zu seiner *effektiven Durchsetzung* zu verbinden<sup>337</sup>. Dies bedeutet konkret: Diskriminierung soll sich nicht lohnen. Um dem vertraglichen Diskriminierungsverbot auch in finanzieller Hinsicht Nachdruck zu verleihen und so dessen Präventivwirkung zu stützen, könnten die reparatorischen Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung mit einer Zusatzregel versehen werden, welche – unabhängig vom Nachweis eines Schadens oder einer seelischen Beeinträchtigung – beim Vorliegen einer Diskriminierung eine Entschädigungspflicht der diskriminierenden Vertragspartei statuiert<sup>338</sup>. Die Entschädigungspflicht sollte sodann auch ungeachtet der Wahlmöglichkeit der diskriminierten Partei bestehen, statt der effektiven Beseitigung der Diskriminierung eine Entschädi-

<sup>337</sup> Vgl. hierzu das Urteil des EuGH zur Gleichbehandlungsrichtlinie (NJW 1984, S. 2021 f.), in dem festgehalten wird, die angestrebte Gleichstellung könne nur durch eine „geeignete Sanktionsregelung“ erreicht werden; die Durchführung der Richtlinie durch nationales Recht müsse eine „wirklich abschreckende Wirkung“ haben.

<sup>338</sup> So z.B. § 52 California Civil Code, der allerdings daneben noch sogenannte 'treble damages' vorsieht, was bedeutet, daß ein dreifaches des (tatsächlichen) Schadens geltend gemacht werden kann. Vgl. daneben *Zellweger* (S. 135), der öffentlich-rechtliche Sanktionen, etwa den Eintrag in ein öffentliches Register, erwägt.

gung zu verlangen. Denn im Fall der Wahlmöglichkeit wird der Verzicht auf einen Rechtsanspruch finanziell abgegolten, während hier die verpönte Diskriminierungshandlung bestraft werden soll.

Im schweizerischen Vertragsrecht ist die Idee einer solchen '*Strafentschädigung*', die eine Annäherung an die 'punitive' oder 'exemplary damages' des 'common law' darstellt, in Art. 336a II und Art. 337c III OR<sup>339</sup> sowie in Art. 5 III, IV GIG enthalten<sup>340</sup>. Ohne hier auf die rechtspolitische Problematik einer solchen Entschädigung mit Pönalcharakter und der damit verbundenen Verwischung zwischen (zivilrechtlichem) Schadensausgleich und (öffentlichrechtlichem) Strafanspruch eingehen zu wollen, ist festzuhalten, daß solche *punktueller* und gesetzlich verankerte Entschädigungsansprüche wesentlich zum verbesserten Schutz gegen geschlechtsbezogene Benachteiligungen beizutragen vermögen und sie daher in dieser beschränkten Anwendung gutzuheißen sind<sup>341</sup>. Die gesetzliche Regelung der finanziellen Nachteile, welche durch eine Diskriminierungshandlung ausgelöst werden, könnte etwa wie folgt lauten:

Art. 28m ZGB [III. Diskriminierung bei Verträgen]

- (1) Wer aufgrund unabänderlicher oder verfassungsmäßig geschützter Eigenschaften bei Verträgen direkt oder indirekt benachteiligt oder von solchen ausgeschlossen wird, hat Anspruch auf Feststellung, Beseitigung und Unterlassung der Diskriminierung.
- (2) Angemessene Maßnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung zwischen Frau und Mann stellen keine Diskriminierung dar.
- (3) Die Beseitigung der Diskriminierung schließt den Anspruch auf Abschluß und Fortführung des Vertrages ein. Sofern die Umstände es rechtfertigen oder die betroffene Vertragspartei es verlangt, kann das Gericht statt dessen eine angemessene Geldsumme als Entschädigung zusprechen. Vorbehalten bleiben Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung.
- (4) Wer von einer Diskriminierung im Sinne von Absatz 1 be-

<sup>339</sup> Siehe dazu BGE 116 II 301 E. 5a.

<sup>340</sup> Ähnlich § 611a II BGB, der als Diskriminierungsentschädigung bei Arbeitsverhältnissen drei Monatsgehälter vorsieht.

<sup>341</sup> A.A. Hermann, S. 36 ff.

*troffen ist, hat unabhängig von den Rechtsbehelfen gemäß Absatz 3 Anspruch auf die Entrichtung eines Betrags in Höhe von Fr. X.--.*

*cc) Beweiserleichterung*

Das Gleichstellungsgesetz hat im Arbeitsvertragsrecht nicht nur zur Konkretisierung und Erweiterung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots geführt, sondern auch dessen Durchsetzbarkeit gefördert. Die schließlich angenommene Gesetzesfassung wurde aber gegenüber der Entwurfsfassung in einigen Punkten abgeschwächt, was zu Recht die öffentliche Kritik ausgelöst hat<sup>342</sup>. In der geltenden Gesetzesfassung fehlt es beispielsweise an der ursprünglich geplanten Ausdehnung des Diskriminierungsverbots auf die Stellenausschreibung<sup>343</sup> und an der Einbeziehung der Anstellung und der sexuellen Belästigung in die Beweis(maß)erleichterung (Art. 6 GlG)<sup>344</sup>.

Um dem Anspruch auf Chancengleichheit in der Vertragsrealität zu genügen, müßte das Gleichstellungsgesetz entsprechend revidiert werden. Darüber hinaus müßte die Beweiserleichterung für *alle* Fälle privatrechtlicher Diskriminierungen gelten. Andererseits muß der beschuldigten Vertragspartei die Möglichkeit bleiben, die Vermutung einer Diskriminierung zu entkräften. Verlangt eine Kundin oder ein Kunde einen zeitaufwendigen Kurzhaarschnitt oder sonst eine Dienstleistung, die bezüglich Kostentintensität, Zeitaufwand und Schwierigkeitsgrad überdurchschnittlich ist, so liegt auch ein sachlicher Grund für die Preisdifferenz vor.

Auch der Verband, welcher nur Mitglieder eines Geschlechts aufnimmt, kann sich auf einen sachlichen Grund stützen, wenn die von

---

<sup>342</sup> Vgl. Pressespiegel EJPD, Rückschau Nationalrat/Ständerat, Frühjahrssession 1994, 93.024 (Gleichstellung von Frau und Mann. Bundesgesetz). Einige Auszüge der Tagespresse vom 10. und vom 18. März 1994: „Nationalrat zieht Gleichstellungsgesetz wichtige Zähne“, „Ringeln um Selbstverständliches“ (Tagesanzeiger); „Die alte Platte“ (Berner Tagwacht); „Argumente von gestern“ (Luzerner Zeitung); „Die heimlichen Widersacher der Gleichstellung“ (St. Galler Tagblatt); „victoire des employeurs“ (Journal de Genève); „Nur ein halber Schritt“ (Der Bund); „Flügelahm“ (Basler Zeitung).

<sup>343</sup> Vgl. Art. 3 II Entwurf-GlG, BBl 1993 I 1325.

<sup>344</sup> Vgl. Art. 6 Entwurf-GlG, BBl 1993 I 1326.

ihm ins Auge gefaßte Aktivität (Männerchor) oder der von ihm verfolgte Zweck (Selbsthilfegruppe mißhandelter Frauen) geschlechtsspezifisch ist. Hingegen kann sich auch der wirtschaftlich oder sozial unbedeutende Zusammenschluß nicht auf einen sachlichen Grund, sondern lediglich auf seine irrationalen Vorurteile stützen, wenn er eine geschlechtsspezifische Mitgliedschaftspolitik betreibt. Wie bereits dargelegt, soll sich aber in solchen Fällen der Verband auf die Vertrags- bzw. die Assoziationsfreiheit berufen können. Neben dem 'sachlichen Grund' kann also auch ein 'schützenswertes Interesse' eine Differenzierung rechtfertigen. Eine kodifizierte Version dieser Zielsetzung könnte etwa folgendermaßen lauten:

Art. 28m ZGB [III. Diskriminierung bei Verträgen]

(1) Wer aufgrund von Eigenschaften, welche Teil der Persönlichkeit bilden, bei Verträgen direkt oder indirekt benachteiligt oder von solchen ausgeschlossen wird, hat Anspruch auf Feststellung, Beseitigung und Unterlassung der Diskriminierung. Die Beseitigung der Diskriminierung schließt den Abschluß und die Fortführung des Vertrages ein.

(2) Angemessene Maßnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung zwischen Frau und Mann stellen keine Diskriminierung dar.

(3) Die Beseitigung der Diskriminierung schließt den Anspruch auf Abschluß und Fortführung des Vertrages ein. Sofern die Umstände es rechtfertigen oder die betroffene Vertragspartei es verlangt, kann das Gericht statt dessen eine angemessene Geldsumme als Entschädigung zusprechen. Vorbehalten bleiben Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung.

(4) Wer von einer Diskriminierung im Sinne von Absatz 1 betroffen ist, hat unabhängig von den Rechtsbehelfen gemäß Absatz 3 Anspruch auf die Entrichtung eines Betrags in Höhe von Fr. X.--.

(5) *Für die Annahme einer Diskriminierung im Sinne von Absatz 1 genügt ihre Glaubhaftmachung. Der anderen Partei steht der Nachweis sachlicher Gründe oder schützenswerter Interessen für eine Differenzierung offen.*

### c) Frauenförderungsmaßnahmen

Die strukturelle Geschlechterdiskriminierung in der erwerbsrelevanten Vertragswirklichkeit erfordert Gegenmaßnahmen, die eine *positive* Förderung von Frauen einschließen. Solche Frauenförderungsmaßnahmen sind eines der meistdiskutierten Mittel im Kampf gegen die Benachteiligung von Frauen. Sie bezeichnen ein weites Spektrum von Regelungen, die von unverbindlichen Frauenförderplänen bis zur festen, leistungsunabhängigen Quotierung reichen<sup>345</sup>. Ihnen ist gemeinsam, daß sie nicht dem Ausgleich von individuellen Benachteiligungen einzelner Frauen dienen, sondern eine Übergangsmaßnahme zur Kompensation der statistisch nachweisbaren Untervertretung der Frauen im Erwerbsbereich darstellen. Die Kollektivkomponente von Frauenfördermaßnahmen schafft für den liberal-feministischen Ansatz ein Spannungsverhältnis zwischen der (klassischen) liberalen Orientierung an der Einzelperson und der feministischen Wahrnehmung des Geschlechts als sozialer Kategorie. Dieses wird zugunsten der Anerkennung der Zugehörigkeit von Frauen zu einer Geschlechtsklasse gelöst<sup>346</sup>.

Frauenfördermaßnahmen haben für die Vertragsrealität weitreichende Folgen, namentlich hinsichtlich der Wahl des Vertragspartners bzw. der Vertragspartnerin (Quoten) sowie bezüglich der Vertragsgestaltung (z.B. flexible Arbeitszeiten; Bestandsschutz der Arbeitsstelle bei Elternurlaub). Mit solchen neuen Gestaltungsmöglichkeiten sind aber auch neue Probleme verbunden. Bei jeder Frauenförderungsmaßnahme stellt sich denn auch die heftig umstrittene Frage nach ihrer *Verfassungsmäßigkeit*. Im Falle der Quoten reicht die Beurteilung von „verfassungswidrigem Stumpfsinn“<sup>347</sup> und „verfassungsmäßig heikel“<sup>348</sup> bis zu „mit

---

<sup>345</sup> Zu Terminologie und Erscheinungsformen von Quoten: *Pfarr*. Für die Schweiz vgl. insb. *Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen, S. 144 ff.

<sup>346</sup> Vgl. *Eisenstein*, Liberal Feminism, S. 192: „To the extent that feminism requires the recognition of women's life within a sex class (however implicit and unformulated this understanding is), feminism lays the basis for the move beyond liberal individualism“.

<sup>347</sup> *Sachs*, S. 558. Die Verfassungswidrigkeit bejahend auch *Starck*, N 211 zu Art. 3 GG; *Suebaum*, S. 437 ff.; *Kempen*, S. 370.

<sup>348</sup> *Hangartner*, Geschlechtergleichheit, S. 838. Ähnlich *G. Müller*, Gleichheitssatz, S. 58.

dem Gleichheitssatz vereinbar<sup>349</sup> und sogar „verfassungsrechtlich geboten“<sup>350</sup>.

Das Bundesgericht hat mit Entscheid vom 3. März 1997 die in einer kantonalen Initiative geforderte proportionale Verteilung aller Ämter auf beide Geschlechter für verfassungswidrig erklärt (Solothurner Quoteninitiative)<sup>351</sup>. Starre Quotenmodelle sind also in der Schweizer Rechtswirklichkeit in nächster Zukunft nicht zu erwarten. Angesichts der Vielfalt von Frauenförderungsmaßnahmen ist mit dieser Entscheidung die Diskussion um Frauenförderungsmaßnahmen aber keineswegs abgeschlossen. Indessen rechtfertigt die Fülle der Abhandlungen zu diesem Thema<sup>352</sup>, das primär Fragen des Verfassungsrechts aufwirft, an dieser Stelle den Verzicht auf eine Phänomenologie solcher Maßnahmen und ihre Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmäßigkeit<sup>353</sup>.

<sup>349</sup> So z.B. *Auer*, S. 1345 f.; *Buser*, S. 330 ff. (für politische Quoten); *C. Kaufmann*, Les quotas, S. 277 ff.; *Mader*, Quoten, S. 23; *Maidowski*, S. 137 f.; *Morand*, S. 88 f.; *J.P. Müller*, Grundrechtstheorie, S. 232; *Sacksofsky*, S. 379 ff. Seit 1991 wohl auch *G. Müller*, Quotenregelungen, S. 316; *ders.*, N 137b, 137c zu Art. 4 BV.

<sup>350</sup> So z.B. *Hofmann*, S.37; *Epiney/Rafael*, S. 187.

<sup>351</sup> BGE 123 I 152. In seinem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, mit dem Gleichstellungsgebot von Art. 4 II BV werde eine Chancen-, nicht aber eine Ergebnisgleichheit angestrebt. Hierzu folgendes: Die Unterscheidung zwischen Chancengleichheit und Ergebnisgleichheit kann nur aufrechterhalten werden, wenn man die fast gänzliche Abwesenheit von Frauen in allen gesellschaftlich relevanten Bereichen auf weibliches Versagertum zurückführt. Denn würden Frauen nicht versagen, so würde die Chancengleichheit automatisch zu einer ungefähren Ergebnisgleichheit führen. Daneben bleibt als Erklärung für das erwähnte Geschlechterungleichgewicht nur, daß Frauen nach wie vor systematisch benachteiligt werden. Dann aber erweist sich die strikte Unterscheidung zwischen Chancengleichheit und Ergebnisgleichheit als blanker Zynismus. Eine Chancengleichheit, die sich nicht daran messen lassen muß, ob sie eine Veränderung des bestehenden Ungleichgewichts zwischen den Geschlechtern erreicht, bleibt unter diesen Umständen ein leeres Versprechen. Vgl. zur Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Chancen- und Ergebnisgleichheit auch *Epiney*, Urteilsanmerkung, S. 1035 f. Ähnlich auch *Lautmann*, Gleichberechtigung, S. 37.

<sup>352</sup> Neueren Datums zur Quotenfrage z.B. die Beiträge in *Arioli*, Quoten; *dies.*, Frauenförderung; *Auer/Martenet*; *Bach*; *Buser/Poleda*; *Döring*; *Epiney*, Urteilsanmerkung; *Hangartner*, Urteilsanmerkung; *Leicht-Scholten*; *Schwander*, Quoten; *Siegiwart*; *Sacksofsky*.

<sup>353</sup> Wegweisend in dieser Frage dürfte der EuGH-Entscheid *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein Westfalen* vom 11.11.1997 (Rs. C-409/95) sein. Dort hielt der EuGH fest, daß eine Maßnahme, die den Frauen nicht einen absoluten und un-

Zu den Frauenförderungsmaßnahmen aber soviel: *aus liberal-feministischer Sicht sind positive Maßnahmen zugunsten von Frauen unverzichtbar, will man der strukturellen Diskriminierung im Erwerbsleben effektiv entgegensteuern.* Dies nicht nur, weil solche Maßnahmen durch ihre tatsächliche Effektivität zur zahlenmäßigen Verbesserung des Frauenanteils beitragen würden<sup>354</sup>. Wichtig sind vor allem die mit ihnen verbundenen *Druckmöglichkeiten* und der gesteigerte *Rechtfertigungszwang* für die bislang im wesentlichen unhinterfragt praktizierte, ungerechtfertigte männliche Bevorzugung im Erwerbsleben<sup>355</sup>, die auch schon als „Besitzstandsklausel männlicher Bevorzugung“ bezeichnet worden ist<sup>356</sup>.

Schließlich ist auch der *Übergangscharakter* solcher Maßnahmen hervorzuheben<sup>357</sup>. Nicht die staatlich sanktionierte Gleichschaltung, sondern die Umwälzung des von Männern und für Männer geschaffenen Erwerbsbereiches dergestalt, daß Kompensationsregelungen zugunsten von Frauen überflüssig werden, ist das angestrebte Ziel und bildet den eigentlichen Erfolg der liberal-feministischen Vision<sup>358</sup>.

#### d) Ergebnis zu den liberal-feministischen Forderungen *de lege ferenda*

Der liberal-feministischen Zielsetzung einer tatsächlichen Chancengleichheit im erwerbsrelevanten Vertragsgeschehen entspricht ein allgemeines Diskriminierungsverbot bei allen Verträgen. Dabei ist an

---

bedingten Vorrang vor gleichqualifizierten Männern einräume, sondern die im Einzelfall auch die Einstellung eines männlichen Bewerbers erlaube, mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG (Richtlinie vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen) vereinbar sei. Vgl. zu diesem Urteil und seiner Bedeutung für die zukünftige Beurteilung von Quoten *Sieewart*, S. 341 ff.; *Schwander*, Quoten, S. 18 ff.

<sup>354</sup> In Hamburg beispielsweise stieg der Frauenanteil im öffentlichen Dienst nach zweijähriger Anwendung einer leistungsorientierten Quote um 0,2%, vgl. *Pfarr*, S. 214. Kritisch zu den erhofften positiven Wirkungen von Quoten auch *Ketscher*, S. 83.

<sup>355</sup> Siehe *Sokol*, S. 285.

<sup>356</sup> *Hohmann-Dennardt*, S. 45.

<sup>357</sup> Vgl. *Auer*, S. 1346. Der Autor hält allerdings fest, daß der Übergangscharakter keine Bedingung für deren Verfassungsmäßigkeit darstellt.

<sup>358</sup> So *Sokol*, S. 285.

ein umfassendes Verbot zu denken, das sich auf alle unabänderlichen oder verfassungsmäßig geschützten Eigenschaften der individuellen Person erstreckt und im Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) verortet werden kann. Sodann sind gesetzgeberische Strategien zur effektiven Durchsetzung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes erforderlich. In diesem Zusammenhang ist die Statuierung eines Kontrahierungszwangs und eines Kündigungsverbotes zu erwägen. Auch soll sich die Diskriminierung nicht lohnen. Um dem Verbot Nachdruck zu verleihen und so dessen Präventivwirkung zu stützen, könnte auf eine von den reparatorischen Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung unabhängige Entschädigungspflicht erkannt werden. Darüber hinaus müsste für alle Fälle privatrechtlicher Diskriminierungen eine Beweiserleichterung gelten, indem Diskriminierungen lediglich glaubhaft gemacht werden müssen. Schließlich wäre das Verbotsinstrumentarium durch aktive Frauenförderungsmaßnahmen zu ergänzen.

## **5. Ergebnis zum liberal-feministischen Ansatz im Schuldvertragsrecht**

Nach der liberal-feministischen Diskriminierungsthese löst das Vertragsrecht seinen Anspruch auf geschlechtsunabhängige Gültigkeit nicht ein, weil es Frauen hinsichtlich ihrer Partizipation am Vertragsgeschehen nicht die gleichen Teilhabebedingungen einräumt wie den Männern. Diese These wird durch eine Reihe von Beispielen belegt.

Das geltende Recht hat die Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben in bestimmten Bereichen bereits anerkannt und mit Regelungen zur Sicherstellung der Chancengleichheit beantwortet. Sodann kann über die privatrechtlichen Generalklauseln der Gleichbehandlungsgrundsatz in das Vertragsrecht hineingetragen und dieses so für liberal-feministische Anliegen fruchtbar gemacht werden. Das bestehende Instrumentarium des Vertragsrechts genügt allerdings nicht, um die liberal-feministische Gleichstellungsforderung umfassend durchzusetzen. Es bedarf deshalb einer Erweiterung und Ergänzung desselben; hier ist insbesondere an die ausdrückliche Statuierung eines allgemeinen vertraglichen Diskriminierungsverbotes und dessen Konkretisierung mit neuen Durchsetzungsmitteln sowie an kompensatorische Übergangsmaßnahmen zu denken. Letztere sollen im Schlüsselbereich der außerhäuslichen Sphäre, dem Arbeitsvertragsrecht, die Personalpolitik der Unternehmen stärker in eine umfassende, auf die Chancengleichheit im Erwerbsleben abzielende Gesellschaftspolitik einbinden.

Als Fazit kann festgehalten werden: *Es geht bei liberal-feministischen Forderungen nicht darum, für Frauen ein 'Mehr' oder ein 'Anders', sondern nur darum, für sie ein 'Wirklich Gleich' durchzusetzen.*

## II. Relational-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts - männliche Prägung vertragsrechtlicher Normen

Nach der relational-feministischen These orientieren sich Männer und Frauen an unterschiedlichen Werten und Denkmustern<sup>359</sup>. Tatsächliche Gleichstellung bedeutet für den relationalen Feminismus: *Anerkennung und Würdigung weiblicher Differenz im und durch das Recht*. Diese Gleichstellung wird erreicht, wenn weiblich und männlich konnotierte Werte im Recht gleichermaßen berücksichtigt werden.

Für eine relational-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts kann dahinstehen, ob Mann und Frau *in ihrer Natur* verschieden sind, oder ob die alltäglich feststellbaren Unterschiede 'nur' eine *soziale Prägung* reflektieren<sup>360</sup>. Denn jedenfalls werden auch in der heutigen Gesellschaft Frauen noch anders charakterisiert und tendenziell anders behandelt als Männer<sup>361</sup>. So ist es nicht erstaunlich, daß sie sich in einem weiten

---

<sup>359</sup> Siehe dazu oben S. 14 ff. (Erster Teil, I.3.b., relationaler Feminismus). Zusammenfassend Olsen, *Das Geschlecht des Rechts*, S. 303, 307: Männer werden als konfrontativ, überlegt, sachlich, aktiv, machtbewußt, objektiv, abstrakt, egozentrisch, Frauen demgegenüber als kooperativ, gefühlsbetont, sensitiv, passiv, einfühlsam, subjektiv, kontextbezogen und insgesamt relational (d.h. beziehungs- und personenorientiert) angesehen.

<sup>360</sup> Zu den Thesen über die Ursachen der Geschlechterdifferenz sowie zu den Studien, welche diese Differenzen belegen, siehe oben Fn. 64.

<sup>361</sup> So zeigt z.B. die US-amerikanische Stereotypenforschung trotz des sozialen Wandels relativ konstante Resultate bezüglich der Geschlechterrollen, indem Männern nach wie vor eine Kompetenzsphäre (*competence cluster*) und Frauen eine Wärmesphäre (*warmth cluster*) zugeschrieben wird: „A 'competence cluster', including such traits as logical, self-confident, objective, and active, is stereotypically used to describe men. Associated with women is a 'warmth cluster' of traits such as nurturant, emotionally expressive and sensitive.“ Losh-Hesselbarth, S. 541. Diese Beobachtung hat Alltagswert, wenn man sich die traditionellen Mutterqualitäten vor Augen führt: Eine gute Mutter unterscheidet nicht zwi-

Spektrum alltäglicher Zusammenhänge empirisch nachweisbar anders verhalten<sup>362</sup>; die These der Geschlechterdifferenz genießt insofern eine „hohe alltagsweltliche Plausibilität“<sup>363</sup>. Auch kommt es nicht darauf an, daß *einige* Frauen konfrontativer und abstrakter sind als viele Männer oder daß *einige* Männer kooperativer und fürsorglicher sind als viele Frauen. Für die relational-feministische Ausgangsthese genügt die Aussage, daß Frauen signifikant häufiger beziehungsorientiert und kontextbezogen, Männer dagegen signifikant häufiger individualistisch und abstrakt denken und handeln.

Aus relational-feministischer Sicht besteht im Schuldvertragsrecht ein Gleichstellungsdefizit, weil dieses einseitig auf männlich konnotierte Werte und Denkmuster ausgerichtet ist (1). Das geltende Vertragsrecht läßt zudem kaum Ansätze erkennen, die auf eine Einbeziehung relationaler Werte hindeuten würden (2). Wird das geltende Vertragsrechtsinstrumentarium – insbesondere das der vertragsrechtlichen Generalklauseln – nach relational-feministischer Dogmatik ausgelegt und angewandt, so könnten schon dadurch relationale Werte ins Vertragsrecht einfließen (3). Für eine weitergehende Problembewältigung sind klarstellende und neuregelnde Gesetzesänderungen zu erwägen (4).

## 1. Ansatzpunkte der relational-feministischen Diskriminierungsthese

Das Bestehen einer sozialen Erwartenshaltung, die Frauen und Männern unterschiedliche Verhaltensweisen zuschreibt, bedeutet für sich noch keine geschlechtsbezogene Benachteiligung. Zu dieser kommt es erst dadurch, daß gleichzeitig das Recht *einseitig* männliches Verhalten

---

schen ihrem Wohl und dem Wohl ihres Kindes, sie pocht nicht auf Rechte, sondern stellt auf die Bedürfnisse des Kindes ab, eine gute Mutter schreit nicht zurück, sondern besänftigt und beruhigt. Zur Tradition der Geschlechterstereotypie im schweizerischen Recht vgl. nur die Botschaft zur ersten Frauenstimmrechtsvorlage, BBl 1957 I 742: „Es hieße, an offenkundigen Tatsachen vorbeisehen, wollte man verkennen, daß Mann und Frau sich nicht nur psychisch, sondern auch geistig voneinander unterscheiden. Es gibt eine weibliche Art des Denkens, des Fühlens und des Reagierens, die von der männlichen abweicht ... und sich im einzelnen Individuum verschieden stark ausgeprägt vorfinden ...“

<sup>362</sup> Vgl. Calabresi, Ideale, S. 55.

<sup>363</sup> Nunner-Winkler, S. 18.

fördert: *Während für Männer gesellschaftliche und rechtliche Verhaltenserwartungen harmonieren, sehen sich Frauen einem ständigen Widerspruch zwischen ihrer gesellschaftlichen und ihrer rechtlichen Rolle ausgesetzt*<sup>364</sup>. So spielen die männlich dominierte Gesellschaft einerseits und das (bis 1971 ausschließlich von Männern geschaffene) Recht andererseits Hand in Hand, um Frauen durch entgegengesetzte Erwartungen latent zu diskriminieren.

Für die relational-feministische Rechtskritik entpuppt sich die vermeintliche Neutralität des Vertragsrechts als Trugschluß, weil dieses von einem autonomen, abstrakt denkenden, anspruchorientierten und konfliktbereiten Vertragssubjekt ausgeht und andere Dimensionen sozialen Seins vernachlässigt<sup>365</sup>. Vereinfacht ausgedrückt: Vertragsrecht ähnelt den Männern<sup>366</sup>.

Die relational-feministische Diskriminierungsthese läßt sich an einigen Beispielen aus dem Vertragsrecht illustrieren. Männliche Prägung findet sich beispielhaft im Rationalitätsverständnis des Schuldvertragsrechts (a), beim materialistischen Verantwortlichkeitsprinzip (b) und beim Anspruchsdenken im Recht der Leistungsstörungen (c).

---

<sup>364</sup> Zu dieser Ambiguität auch *Gerhard*, Rechtsmeinungen, S. 223; *Klein-Schonnefeld*, S. 250.

<sup>365</sup> Hierin unterscheidet sich die relational-feministische Vertragsrechtskritik grundlegend vom liberal-feministischen Ansatz, welcher den universalen Geltungsanspruch des Autonomie- und Rationalitätsgedankens des bestehenden Vertragsrechts grundsätzlich nicht in Frage stellt und lediglich gleiche Partizipationsmöglichkeiten innerhalb desselben fordert.

<sup>366</sup> *Olsen*, Geschlecht des Rechts, S. 305. Noch in diesem Jahrhundert wurde die Männlichkeit des Rechts noch offen deklariert; sie diene unter anderem dazu, die Frauen von der Rechtspflege auszuschließen: „Der weiblichen Eigenart wurde die Männlichkeit des Rechts entgegengesetzt. Recht wurde als extreme Ausprägung des männlichen abstrakt-normativen Denkens verstanden.“ *Rosenbusch*, S. 1065 f., u.a. mit Hinweis auf das Votum des Leibziger Amtsgerichtsrates *Hoffmann* (S. 206), der an der 4. Deutschen Richtertagung (1921) ausführte, mit der Zulassung der Frauen zum Richterberuf sei der „Rechtsgedanke in Gefahr“, ja diese würde gar den Niedergang der Rechtsordnung bedeuten.

**a) Vernunft und Vertrag – das einseitige Rationalitätsverständnis im Schuldvertragsrecht**

aa) *Einleitung: Die vernünftige Frau – ein Oxymoron?*

Das Schuldvertragsrecht orientiert sich – wie alles Recht – am *Paradigma der Vernunft*: Der Vernünftigekeitsanspruch von geltendem (vertraglichem oder gesetzlichem) Recht gilt als denknötwendige und rechtsstaatlich unerläßliche Größe<sup>367</sup>, die sich auch sprachlich in Begriffen wie der 'Präsumption des vernünftigen Gesetzgebers'<sup>368</sup> oder dem Leitbild der 'vernünftigen Person' bzw. der 'vernünftigen Vertragspartei' niederschlägt<sup>369</sup>.

So selbstverständlich der universale Geltungsanspruch des Vernunftbegriffs (vernünftiges Recht, vernünftige Vertragsparteien, vernünftige Vereinbarungen) im Schuldvertragsrecht erscheinen mag, ist immerhin festzuhalten, daß im tradierten Geschlechterbild die Vernunft gemeinhin nicht zu den typisch weiblichen Charakterzügen zählt; *vielmehr definiert sich das Vernunftideal der Neuzeit gerade in Abgrenzung zu allem Weiblichen*, und es wird durch diesen Ausschluß gleichzeitig die Weiblichkeit als das Sinnlich-Irrationale festgeschrieben<sup>370</sup>. Wurde Frauen die Fähigkeit rationalen Denkens in der Vergangenheit gänzlich abgesprochen<sup>371</sup>,

<sup>367</sup> Zeller, Auslegung, S. 318.

<sup>368</sup> Siehe den Nachweis bei Zeller, Auslegung, S. 288 Fn. 102. Vgl. hierzu auch Graf, S. 53 ff.

<sup>369</sup> Vgl. Franz von Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, III, S. 316 f., zitiert in Graf, S. 55 Fn. 70: „Für jeden Bürger, der die natürliche, allgemeine Fähigkeit, seine Geschäfte zu besorgen, besitzt, streitet die in dem Naturtriebe und der Vernunft gegründeten Vermuthung, daß er das, was ihm nützlich ist, nicht außer Acht lassen werde.“ Zum breiten Anwendungsbereich der 'vernünftigen Person' siehe Gauch, Der vernünftige Mensch, S. 177 ff.

<sup>370</sup> Die Offenlegung der patriarchalen Struktur des Vernunftverständnisses der Neuzeit, das eine Spaltung in Vernunft und Sinnlichkeit vornimmt und diese beiden Elemente sodann geschlechtsspezifisch verortet, gehört zu den Hauptanliegen der feministischen Vernunftkritik. Diese vereint vielfältige Arten der Auseinandersetzung mit dem Rationalitätsbegriff unter dem Aspekt des Geschlechterverhältnisses. Für einen Überblick über die Spannbreite der Disziplin vgl. Nagl-Docekal, Feministische Vernunftkritik; Ostner/Lichtblau (Aufsatzsammlung). Zu den Folgen der Abwertung des Weiblichen für den Gebrauch der Vernunft vgl. Meier-Seethaler, S. 18 ff.

<sup>371</sup> Zur Einschätzung von Aristoteles, Kant, Hegel, Rousseau und Schopenhauer, Frauen seien rationalen Denkens nicht fähig, und vor allem sei es nicht ange-

so signalisieren die gängigen Scherze über die 'weibliche Logik', daß diese Denkweise auch heute noch Nachwirkungen zeitigt<sup>372</sup>. Die Erwartungshaltung des gesetzten und gesprochenen Rechts gegenüber Frauen als rationalen Vertragssubjekten stimmt so mit derjenigen der Gesellschaft nicht überein, ohne daß dies aber zu einer kritischen Haltung gegenüber dem allgemeinen Geltungsanspruch des Rationalitätskonzepts im Recht geführt hätte.

Ist dies angesichts der Tatsache, daß Frauen genau gleich wie Männer rationale Fähigkeiten für sich beanspruchen können, zwar eine Inkongruenz, aber letztlich ein Scheinproblem? Fragt man, welche Bedeutung die Begriffe Vernunft bzw. Vernünftigkeit im Recht haben, so zeigt sich, daß damit ein individualistischer, durch Unterdrückung von Gefühlen und Beziehungsdenken geprägter Verhaltensstil gemeint ist. *Vernunft wird also mit männlich konnotierten Verhaltensmustern gleichgesetzt*. Das Scheinproblem verliert den Schein und wird zur Diskriminierung, weil ein solch eindimensionales Vernunftverständnis zur Benachteiligung jener Vertragsteilnehmenden führt, welche sich an 'unvernünftigen' – sprich: relationalen – Werten orientieren.

---

bracht, daß sie dieses anstrebten, vgl. *Bender, Feminist Theory and Tort*, S. 23 f. Auch im ausgehenden 19. Jahrhundert wurde diese Ansicht noch mit Vehemenz vertreten: „Obrigkeit ist männlich. Das ist ein Satz, der sich von Selbst versteht ... Im Staate gilt es verstandesmäßig und ohne Ansehen der Person zu handeln. Beides vermag nur der Mann.“ So *Heinrich von Treitschke* zur Frage der Zulassung der Frauen zur Rechtspflege in Deutschland (1897), zitiert in *Rosenbusch*, S. 1062. Diese Einschätzung schaffte auch den Übergang ins 20. Jahrhundert; vgl. die Ausführungen des Bezirksgerichts Zürich (NZZ vom 25.3.1925, Nr. 466, Bl. 5), zitiert in *Gauch* (Der vernünftige Mensch S. 181 Fn. 40), wonach der Autofahrer bei Frauenspersonen, Rindvieh und Hühnern erfahrungsgemäß nicht wisse, nach welcher Seite sie dem Wagen ausweichen wollten, während er bei Männern immerhin ein zweckgemäßes Verhalten voraussetzen dürfe. Noch nicht viel anders klang es 1957 im Zusammenhang mit der Einführung des Frauenstimmrechts. So wird in der Botschaft zur ersten Frauenstimmrechtsvorlage (BBl 1957 I 742 f.) ausgeführt: „Die Gegner des Frauenstimmrechts legen das größte Gewicht auf die Behauptung, es fehle der Frau an der geistigen Fähigkeit, sich mit den Problemen des politischen Lebens auseinanderzusetzen. Insbesondere gehe ihr die Fähigkeit des sachlichen, logischen Denkens ab, ohne welche eine vernünftige Politik nicht denkbar sei.“ Diese Auffassung wurde vom Bundesrat nicht geteilt, wenngleich auch er einräumte, daß das Denken der Frauen es „hie und da an logischer Konsequenz vermissen läßt.“

<sup>372</sup> *Nagl-Docekal, Feministische Vernunftkritik*, S. 166.

bb) *Das Leitbild der 'vernünftigen Person' im Schuldvertragsrecht*

Daß dem Vertragsrecht ein vernünftiges Vertragssubjekt zugrunde gelegt wird, zeigt sich namentlich am Leitbild der 'vernünftigen Person', welches den Gerichten als Entscheidungshilfe für die Lösung einschlägiger Rechtsfragen dient. An der vernünftigen Person „misst sich, was die Rechtsordnung vom wirklichen Menschen erwartet. Dieser soll so denken und reagieren, wie ein 'vernünftiger Mensch' (in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen) es tut.“<sup>373</sup>

Die große praktische Bedeutung des Leitbilds der 'vernünftigen Person' im Schuldvertragsrecht folgt aus seinem breiten Anwendungsbereich. So spielt dieses beispielsweise eine maßgebliche Rolle bei der Zuweisung von Risiken im vertraglichen Verkehr: wird darüber gestritten, wer im Konfliktfall das Risiko tragen muß, gegen den eigenen Willen Vertragspartei zu werden<sup>374</sup>, oder an einem Leistungsaustausch teilzunehmen, dessen Inhalt nicht oder nicht so gewollt war<sup>375</sup>, oder sich einen Vermögensverlust zurechnen zu lassen, der wider Erwarten eingetreten ist<sup>376</sup>, so messen sich Erwartungen und Verhalten der Parteien am

---

<sup>373</sup> *Gauch*, Der vernünftige Mensch, S. 179. Siehe dazu *Rumo-Jungo*, Rz. 650 (mit entsprechenden Nachweisen aus der Judikatur): „Er [der vernünftige Mensch] trägt beim Autofahren stets die Sicherheitsgurten, er missachtet nie ein Rotlicht, überschreitet die höchstzulässige bzw. die den Verhältnissen angepasste Geschwindigkeit nie, fährt nie in einem Fahrzeug mit, welches von einer alkoholisierten Person gelenkt wird, benutzt als Fussgänger immer den Fussgängerstreifen, verhält sich im Strassenverkehr immer aufmerksam, springt nie auf einen anfahren den Zug, provoziert nie andere Personen, benutzt beim Arbeiten immer die vorgesehenen Schutzvorrichtungen, kurzum, er verhält sich *immer* richtig“.

<sup>374</sup> Ist das Zusammenkommen eines Vertrages streitig und steht fest, daß die eine Partei die andere nicht richtig verstanden hat, so wird das Gericht die jeweiligen Erklärungen so auslegen, wie sie ein vernünftiger und korrekter Mensch verstanden haben würde; *Gauch*, Der vernünftige Mensch, S. 184; ZK-*Schöneberger/Jäggi*, N 210 zu Art. 1 OR. Vgl. z.B. BGE 116 II 696 E 2b; 105 II 18 E. 3a; 101 I 331.

<sup>375</sup> Kann der wirkliche Vertragswille nicht festgestellt werden, ist das konkrete Rechtsgeschäft „so auszulegen, wie vernünftige, korrekte Leute die Willensäußerungen unter den vorliegenden Umständen verstanden haben würden.“ *Oftringer*, Auslegung, S. 186 f. Vgl. z.B. BGE 117 II 278 E. 5a; 113 II 50 E. 1a; 111 II 279 E. 2b.

<sup>376</sup> Wird die Vertragswidrigkeit durch eine Sorgfaltsverletzung begründet, so werden die vertraglichen Sorgfaltspflichten am Durchschnittsverhalten der vernünftigen Person gemessen: Gleich wie im außervertraglichen Haftungsrecht wird diejenige Sorgfalt geschuldet, die ein vernünftiger Mensch unter gegebenen Um-

## Leitbild der 'vernünftigen Person'.

Die Genese der 'vernünftigen Person' beginnt beim Leitbild des 'vernünftigen Mannes'<sup>377</sup> und hat erst später zur politisch opportunen, geschlechtsneutralen Bezeichnung geführt<sup>378</sup>. Der durch die Gleichsetzung von Menschen mit Männern praktizierte offene Sexismus erfährt dadurch eine rechtsterminologische Korrektur<sup>379</sup>. Die neue Bezeichnung hat indes in der praktischen Anwendung nicht durchweg zur Einbeziehung typisch weiblicher Erfahrungssätze, Wertungen und

---

ständen als erforderlich ansehen würde; *Gauch*, *Der vernünftige Mensch*, S. 196 f. Dies gilt auch für die Frage des Mitverschuldens: die geschädigte Vertragspartei hat gemäß dem Gebot vernunftgemäßen Handelns den Schaden möglichst klein zu halten; vgl. BGE 116 II 523 E. 4. Zu den Hauptanwendungsfällen der Vertragswidrigkeit durch Sorgfaltsverstöße siehe im übrigen Honsell-*Wiegand*, N 31 zu Art. 97 OR.

<sup>377</sup> So noch im älteren Schrifttum, vgl. z.B. BK-*Becker*, N 1 zu Art. 96 OR; v. *Büren*, S. 128. Im neueren Schrifttum noch *Guhl/Merz/Koller*, S. 170. Bezeichnend für die „stereotype Maskulinität“ (*Calabresi*, *Ideale*, S. 49) sind auch die Bilder, mit denen der 'vernünftige Mann' ursprünglich charakterisiert wurde. So spricht das (englische) Gericht in *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, 1 K.B. 205, 224 (1933), von „the man who takes the magazines at home and in the evening pushes the lawn mower in his shirt sleeves“. Auch *Herbert* nimmt die Verbindung von Mann und Vernunft zum Anlaß, in seiner fiktiven Urteilssammlung Rechtsfälle/Linksfälle (im Original: *Uncommon Law*) den Richter folgendes ausführen zu lassen: „[M]eine eigenen Nachforschungen bestätigen..., daß in der großen Menge von Vorentscheidungen in dieser Materie kein einziges Mal von einer 'verständigen Frau' die Rede ist. Man hat uns gegenüber geschickt unterstrichen, daß eine solche Unterlassung in gerichtlichen Entscheidungen seit mehr als einem Jahrhundert nicht auf bloßem Zufall beruhen könne ... daß also jedenfalls von Rechts wegen eine verständige Frau nicht existiere ... Ich komme zum Ergebnis, daß im Common Law eine vernünftige Frau nicht existiert.“ *Herbert*, S. 11 ff. Zum 'reasonable man' des Common Law vgl. auch die kritischen Ausführungen bei *Bender*, *Feminist Theory and Tort*, S. 20 ff.

<sup>378</sup> Vgl. etwa BGE 113 II 18 E. 3, wo ausgeführt wird, daß Konflikte auf eine Art und Weise behoben werden sollen, „wie das für *vernünftige*, wohlgezogene und rechtschaffene *Menschen* selbstverständlich ist“. Auch im US-amerikanischen Schrifttum hat die 'reasonable person' den 'reasonable man' weitgehend verdrängt. Vgl. hierzu *Harper u.a.*, §§ 16.2 - 16.8; *Keeton u.a.*; S. 174 n. 5; *Speiser u.a.*, S. 994 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>379</sup> Vgl. allerdings den aktuellen Kommentar des *American Law Institute* zu § 283 Restatement (Second) of Torts, Comment b, S. 12: „The fact that this judgement is personified in a 'man' calls attention to the necessity of taking into account the fallibility of *human beings*.“ Auch § 1104 des spanischen Zivilgesetzbuches spricht nach wie vor von der „diligencia de un buen padre de familia“.

Denkmuster geführt; insofern bleibt sie – wie die nachfolgenden Beispiele zeigen – ungeachtet terminologischer Wandlungen eine vorwiegend männliche Person, deren Verhalten am vermeintlich objektiven Maßstab des vornehmlich männlichen Richterstandes gemessen wird.

cc) *Die 'vernünftige Person' und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*

Daß sich die Berücksichtigung relationaler Werte als Elemente des Leitbildes der 'vernünftigen Person' noch nicht durchgesetzt hat, läßt unter anderem die Diskussion über die Rechtsfigur des sogenannten Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erkennen. Bei dieser Figur sollen einer *vertragsfremden* Person vertragliche Schadensersatzansprüche eingeräumt werden, weil sie als Folge einer Vertragsverletzung geschädigt wird<sup>380</sup>. Besondere Beachtung verdient aus relational-feministischer Sicht das Argument, der Grundsatz der Relativität von Schuldverträgen stehe einer vertraglichen Drittschutzwirkung entgegen. Denn in dieser vordergründig geschlechtsneutralen Argumentation zeigt sich ein *Rationalitätsverständnis*, das sich mit einer relationalen Wertorientierung nicht vereinbaren läßt.

(1) Warum Drittschutzwirkung? – zum Problem der Unterscheidung von Delikts- und Vertragshaftung

Die Frage nach einer Schutzwirkung zugunsten vertragsfremder Personen stellt sich beispielsweise dann, wenn die Kindersicherung des Mietwagens nicht richtig gewartet ist und sich die mitfahrenden Kinder deshalb verletzen<sup>381</sup>, das ungeborene Kind infolge der ärztlichen Fehlbehandlung der schwangeren Mutter Schaden nimmt<sup>382</sup>, die Arbeitnehmerin eines Käufers sich beim Auftragen eines Rostschutzmittels verbrennt, weil die Herstellerin den Käufer nicht über die Feuergefährlichkeit des Produktes informierte<sup>383</sup>, ein testamentarisch Begünstigter leer

<sup>380</sup> Siehe *Armbrüster*, S. 86, 90; *H.P. Walter*, insb. S. 285; *Gauch/Schluiep/Schmid/Rey*, Rz. 4043. *Gauch*, Vertrag und Parteiwille, S. 346 Anm. 13.

<sup>381</sup> Die Bejahung einer Vertragshaftung für Mitbenutzer der gemieteten Wohnräume entspricht der gefestigten Rechtsprechung des BGH: vgl. BGHZ 77, S. 111 ff. (124 m.w.N.) Vgl. dazu auch *Armbrüster*, S. 90 und *Gauch/Schluiep/Schmid/Rey*, Rz. 4044.

<sup>382</sup> Den Direktanspruch des Kindes bejahend: BGHZ 106, S. 153 ff. (162).

<sup>383</sup> Den Direktanspruch der Arbeitnehmerin bejahend: BGH, NJW 1959, S. 1676.

ausgeht, weil die Rechtsanwältin es unterlassen hat, das bestellte Testament anzufertigen<sup>384</sup>. Sie stellt sich deshalb, weil es für die geschädigte Person günstiger ist, wenn Vertragsrecht und nicht Deliktsrecht zur Anwendung kommt. Denn dann trägt die schädigende Person die Beweislast für ihr Verschulden (Art. 97 OR statt Art. 8 ZGB), sie untersteht einem strengeren Haftungsmaßstab für Handlungen ihrer Hilfspersonen (Art. 101 statt 55 OR) und es gilt eine längere Verjährungsfrist (Art. 127 statt 60 OR).

Die Anwendungsfälle des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter lassen erkennen, welches Ziel mit dieser Rechtsfigur verfolgt wird: *Es geht um die Vermeidung der Haftung nach Deliktsrecht in Fällen, wo dies vom Ergebnis her als unbillig empfunden wird*<sup>385</sup>.

Wenn die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter überhaupt erst in Erscheinung tritt, weil das Vertrags- und das Deliktsrecht verschiedenen *Haftungsmodalitäten* folgen, so lautet die grundsätzliche Frage, welche Gründe für diese Unterscheidung sprechen. Der herrschenden Auffassung zufolge besteht der Grund für die unterschiedliche Haftungsmodalitäten darin, daß diesen Rechtsgebieten unterschiedliche Wertungsmaßstäbe zugrunde liegen, die eine jeweils andere Risikobewertung und -zuweisung erfordern<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> Die Haftung bejahend: BGH, JZ 1966, S. 142. Siehe dazu auch *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Rz. 4044.

<sup>385</sup> Vgl. hierzu den Entscheid des deutschen Reichsgerichts aus dem Jahre 1917, worin das Gericht die vertragliche Haftung des Vermieters gegenüber der Tochter des Mieters bejahte. Das Gericht führte aus: „Denn ohne eine solche Ausdehnung der Vertragspflichten des Vermieters sind die Angehörigen in Schädigungsfällen auf außervertragliche Ansprüche beschränkt und genießen insbesondere nicht die Vorteile, welche dem Mieter die Vorschriften der §§ 278, 538 [Haftung für Erfüllungsgehilfen; Mängelhaftung des Vermieters]. Eine solche verschiedene Gestaltung der Rechtslage des Mieters und der seiner Angehörigen *widerstrebt dem gesunden Rechtsgefühl* und entspricht deshalb nicht der Vertragsabsicht des Mieters, der seine Angehörigen, wie sich der Vermieter nicht verhehlen kann, in bezug auf Ersatzansprüche der bezeichneten Art nicht schlechter stellen will als sich selbst.“ RGZ 127, S. 24.

<sup>386</sup> So soll der Vertrag zwischen den Parteien eine *Sonderbeziehung* schaffen, die einerseits höhere Sorgfaltspflichten begründet, und die andererseits die Ahndung ihrer Verletzung erleichtert. Vgl. *Fikentscher*, S. 178 f.: „Eins wird aber jede Schuldrechtsreform nicht bringen: die Aufgabe der Unterscheidung von Vertrag und Delikt. Das beruht auf der rechtstatsächlich begründeten Beobachtung, daß man zwar jedermann, also aller Welt, ein gewisses und nicht zu niedrig anzu-

Diese grundsätzliche Unterschiedlichkeit der Rechtsgebiete ist hingegen nicht ganz unumstritten. In der Lehre wird teils für eine Vereinheitlichung der Rechtswirkungen von vertraglicher und außervertraglicher Haftung plädiert<sup>387</sup>. In der Tat ist es erklärungsbedürftig, warum die eine strengere Haftung rechtfertigende *Sonderbeziehung* allein dort bestehen soll, wo ein Vertrag abgeschlossen wurde oder vor einem möglichen Abschluß steht (*culpa in contrahendo*). Wenn beispielsweise durch eine explodierende Softice-Maschine drei Personen verletzt werden, von denen eine gerade ein Eis kauft, die zweite im Begriff ist, eines zu kaufen, und die dritte sich ohne jede Kaufabsicht mit der Verkäuferin unterhält, dann ist es wenig einsichtig, warum sich die Ansprüche der beiden ersten Geschädigten nach den vertraglichen Haftungsmodalitäten richten<sup>388</sup>, dem dritten Geschädigten aber nur aus Deliktsrecht Ansprüche zustehen.

Solche im Ergebnis unbefriedigenden Resultate will der Vorentwurf zum neuen Haftpflichtrecht vermeiden, indem er die positive Vertragsverletzung über weite Strecken dem Deliktsrecht unterstellt<sup>389</sup>. Wird er Gesetz, so wird sich die Frage nach einer vertraglichen Drittschutzwirkung in vielen Fällen nicht mehr stellen, weil die (aus Sicht der Geschädigten) günstigeren vertraglichen Haftungsmodalitäten nicht mehr zur Verfügung stehen<sup>390</sup>. Gegenwärtig ist indessen die Diskussion um diese

---

setzendes Maß an Sorgfalt schuldet, daß es aber um spezielle und demgegenüber höhere Sorgfaltspflichten geht, wenn man es mit einem Vertragspartner zu tun hat ...“ Ähnlich: *Fellmann*, S. 102; *H.P. Walter*, S. 278; *Honsell-Wiegand*, N 42 zu Art. 97 OR.

<sup>387</sup> Grundlegend *Jäggi*, vertragliche Schadenersatzforderung, S. 193 ff. Vgl. hierzu auch *Gauch/Sweet*, S. 139.

<sup>388</sup> Im Falle der ‚*culpa in contrahendo*‘ richten sich die Beweislast und die Hilfspersonenhaftung nach den vertraglichen Haftungsmodalitäten, während sich die Verjährung gemäss Rechtsprechung nach den deliktischen Regeln richten soll. Vgl. hierzu *Gauch/Schluep* II Rz. 962a ff.

<sup>389</sup> Vgl. Art. 2, 13 VE, abgedruckt in ZSR 116 I (1997), S. 407 ff., und dazu *Gauch*, Vereinheitlichung, S. 315 ff.

<sup>390</sup> Allerdings ist hier aus relational-feministischer Sicht zu beklagen, daß die Angleichung der Haftungsmodalitäten in Richtung Deliktsrecht stattfindet und nicht umgekehrt. Der relational-feministischen Forderung nach einer verstärkten Berücksichtigung von Beziehungsdenken und Rücksichtnahme im Recht würde es vielmehr entsprechen, wenn die erhöhte Verantwortlichkeit füreinander, die das Vertragsrecht seinen Teilnehmenden auferlegt und die sich in einem verbesserten Schutz bei Vertragsverletzungen ausdrückt, den allgemeinen Be-

Rechtsfigur noch in vollem Gange – und ihr Ausgang ungewiß.

(2) Vernünftige Vertragsparteien und vertraglicher Drittschutz – das Rationalitätskonzept hinter dem rechtsdogmatischen Argument

Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung mehrmals mit der Thematik des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auseinandergesetzt. Es hat aber bisher nie gestützt auf diese Rechtsfigur eine vertragliche Schutzverpflichtung gegenüber vertragsfremden Personen bejaht<sup>391</sup>. In einem neueren Entscheid hat es den vertraglichen Genugtuungsanspruch eines Ehemannes, dessen Frau aufgrund einer Pflichtverletzung der Klinik, in der sie hospitalisiert war, vollinvalid wurde, mit Hinweis auf den Grundsatz der *Relativität von Verträgen* verneint. Vertragspartnerin sei die Ehefrau gewesen, als Ehemann habe er lediglich einen Anspruch aus Delikt; für ihn gelte deshalb auch die einjährige Verjährungsfrist des Art. 60 OR<sup>392</sup>.

Im Schrifttum stößt der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf reges Interesse, jedoch – anders als in Deutschland<sup>393</sup> – keines-

---

zugspunkt für soziales Handeln und rechtliche Verantwortlichkeit bilden würde.

<sup>391</sup> Zwar hat das Bundesgericht in BGE 121 III 310 bei einem mehrgliedrigen Überweisungsverkehr dem Überweiser gegen die Empfängerbank die vertragliche Verjährungsfrist eingeräumt, obwohl dieser lediglich mit der Erstbank eine vertragliche Beziehung unterhielt. Nach ausführlichen Erörterungen zur Figur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat es aber als Grundlage für die vertragliche Verjährungsfrist lediglich Art. 399 Abs. 3 OR und Art. 112 Abs. 2 OR (echter Vertrag zugunsten Dritter) in Betracht gezogen. Gemäß Berichterstattung der NZZ wurde der Vorschlag des Referenten, die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch im schweizerischen Recht zuzulassen und den vertraglichen Anspruch gestützt darauf anzuerkennen, klar verworfen. NZZ vom 4./5. November 1995, abgedruckt in *Felber*, S. 242 ff. Die Ablehnung ist allerdings in dieser Eindeutigkeit in die Urteilsredaktion nicht eingeflossen, weshalb die Frage nach wie vor offen bleibt. Unentschieden die Frage auch in BGE 120 II 116 E. 3b.bb.ccc und BGE 117 II 320 E. 5c.cc. Aus BGE 120 II 331 (Swissairfall) und aus BGE 121 III 350 (Ringerfall) läßt sich m.E. zwar die bundesgerichtliche Bejahung der Vertrauenshaftung, nicht aber die Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ableiten. A.A. *Wiegand*, Rechtsprechung, S. 127, für den aufgrund dieser Fälle die vertragliche Schutzwirkung für Dritte „unausweichlich“ geworden ist.

<sup>392</sup> BGE 123 III 204. Vgl. dazu *Ackermann*, S. 1553 ff.

<sup>393</sup> Statt vieler *Larenz*, Schuldrecht I, § 17 II, III.

falls nur auf Zustimmung<sup>394</sup>. Vorwiegend wird geltend gemacht, das Problem könne über die Drittschadensliquidation gelöst werden, das Haftpflichtrecht biete genügenden Schutz, und die Ausdehnung der Schutzpflichten mißachte die Relativität der obligatorischen Rechtsbeziehung<sup>395</sup>. Die Drittschadensliquidation ist mit der Schutzwirkung zugunsten Dritter deshalb nicht vergleichbar, weil sie nicht dem geschädigten Dritten, sondern (unter sehr engen Voraussetzungen) nur der Vertragspartei für den Dritten einen Anspruch gewährt<sup>396</sup>. Die deliktische Haftung bietet sodann wegen der erwähnten Privilegierung der Vertragshaftung hinsichtlich der Beweislast, der Hilfspersonenhaftung und der Verjährung nicht immer angemessenen Schutz<sup>397</sup>.

Übrig bleibt also das Argument der *Relativität von Verträgen*, das sich auch in der erwähnten Bundesgerichtsentscheidung findet. Da es den Parteien freisteht, eine Schutzverpflichtung zugunsten Dritter zu vereinbaren (vgl. Art. 112 OR), kann sich dieser Einwand nur gegen die Annahme einer Drittschutzwirkung mittels *Auslegung* oder gar mittels *Lückenfüllung* richten. Was also der Hinweis auf die Relativität von Schuldverträgen hier eigentlich meint, ist, daß *vernünftige und korrekte Vertragsparteien im Zweifel keine anderen Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbeziehen wollten*<sup>398</sup>. Diese vernünftigen und korrekten Vertragsparteien begreifen sich selbst und einander als Personen, die für sich alleine stehen und deren vertragliche Bindung losgelöst von ihrem sonstigen Beziehungsnetz entsteht.

<sup>394</sup> Zustimmung: E. Bucher, AT, S. 484 f.; BK-Kramer, N 144 ff., Einl. zum OR; Honsell-Wiegand, N 5, Einl. zu Art. 97-105 OR; Honsell-Gonzenbach, N 23 zu Art. 112 OR; v. Tuhr/Escher, S. 110 ff.; Spiro, § 76, S. 292 ff. (insb. Fn. 12); Yung, S. 314 ff., insb. 318.; Tandogan, S. 305 ff. In der Tendenz zustimmend: Cerutti, Rz. 121, 568, 594; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Rz. 4049 ff. Kritischer dagegen Gauch, Werkvertrag, Rz. 860 f. Unentschieden: Guhl/Merz/Koller, S. 31 ff.

<sup>395</sup> Vgl. Koller, positive Vertragsverletzung, S. 1494; v. Büren, S. 79 f.; Thorens, S. 129; Engel, S. 27; wohl auch Merz, SPR VI/1, S. 190 f.; ders., Literaturanzeigen, S. 109; Oftinger, Haftpflichtrecht (4. Aufl.), S. 487 Fn. 40; Piotet, S. 341; Schwenger, Rz. 87.05; unbestimmter: Oftinger/Stark, S. 687 Fn. 66. Ablehnend (soweit die Drittschutzwirkung mit Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen bejaht wird) ZK-Jäggi/Gauch, N 537 zu Art. 18 OR. Zusammenfassend zu den Argumenten gegen den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter H.P. Walter, S. 289.

<sup>396</sup> Siehe Honsell-Gonzenbach, N 22 zu Art. 113 OR; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Rz. 4053 m.w.N.

<sup>397</sup> Siehe dazu Armbrüster, S. 85.

<sup>398</sup> So ZK-Jäggi/Gauch, N 537 zu Art. 18 OR.

Aus relational-feministischer Sicht birgt eine solche Vorstellung von Vernünftigkeit ein erhebliches Diskriminierungspotential. Denn wenn man mit der relational-feministischen These davon ausgeht, daß sich Frauen verstärkt über ihre Bindung zu anderen (connectedness), Männer sich dagegen verstärkt über ihre Abgrenzung zu anderen definieren, so orientiert sich das Rationalitätsverständnis, das sich in einem derart verstandenen Leitbild der vernünftigen Person niederschlägt, an sozialtypisch männlichen Charaktereigenschaften: Rationalität wird mit einem Verhaltensstil gleichgesetzt, der durch Distanziertheit von anderen gekennzeichnet ist. *Demgegenüber stünde bei einer beziehungsorientierten Wahrnehmung die Vertragspartei einschließlich ihres Beziehungsnetzes im Blickfeld.* Wer beziehungsorientiert denkt, sieht auch, daß zum Beispiel bei Verträgen über die Miete von Immobilien und Gebrauchsgegenständen oder über eine ärztliche Behandlung mehr als bloß der Schutz des Vertragspartners oder der Vertragspartnerin auf dem Spiel steht: diese Pflichten müssen in gleichem Maße auch für die im Haus wohnenden Familienangehörigen oder Gäste bzw. für das ungeborene Kind gelten. Eine relationale Betrachtung kann daher gar nicht umhin, Schutzpflichten mindestens auch für diejenigen Personen anzunehmen, die in einem erkennbaren Näheverhältnis zur Vertragspartei stehen<sup>399</sup>. Hingegen wird eine rein individualistisch verstandene Vernünftigkeit, wie sie der Argumentation gegen die vertragliche Drittschutzwirkung zugrunde liegt, der relational-feministischen Forderung nach einer (Kosten-)Neutralisierung der Geschlechterdifferenz durch die Einbeziehung relationaler Werte im Vertragsrecht nicht gerecht; vielmehr werden individualistische Verhaltensmuster zu einem allgemeinen, vermeintlich neutralen Standard erhoben, während relationale Erwartungen keinen Rechtsschutz genießen.

*dd) Die Eigenschaften der 'vernünftigen Person' – ein Beispiel aus der Rechtsprechung*

Daß die 'vernünftige Person' weder ein geschlechtsloses noch ein klassenloses Wesen ist, sondern daß sie vielmehr den Lebensverhältnissen und Vorstellungen eines vornehmlich männlichen Richterstandes entspringt, zeigt die Analyse von BGE 116 II 519.

---

<sup>399</sup> Vgl. zu diesem Kriterium bereits die ältere 'Wohl und Wehe'-Rechtsprechung des BGH, z.B. BGHZ 56, S. 269 ff. (273). Vgl. weiter Larenz, Schuldrecht I, § 17 II, insb. S. 227.

## (1) Zum Sachverhalt

In BGE 116 II 519 hatte die Arztgehilfin eines Kinderarztes die Eltern eines Kleinkindes angewiesen, sie sollten den Arzt mit dem Durchfallproblem des Kindes nicht belästigen und statt dessen die Diätvorschriften einhalten. Der Zustand des Kleinkindes verschlechterte sich in der darauffolgenden Nacht; am nächsten Morgen um 07.15 Uhr war es bewußtlos, worauf die Eltern mit ihm zur Praxis des Kinderarztes fuhren und dort eine dreiviertel Stunde auf diesen warteten. Die Dehydratation hatte indes bereits zu schweren Hirnschäden und dauernder Pflegebedürftigkeit geführt. Das Bundesgericht nahm eine dem Kinderarzt zuzurechnende Vertragsverletzung an und bejahte gleichzeitig das Mitverschulden der Eltern, mit folgender Begründung: „Das allgemeine Gebot *vernunftgemäßen* Handelns hätte die Eltern jedenfalls im Zeitpunkt der wesentlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Kindes veranlassen müssen, unverzüglich einen Arzt oder die Notfallstation eines Spitals aufzusuchen. Unverständlich ist zudem, das bewußtlose und unter Krampferscheinungen leidende Kind um 07.15 Uhr in die Praxis des Kinderarztes zu bringen, von der nicht angenommen werden durfte, sie sei zu diesem Zeitpunkt bereits geöffnet, und dort 3/4 Stunden auf das Eintreffen des Arztes zu warten.“<sup>400</sup>

## (2) Sozialtypisch männliches Verhalten als Maßstab für Vernünftigkeit

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts läßt sich ableiten, welcher *Verhaltensstil* das Gebot vernunftgemäßen Handelns erfüllen würde. So hätten die Eltern des Kleinkindes, um den Vernünftigkeitstest zu bestehen, statt sich von der Arztgehilfin abwimmeln zu lassen, mit dem Arzt sprechen sollen, und statt bis zum Morgen zu warten, ihn mitten in der Nacht oder zumindest vor der Öffnungszeit in die Praxis bemühen müssen. Als vernünftige Personen hätten sie also konfrontativ, aktiv, selbstbewußt, eigeninteressiert – kurz: *sozialtypisch männlich* – handeln müssen, statt sich zurückhaltend, passiv und autoritätsgläubig – also sozialtypisch weiblich – zu verhalten. Während also männlich konnotierte Verhaltensmuster dem Gebot des vernunftgemäßen Handelns entsprechen und die Risikoverteilung für einen entstandenen Schaden beeinflussen können, genießen weiblich konnotierte Verhaltensmuster keinen Rechtsschutz. Mehr noch: Sie rücken gar nicht erst in das Blick-

---

<sup>400</sup> BGE 116 II 524 (Hervorhebung S.E.)

feld der rechtlichen Erwägungen. So finden sich im Entscheid keine Erörterungen darüber, warum die Eltern sich wohl so unvernünftig passiv verhalten haben. Naheliegende Motive, wie etwa die Verunsicherung nach der 'Abfuhr' durch die Arztgehilfin und die Angst, den Arzt möglicherweise unnötig zu stören, sind offenbar für die Frage des Mitverschuldens nicht relevant. Dies alles führt aber zu der aus relational-feministischer Sicht kritisierten *Privilegierung männlich konnotierter Verhaltensmuster* und der damit einhergehenden Schlechterstellung jener Vertragsteilnehmenden, welche sich in ihrem Vertragsverhalten von personen- und beziehungsorientierten Motiven leiten lassen. Daß diese Schlechterstellung – wie vorliegend – auch Männer treffen kann, tut der relational-feministischen Diskriminierungsthese keinen Abbruch; es bleibt bei der Abwertung weiblich konnotierter Verhaltensweisen. So trifft das Vertragsrecht in seiner Wertung nicht ausschließlich das Weib, aber eben doch immer das Weibliche.

### (3) Sozial elitäres Verhalten als Maßstab für Vernünftigkeit

Aus relational-feministischer Sicht sind dies nicht die einzigen Defizite, die im bundesgerichtlichen Verständnis darüber, was ein vernunftgemäßes Handeln sei, zutage treten. Wenn die relational-feministische These von einer weiblichen Kontextsensibilität ausgeht und die relational-feministische Rechtskritik sodann einen verstärkt kontextualisierten richterlichen Entscheidungsprozeß fordert<sup>401</sup>, so bedeutet dies im Hinblick auf das Leitbild der 'vernünftigen Person', daß nicht nur geschlechtsspezifische, sondern auch soziale und kulturelle Unterschiedlichkeiten in dieses Leitbild einfließen sollten<sup>402</sup>. Hinterfragt man aber

<sup>401</sup> Vgl. oben S. 36 f. (Erster Teil, II.2.b.bb., relationale Rechtskritik).

<sup>402</sup> Zu den Subjektivierungstendenzen des Leitbilds der 'vernünftigen Person' als Referenzfigur für die Frage des Verschuldens vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Rz. 2756 ff. Vgl. auch *Oftringer* (Haftpflichtrecht, S. 148), der auf die „konkreten Verhältnisse“ abstellen will. Eingehend nun zu einem verstärkt kontextsensiblen Ansatz für das Leitbild der 'vernünftigen Person' *Rumo-Jungo*, Rz. 660 ff. Ihrer Ansicht nach greifen die bisherigen Subjektivierungsbemühungen zu kurz, weil die dort verwendeten Attribute der Referenzfigur (Alter, Beruf, Ausbildung etc.) auf Typisierungen abstellen, die letztlich wieder auf einen objektiven Maßstab hinauslaufen. Demgegenüber soll die vernünftige Person *in dieselbe Situation* versetzt werden wie jene Person, deren Verhalten in Frage steht. Ein solches Leitbild der „vernünftigen Person aus Fleisch und Blut“ soll verhindern, „dass die Person, deren Verhalten beurteilt werden soll, mit einem 'Übermenschen' konfrontiert wird, dem sie gar nicht (immer) entsprechen kann.“ *Rumo-Jungo*,

den Kinderarzt-Entscheid auf die Einstellungen, welche dem Gebot vernunftgemäßen Handelns zugrunde liegen, so zeigt sich neben dem geschlechtsspezifischen Aspekt (Abwertung relationalen Handelns) auch eine Klassendimension: *Was im rechtlichen Kontext als vernünftig gilt, entspricht im wesentlichen den Überzeugungen und Einstellungen einer gut situierten, beruflich erfolgreichen und oft akademisch gebildeten Person – beispielsweise einem Mitglied der Justiz.*

Aus dieser Perspektive mag es in der Tat unvernünftig erscheinen, jedenfalls im Zeitpunkt der wesentlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Kindes weder einen Arzt noch eine Notfallstation aufzusuchen. Aus der Sicht einer akademisch gebildeten Person, die mit dem Arzt auf gleicher Bildungsstufe steht, kann die Diagnose des Herrn Doktor und noch viel mehr diejenige seiner Gehilfin durchaus kritisch hinterfragt werden. Stimmt dies aber in gleichem Maße für die Verkäuferin, den Büroangestellten, die Taxifahrerin und den Sanitärinstallateur? Hat das ärztliche Personal für diese nicht einen anderen Status und kommt deshalb der Diagnose nicht auch ein anderes Gewicht zu? Was den Vorwurf anbelangt, die Kindseltern hätten angesichts der Verschlechterung des Gesundheitszustandes unverzüglich einen Arzt oder eine Ärztin aufsuchen müssen, so mag es für die Richter und Richterinnen, die berufs- und statusbedingt mit einem gewissen Selbstvertrauen ausgestattet sind und die täglich eigenverantwortlich Sachverhalte beurteilen und Entscheidungen fällen, normal sein, den Kinderarzt mitten in der Nacht unter seiner Privatnummer anzurufen und ihn in die Praxis zu bemühen. Kann das gleiche ohne weiteres für *alle* Mitglieder der Gesellschaft angenommen werden? Schließlich mag es für die Mitglieder eines Gerichts selbstverständlich sein, daß vor 8 Uhr morgens nicht gearbeitet wird. Das Privileg dieser Selbstverständlichkeit genießen aber lange nicht alle Erwerbstätigen.

Es wird im Kinderarzt-Entscheid nicht ausgeführt, wer die Eltern des geschädigten Kleinkindes sind, welchen Beruf sie ausüben und welcher gesellschaftlichen Schicht sie angehören. Solche Überlegungen wurden im Entscheid wohl deshalb nicht als notwendig erachtet, weil von einem allgemeingültigen Vernünftigekeitsstandard ausgegangen wurde. Damit verschwindet aber auch die untrennbare Verknüpfung zwischen Vernünftigekeitsideal und sozialer Situiertheit aus dem Blickfeld rechtlicher Wahrnehmung. Daß man, um den Vernünftigekestest

zu bestehen, manchmal mehr tun muß, als sein Bestes zu geben, ergibt sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit, welches eine gewisse Objektivierung des Vernünftigkeitbegriffs notwendig macht. Wenn aber die Objektivierung darin besteht, daß die Überzeugungen und Einstellungen einer gesellschaftlichen Teilgruppe unhinterfragt übernommen und als starrer Bemessungsmaßstab angewendet werden, so liegt darin eine Diskriminierung all jener, welche dieser Gruppe nicht angehören. Dies sind – wie das vorliegende Beispiel zeigt – nicht nur immer Frauen. Die relational-feministische Rechtskritik liefert insofern nicht nur in bezug auf die männliche Prägung des Rechts kritische Impulse zu einer Überprüfung bestehender Rechtsregeln und Rechtspraxen, sondern sie eröffnet insgesamt eine neue Perspektive, anhand derer die Rechtsordnung auf die ihr zugrunde liegenden Überzeugungen und Einstellungen geprüft werden kann<sup>403</sup>.

Umgekehrt zeigt das Beispiel, daß eine Verallgemeinerung sozialer Verhaltensmuster zu einem Standard der 'vernünftigen Person' immer suspekt ist, also nicht nur bei schichtenspezifischem, sondern genauso bei geschlechtsspezifischem Verhalten.

*ee) Zwischenergebnis*

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß das Schuldvertragsrecht von einem einseitigen Rationalitätskonzept ausgeht, weil es das Attribut 'vernünftig' mit einem individualistischen und anspruchorientierten Verhaltensstil gleichsetzt. *Damit wird der Begriff der Vernunft zu einer Theorie des männlichen Geschlechtscharakters, die gleichzeitig eine latente Diskriminierung all jener bewirkt, die sich sozialtypisch weiblich verhalten.* Denn die individualistisch verstandene Rechtsfigur der vernünftigen Person führt dazu, daß das vom männlich geprägten Leitbild abweichende Verhalten einer Vertragspartei als unvernünftig gilt<sup>404</sup>. Überspitzt gesagt gelten nach dem überkommenen Verständnis der vernünftigen Person Frauen dann als vernünftig, wenn sie sich so benehmen wie Männer, und als unvernünftig, wenn sie so handeln, wie es Frauen gemein-

---

<sup>403</sup> Zuweilen finden sich diese Überzeugungen und Einstellungen in aller Offenheit, so z.B. in BGE 121 II 145. Der Entscheid gab *Schmyder* (Rechtsprechung, S. 37) Anlaß zu folgender Feststellung: „Dabei stützt sich das Bundesgericht bei seiner Lagebeurteilung offensichtlich auf seine eigene Sachkenntnis bzw. Lebenserfahrung und nicht etwa auf (zitierte) rechtssoziologische Befunde.“

<sup>404</sup> Vgl. *Parker*, S. 105.

hin tun würden<sup>405</sup>. Unvernünftige Erwartungen, Handlungen und Aussagen genießen aber keinen Rechtsschutz. Auf die Beispiele aus Lehre und Rechtsprechung angewandt: Die Erwartung, daß das Vertragsrecht auch die Familienmitglieder der Vertragsparteien mitschützen werde, wird enttäuscht. Gleichermäßen enttäuscht wird die Erwartung, daß relationales Handeln als rechtlich relevant erachtet wird.

Eine solche einseitige Ausrichtung der vernünftigen Person bewirkt eine latente Schlechterstellung derjenigen Vertragsteilnehmenden, welche die Erfahrungssätze einer sozialtypisch männlichen Realität nicht in genügendem Maße internalisiert haben, die sich also nicht von ihrer weiblichen Sozialrolle freimachen können, um auf typisch männliche Fähigkeiten zur Risikoanalyse und zu egozentrischem Anspruchsdenken umzuschalten. Die Gewöhnlichkeit der vernünftigen Person wird mithin zum normativen Maßstab, und an ihr ausgerichtetes Verhalten findet sich durch rechtliche Akzeptanz gefördert<sup>406</sup>.

Diese Analyse verstärkt sich durch einen Blick auf die feministische Kritik an dem eingeschränkten Vernunftbegriff, der in Entscheidungstheorien der politischen Philosophie (rational choice theories) zugrunde gelegt wird<sup>407</sup>. Denn der Vorwurf einer eindimensionalen Sicht des Vernunftbegriffs beschränkt sich nicht auf das Schuldvertragsrecht, sondern steht innerhalb einer *umfassenderen feministischen Vernunftkritik*<sup>408</sup>, die sich unter anderem gegen das entscheidungstheoretische Rationalitätsverständnis der individualistischen Nutzenmaximierung wendet<sup>409</sup>. Dieses Rationalitätsverständnis grenzt nämlich genau jene Werte

---

<sup>405</sup> Vgl. *Bender*, *Feminist Theory and Tort*, S. 25.

<sup>406</sup> Vgl. *Parker*, S. 107. Ausführlich dazu *Calabresi* (*Ideale*, S. 26 ff.), welcher die Verwendung allgemeingültiger Maßstäbe im Recht ganz allgemein dem Motiv zuschreibt, die Konformität mit den vorherrschenden ideologischen Vorstellungen zu erzwingen.

<sup>407</sup> Entscheidungstheorien stellen Grundsätze darüber auf, wie sich Menschen vernünftigerweise in Entscheidungssituationen verhalten. Dabei wird das Entscheidungsverhalten des *homo oeconomicus* oder des REMM (*Resourceful, Evaluating, Maximising Man*) – kurz: des egoistischen Nutzenmaximierers – zum Ausgangspunkt genommen, um die Richtigkeit des Handelns zu erklären. Vgl. *Kirchgässner*, S. 12 ff. Zu den (zeitgenössischen) Vertretern der Entscheidungstheorien gehören: *James M. Buchanan*, *David Gauthier* und *Robert Nozick*; vgl. *Buchanan*, S. 189 ff.; *Gauthier*, S. 192 ff.; *Nozick*, S. 6 ff.

<sup>408</sup> Zum Begriff und den Teilgebieten der feministischen Vernunftkritik vgl. oben Fn. 370.

<sup>409</sup> Vgl. z.B. *Held*, insb. S. 111; *Moller Okin*, *Justice*, insb. S. 321 f.; *Pateman*, *Political*

aus, die gemeinhin an den weiblichen Lebenszusammenhang delegiert werden – die Berücksichtigung der Interessen anderer, Empathie und Beziehungsorientiertheit.

Daß auch unter den Juristen das Vernunftideal des 'individualistischen Nutzenmaximierers'<sup>410</sup> Befürworter findet, zeigt die jüngst erschienene Habilitationsschrift von GRAF<sup>411</sup>. In dieser wird untersucht, ob und inwieweit sich eine Gerichtspraxis, die den hypothetischen Parteiwillen berücksichtigt, mit Rückgriff auf den Rationalitätsbegriff der Entscheidungstheorien legitimieren ließe. Seine Wahl des Rationalitätsbegriffs erklärt der Autor damit, daß dieser nun einmal die Vorstellung des durchschnittlichen Juristen und Rechtsunterworfenen über Vernünftigkeit wiedergebe. Andere Rationalitätskonzepte seien für die Analyse vertraglichen Handelns nicht relevant<sup>412</sup>. Ein solches Verständnis der Richtigkeit des Handelns reduziert das menschliche Verhalten auf seine Orientiertheit am Eigeninteresse und damit auf einen *pragmatischen* (nicht ethischen oder moralischen) Gebrauch der praktischen Vernunft<sup>413</sup>. Das relational-feministische Projekt einer Abkehr

---

Obligation, insb. S. 183. Auch die Kritik *Baiers* am Sozialvertragsmodell impliziert eine solche Rationalitätskritik. Vgl. hierzu *Pauer-Studer*, S. 73.

<sup>410</sup> Zuweilen ist in diesem Zusammenhang auch vom 'augeklärten Egoismus' die Rede; vgl. *Pauer-Studer*, S. 261 Fn. 8.

<sup>411</sup> *Georg Graf*, *Vertrag und Vernunft: Eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrages*, Wien/New York 1997.

<sup>412</sup> *Graf*, S. 57. Allerdings will *Graf* den Vernunftbegriff der Entscheidungstheorien nicht mit Egoismus gleichgesetzt sehen. Die Annahme einer Nutzenmaximierung lasse durchaus die Möglichkeit offen, daß die Interessen einer Person darin bestünden, die Bedürfnisse einer anderen zu berücksichtigen. *Ders.*, S. 54. Dieser Gedanke wird aber nicht weiterverfolgt und findet auch in *Graf's* Analyse schuldvertragsrechtlicher Fragen keine Berücksichtigung. Vielmehr wird davon gesprochen, daß vernünftige Parteien den Vertrag so gestalten, daß der Gewinn maximiert werde (S. 83), daß er *ökonomisch* effizient sei (S. 122). Allgemein gilt für die Entscheidungstheorien, daß zwar auch der egoistische Nutzenmaximierer die Interessen anderer berücksichtigen kann. Im Unterschied zu den universalistischen Theorien gilt jedoch, daß die Interessen anderer nur insofern berücksichtigt werden, als sie den Handlungsspielraum des Entscheidungsträgers beeinflussen. *Kirchgässner*, S. 16.

<sup>413</sup> Diese Unterscheidung trifft *Habermas*, S. 100 ff. Danach kann die Richtigkeit des Handelns unter dem Aspekt der Zweckmäßigkeit (pragmatischer Gebrauch der praktischen Vernunft), des Guten (ethischer Gebrauch der praktischen Vernunft) oder des Gerechten (moralischer Gebrauch der praktischen Vernunft) beurteilt werden.

vom pragmatischen Rationalitätsbegriff gewinnt angesichts solcher Standpunkte um so mehr an Bedeutung.

## b) Das materialistische Verantwortlichkeitsprinzip

### aa) Finanzielle und emotionale Beeinträchtigungen und ihre Wiedergutmachung im Vertragsrecht

Erfüllt eine Vertragspartei ihre Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig, so steht der Gegenpartei bei gegebenen Voraussetzungen ein Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens zu, sofern die pflichtige Vertragspartei nicht beweist, daß ihr keinerlei Verschulden zur Last fällt (Art. 97 OR). Die Höhe des Schadens richtet sich nach der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte (Differenztheorie)<sup>414</sup>. Welche Ansprüche gewährt das Vertragsrecht aber einer Vertragspartei zur Kompensation der *seelischen Enttäuschung* über ein vertragswidriges Verhalten der Gegenpartei? Diese Art der Beeinträchtigung wird erst dann – und zwar als Genugtuungsanspruch – relevant, wenn sie als *schwere Persönlichkeitsverletzung* angesehen werden muß (Art. 49 OR)<sup>415</sup>.

Die Rechtsprechung hat bisher solche schweren Persönlichkeitsverletzungen vornehmlich bei Vertragsverhältnissen angenommen, die ein *Vertrauensverhältnis* zwischen den Parteien voraussetzen, namentlich bei Arbeitsverträgen und Auftragsverhältnissen<sup>416</sup>. Wo also das Vertrags-

<sup>414</sup> BGE 116 II 444 E. 3a; 115 II 481 E. 3a.; Honsell-Wiegand, N 53 zu Art. 97 OR m.w.N. Die Differenztheorie ist in der Lehre nicht mehr unumstritten. Zu den neueren Tendenzen im Schadensrecht vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Rz. 2632 ff.

<sup>415</sup> Zum Genugtuungsanspruch gemäß Art. 49 OR aufgrund einer Vertragsverletzung siehe BGE 123 III 206 f. E. 2; 116 II 520 E. 2c; BGE 87 II 143 E. 5b; (grundlegend) BGE 54 II 481 E. 1. Vgl. dazu auch *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Rz. 2634 m.w.N. Für eine Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 49 aOR auf Vertragsverhältnisse (besonders schwere Persönlichkeitsverletzung) vgl. *Brunner*, S. 202 f. Zur neurechtlichen Regelung (schwere Persönlichkeitsverletzung) siehe z.B. AGer ZH, ZR 93 (1994), Nr. 45.

<sup>416</sup> Eine *schwere* Persönlichkeitsverletzung wurde unter anderem in folgenden Fällen bejaht: Im Falle einer sexuellen Belästigung einer Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber; AGer ZH, ZR 93 (1994) Nr. 45. Im Falle eines Vermieters, der seine Mieter durch ein von ihm geschaffenes und verstecktes Guckloch beobachtete; RJN 1992, S. 74 ff. Eine *besonders schwere* Persönlichkeitsverletzung infolge

verhältnis 'familiäre' Züge annimmt, wächst auch die gegenseitige Pflicht zur Rücksichtnahme<sup>417</sup>. Die Pflichtverletzung wird zudem vorrangig dann als Persönlichkeitsverletzung angesehen, wenn die sexuelle Intimsphäre verletzt oder die körperliche oder die wirtschaftliche Integrität betroffen ist. Wo das Vertragsrecht keine solchen familiären Züge trägt und wo sich die Beeinträchtigung nicht in der Verletzung der erwähnten Rechtsgüter niederschlägt, sondern sich schlicht in der Enttäuschung über vertragswidriges Verhalten darstellt, haben die Gerichte eine schwere Persönlichkeitsverletzung regelmäßig verneint. So zum Beispiel in folgendem Fall: Der Kläger (T) sah sich aus gesundheitlichen Gründen (Vollinvalidität) zum Verkauf der ihm gehörenden Pension gezwungen und war mit der Beklagten (S) als einer von mehreren Interessentinnen handelseinig geworden. S geriet mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug. Nachdem sie auch innerhalb der ihr gewährten Nachfrist nicht erfüllte, wurde ihrem Gesuch um Zahlungsaufschub entsprochen. Auch diese Frist ließ sie ungenutzt verstreichen. In der gegen sie eingeleiteten Beteuerung erhob S sodann Rechtsvorschlag. Die nachfolgend anberaumte Sühneverhandlung wurde aufgrund des Wohnsitzwechsels sowie aufgrund weiterer Verschiebungsgesuche der S wiederholt verschoben. Als die Verhandlung endlich stattfand, blieb ihr S unentschuldig fern. Es stellte sich heraus, daß sie zwischenzeitlich eine andere Pension käuflich erworben hatte. Zwischen der ersten Fristansetzung und dem erstinstanzlichen Urteil vergingen anderthalb Jahre. Das Gericht bejahte einen Ersatzanspruch für die Kosten, welche

---

vertragswidrigen Verhaltens wurde unter anderem in folgenden Fällen bejaht: Bei einer „praktischen Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz“; BGE 87 II 145 E. 5b; ähnliche Konstellation in BGE 102 II 224 E. 9. Bei mißbräuchlicher Kündigung durch den Arbeitgeber; z.B. Trib. prud'hommes GE, SJZ 79 (1982), S. 394 ff. Bei ärztlichen Behandlungsfehlern; z.B. BGer TG, SJZ 82 (1986) S. 46 ff. Bei der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht; z.B. BGE 108 II 64 E. 4. Bei Verweigerung eines versprochenen und bereits angekündigten Soloauftrittes einer Musikerin im Radio durch die Radiogesellschaft; BGer, Entscheid vom 18. März 1952, SJ 1953, S. 257 ff. Bei einer unvereinbarten Abänderung eines Vorwortes des Verfassers durch den Verleger; I. ZK BE, ZBJV 57 (1921), S. 560 ff.

<sup>417</sup> Nicht ganz zufällig werden im US-amerikanischen Rechtsbereich solche Vertragsverhältnisse als 'relationale Verträge' (*relational contracts*) bezeichnet und den 'transaktionalen' (*transactional contracts*) gegenübergestellt. Grundlegend zur Abgrenzung der 'relationalen' von den 'transaktionalen' Verträgen ist der 1975 erschienene Aufsatz *MacNeils* mit dem Titel 'The Many Futures of Contract', in: *Southern California Law Review* 47 (1975), S. 691-816.

T infolge des Zahlungsverzugs von S erlitt. Das Begehren auf Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung für die aufgrund der Nichterfüllung erlittenen immateriellen Unbill wurde abgewiesen mit der Begründung, T habe keine Tatsachen vorgebracht, die auf eine schwere Persönlichkeitsverletzung schließen ließen<sup>418</sup>.

Ein weiteres Beispiel für die restriktive Haltung der Gerichte bei der Anwendung von Art. 49 OR bilden die Ferienwohnungsfälle: Auch wenn eine vermietete Ferienwohnung bei weitem nicht hält, was der Prospekt verspricht oder was Feriengäste üblicherweise erwarten dürfen, und zudem feststeht, daß die Vermieterin dies wußte, gehen die Gerichte nicht von einer schweren Persönlichkeitsverletzung aus<sup>419</sup>. Die Enttäuschung darüber, daß eine Vertragspartei verspricht, was sie niemals zu halten gedenkt, und daß sie vor allem in Kauf nimmt, daß ein langersehnter Urlaub im Fiasko endet, vermag für sich alleine die vertragsrechtliche Sanktionsmaschine nicht in Gang zu setzen. Die 1928 vom Bundesgericht getroffene Feststellung, daß eine Vertragsverletzung nur selten Genugtuungsansprüche auslösen werde<sup>420</sup>, ist demnach von ungebrochener Aktualität<sup>421</sup>.

Während also im Vertragsrecht die finanzielle Beeinträchtigung durch Vertragsverletzung auch bei kleinster Schadenshöhe rechtlich relevant wird, bedarf es bei der emotionalen Beeinträchtigung durch Vertragsverletzung qualifizierter Umstände. Von Vertragsparteien wird nicht

---

<sup>418</sup> KGer VS, JVS 1996, S. 272 ff.

<sup>419</sup> Siehe dazu OGer ZH, SJZ 86 (1990), S. 32, bestätigt in BGE 115 II 474 (Irreführende Angaben auf Ferienprospekten); BGer, Urteil vom 19. Sept. 1995, in: JVS 1996, S. 277 ff. (Grosse Baustelle mit schweren Baugeräten neben der Ferienwohnung). Daß die Vermieterin im ersten Fall die Mängel gekannt hat, belegen die insgesamt dreizehn Klagen in einer Zeitspanne von zwei Jahren, vgl. BGE 115 II 475. Auch im zweiten Fall (Baustelle) stand das vorherige Wissen der Beklagten um den Mangel fest, vgl. JVS 1996, S. 284.

<sup>420</sup> BGE 54 II 485 E. 2. Dort wurde entschieden, daß, wer einen Vertrag schließt und ihn angesichts eines lukrativeren Abschlusses am nächsten Tag bricht, die erste Vertragspartei nicht in einem persönlichkeitsrelevanten Sinne verletzt.

<sup>421</sup> *Farnsworth* (S. 1216) ist zuzustimmen, wenn er schreibt: „All in all, our system of legal remedies for breach of contract, heavily influenced by the economic philosophy of free enterprise, has shown a marked solicitude for men who do not keep their promises“. Zur Analyse, daß die vertragsrechtlichen Sanktionen generell in einer Weise ausgeformt worden sind, die den Vertragsbruch tragbar machen und zur Geltendmachung vertraglicher Rechtsbehelfe nicht ermutigen, siehe auch *Schmid*, S. 168.

erwartet, daß sie bei der Verfolgung ihrer eigenen Interessen fremde Gefühle, Erwartungen und Hoffnungen berücksichtigen, oder daß sie ihnen gar ihre fürsorgende Aufmerksamkeit zuwenden. *Der Schuldvertrag wird nicht als Sozialbeziehung, sondern als versachlichtes Austauschverhältnis verstanden*<sup>422</sup>; *vertragsrechtliche Verantwortung bedeutet primär, daß man sich gegenseitig keinen Schaden zufügen darf, nicht aber, daß man einander nicht enttäuschen soll.*

Aus dem fürsorglichen, beziehungs- und personenorientierten Denken und Handeln, das gemäß der relational-feministischen These einen Teil einer weiblichen 'Ethik der Fürsorge' bildet, wird für das privatrechtliche Verantwortlichkeitsprinzip bisher nichts abgeleitet. Ein Vertragsrecht, welches von Vertragsbeteiligten ausgeht, die sich über ihre Beziehung zu anderen (connectedness) definieren und die relational denken, würde die Enttäuschung über einen absichtlichen Vertrauensbruch und den aus der Vertragsverletzung entstehenden Vermögensschaden als *gleichwertige* Rechtsverletzung wahrnehmen. Hingegen findet in einem Vertragsrecht, welches von autonomen, sich durch Distanziertheit und Abgrenzung von anderen kennzeichnenden Vertragsbeteiligten ausgeht, die Erwartung von Rücksichtnahme keinen Platz. Wo aber normativ keine Erwartung bestehen darf, kann auch keine Rechtsverletzung wahrgenommen werden.

*bb) Finanzielle Verantwortlichkeit und männliche Lebenswirklichkeit*

Das Vertragsrecht entpuppt sich in der Ausgestaltung seines Verantwortlichkeitsprinzips als *geschlechtsspezifisch männlich*: Indem es von distanziert und eigeninteressiert handelnden Vertragsbeteiligten ausgeht, privilegiert es männlich konnotierte Verhaltensmuster. Indem es die Vermögensschädigung und deren Wiedergutmachung in das Zentrum des vertraglichen Leistungsstörungsrechts rückt, stellt es auf die sozialtypisch männliche Verantwortlichkeit der finanziellen Sicherstellung der Familie ab und übernimmt damit die Sichtweise und Wertung der männlichen Lebensrealität. Die sozialtypisch weibliche Verantwortlichkeit der Fürsorge und des Eingehens auf andere findet dagegen als ve-

---

<sup>422</sup> Zum Argument, das Vertragsrecht als Recht der Wirtschaftsbeziehungen sei in so starkem Maße versachlicht, daß die daran Beteiligten ihre Aufmerksamkeit ausschließlich auf die in den Verträgen verfolgten Ziele und Interessen richteten, während die persönlichen Verhältnisse der Kontrahierenden und ihre mit dem Geschäft verbundenen Gefühle aus dem Spiel blieben, siehe *Raiser*, S. 53 f.

tragsrechtliches Verantwortlichkeitsprinzip keine gleichwertige Anerkennung.

Während so das rechtliche Ausgleichsinstrumentarium und die soziale Verhaltenserwartung für Männer meist harmoniert, sehen sich Frauen oft dem Widerspruch zwischen sozialer Erwartung relationalen Verhaltens und der rechtlichen Ausblendung relationaler Werte ausgesetzt<sup>423</sup>. Ausblendung bedeutet aber Abwertung: Wenn das Vertragsrecht bei der Verletzung des materiellen Güterstandes sein Ausgleichsinstrumentarium uneingeschränkt zum Tragen bringt, während es in Fällen der Enttäuschung über einen Vertrauensbruch einen Kompensationsanspruch nur in engen Grenzen anerkennt, wirkt dies auf den sozialen Achtungsanspruch relationaler Werte zurück. Die Tatsache, daß emotionale Beeinträchtigungen nur unter qualifizierten Umständen Kompensationspflichten auslösen können, beeinflusst die Einschätzung der eigenen, gefühlsmäßigen Reaktionen der Vertragsbeteiligten<sup>424</sup>: das Empfinden von Emotionen wird dann als Schwäche und Abweichung verstanden<sup>425</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die rechtliche Unterscheidung zwischen materieller und emotionaler Beeinträchtigung geschlechtsspezifische Züge trägt. Die privilegierte Anerkennung der materiellen Beeinträchtigung erhebt männlich konnotierte Werte und Verhaltensmuster zum allgemeinen Standard und führt so zu einer rechtlich gestützten Hierarchisierung der Geschlechterdifferenz.

---

<sup>423</sup> Siehe dazu *Handsley*, S. 459: „With a hypocrisy that is characteristic of a patriarchal institution, it [law] fails to value the feminine attributes which sustain the emotional life of our society and which are taught and expected of women.“

<sup>424</sup> *Calabresi* (Ideale, S. 116) bringt dafür folgendes Beispiel: wenn jemand einen Unfall sieht und sie weiß, daß sie keinen Kompensationsanspruch für den von ihr erlittenen Schock hat (daß sie also im juristischen Sinne nicht berechtigt ist, seelische Schmerzen zu empfinden), kann dies Auswirkungen auf die Intensität ihrer Schmerzen haben, weil die Schmerzen effektiv weniger empfunden werden, oder weil die Schmerzen automatisch stärker unterdrückt werden.

<sup>425</sup> Dies mag mit ein Grund sein, daß – soweit ersichtlich – in keinem der vor Bundesgericht geltend gemachten Fälle einer absichtlichen Täuschung die getäuschte Partei neben den sonstigen Ansprüchen auch eine Persönlichkeitsverletzung geltend machte. Vgl. BGE 40 II 534; 41 II 571; 53 II 143; 57 II 276; 59 II 236; 60 II 261; 63 II 77; 66 II 132; 81 II 138; 85 II 402; 108 II 419; 116 II 431; 117 II 218.

### c) Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft im Vertragsrecht

Bei einer Vertragsbeziehung bedarf jede Partei zur Verwirklichung ihrer Interessen der Mitwirkung der anderen Partei: Käuferin K hat Geld und will ein Auto, Verkäufer V hat das Auto und will Geld. Zuweilen wird aber die Vorteilerzielung einer Partei vereitelt, weil die Mitwirkung der anderen Partei nicht rechtzeitig, nicht vereinbarungsgemäß oder gar nicht erfolgte: es kommt zu Leistungsstörungen<sup>426</sup>.

Für diesen Fall hält das Vertragsrecht Regeln bereit, die besagen, wer was wann und von wem einfordern kann. Diese beschreiben „die Rechtsbeziehung aus der Sicht der bevorzugten Partei.“<sup>427</sup> Ihr Wesen besteht darin, daß sie ohne Blick auf die Gegenpartei geltend gemacht werden können: „Von ihrem Standpunkt aus erscheint es unerheblich, ob die Stellung der anderen Partei für diese eine Belastung darstellt oder nicht.“<sup>428</sup> Die genannten Regeln sind also stark *individualistisch* geprägt. Sie präsentieren sich als „dogmatisches Extrakt einer bürgerlichen Philosophie- und Rechtstradition ... die auf individueller Aneignung ... beruht statt auf Kooperation, Gegenseitigkeit und Miteinander-teilen“<sup>429</sup>. Geht man aber mit der relational-feministischen These davon aus, daß Frauen sich verstärkt über ihre Bindung zu anderen, Männer sich hingegen verstärkt über ihre Abgrenzung gegenüber anderen definieren, und daß Frauen tendenziell beziehungsorientiert, Männer dagegen eigeninteressiert denken und agieren<sup>430</sup>, so entsprechen die besagten Anspruchsregeln viel eher einer männlichen als einer weiblichen Wertorientierung.

Auch auf der praktischen Ebene bleibt die Geltendmachung der Ansprüche aus Vertrag den Parteien überlassen. Anders als etwa im Strafrecht, wo es genügt, daß die staatlichen Organe von einer Rechtsverlet-

---

<sup>426</sup> Für eine systematische Darstellung des Rechts der Leistungsstörungen vgl. *Wiegand*, Leistungsstörungen.

<sup>427</sup> *Portmann*, Rz. 79.

<sup>428</sup> *Id.*

<sup>429</sup> So *Gerhard* (Rechtsmeinungen, S. 221) zu den subjektiven Rechten insgesamt.

<sup>430</sup> Vgl. *Chodorow*, S. 228: „Im männlichen Identifikationsprozeß liegt die Betonung auf der Differenzierung von anderen, auf der Leugnung affektiver Beziehung und auf kategorischen, universalistischen Komponenten der männlichen Rolle. Die weiblichen Identifikationsprozesse sind beziehungsorientiert, während in den männlichen Identifikationsprozessen Beziehungen geleugnet werden.“

zung Kenntnis erhalten, damit sie aktiv werden, muß bei einer vertraglichen Konfliktsituation die anspruchsberechtigte Partei ihre Ansprüche selbständig gegenüber der pflichtigen Partei geltend machen und das Recht für ihre Zwecke mobilisieren. Das Vertragsrecht verlangt somit eine klare Entscheidung zugunsten des Eigeninteresses und dessen unzweideutige Geltendmachung gegenüber der pflichtigen Partei (Rechtskompetenz)<sup>431</sup>. Folgt man aber der relational-feministischen These einer geschlechterdifferenten Wertorientierung, so zeigt sich auch auf dieser Stufe des vertraglichen Konfliktlösungsmodells, daß *sozialtypisch männliche* Verhaltensmuster (aktive Verfolgung eigener Interessen) vorausgesetzt werden. Die relational-feministische Diskriminierungsthese trifft sich hier mit der Rechtstatsachenforschung: Anspruchsbewußtsein, so das Fazit des von der Universität Bremen unterstützten Forschungsprojekts 'Durchsetzungschancen gleichen Rechts für Frauen'<sup>432</sup>, ist bei Frauen tendenziell weniger ausgeprägt als bei Männern<sup>433</sup>. Gleiches gilt für die Wahrnehmung von Recht als mögliches Instrument der Artikulation und Durchsetzung eigener Interessen<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> Vgl. *Lautmann*, Rechtsbewußtsein, S. 171: Rechtskompetenz bezeichnet „die Fähigkeit, eigene Interessen durch aktives Anmelden von Rechtsansprüchen zu schützen und zu verfolgen.“

<sup>432</sup> Projekt 'Durchsetzungschancen gleichen Rechts für Frauen', gefördert von der Universität Bremen und der Volkswagenstiftung, Projektleitung: Rüdiger Lautmann, Zeitraum: 1977-1983. Das Projekt wurde in folgende drei Teilprojekte gegliedert: 'Rechtsbewußtsein' (100 Teilnehmende), 'Arbeitsvermittlung' (70 Teilnehmende), 'Ehescheidung' (76 Teilnehmende). Vgl. zum Projekt insgesamt *Lautmann*, Gleichheit (Schlußbericht). Zum Teilprojekt 'Rechtsbewußtsein' vgl. insb. *Lautmann*, Rechtsbewußtsein; *Gerhard*, Rechtsmeinungen; *Klein-Schonnefeld*. Zum Teilprojekt 'Arbeitsamt' vgl. insbesondere *Gerhard*, Gleichheit, S. 168 ff.; *dies.*, Rechtsmeinungen. Zum Teilprojekt 'Ehescheidung' vgl. insb. *Schuhmann*.

<sup>433</sup> Siehe *Lautmann*, Rechtsbewußtsein, S. 187. Kritisch gegenüber der negativen Bewertung des empirischen Befundes *Gerhard*, Rechtsmeinungen, S. 226 ff. Sie fordert, daß statt der Proklamierung eines 'negativen Rechtsbewußtseins' von Frauen eine Neuorientierung des Rechtssystems erfolgen sollte, damit die Lebenswirklichkeit von Frauen und deren Rechtsbedürfnisse besser aufgefangen würden.

<sup>434</sup> Vgl. die Auszüge der Äußerungen der befragten Frauen bei *Lautmann*, Rechtsbewußtsein, S. 190 ff.: „Recht-haben-wollen, so eine Scheiße. Auf-sein-Recht-bestehen ist gleich So-nicht-mehr-zugänglich-sein. Ja das Recht ist irgendwo auch gleich Streit.“ „In jeder Frau hängt heute noch irgendwo das Gefühl von Geborgenheit.“ Wenn eine Frau ihre Rechte durchsetzt, „wird sie egoistisch.“ Andere Äußerungen finden sich hingegen, wenn es um die Rechte von Bezugs-

Wird auf die Geltendmachung eines Rechtsanspruchs nicht kooperativ reagiert, so muß seine Durchsetzung gerichtlich erzwungen werden. Juristisch strukturierte Problemlösungen weisen spezifische Merkmale auf: Sie sind autoritativ und nicht konsensual ausgerichtet, sie erfordern Aktivwerden, Risikofreudigkeit, Konfliktbereitschaft und die Fähigkeit, sich auf eine Polarisierung der Interessen einzulassen<sup>435</sup>. Berücksichtigt man demgegenüber, daß einer relationalen Wertorientierung die strikte Trennung von eigenen und fremden Interessen schwerfällt und daß ihr Kooperation mehr liegt als Konfrontation, so privilegiert diese Art der Konfliktlösung nicht-relational agierende Menschen, also sozial gesprochen die Männer. Auch hier lassen sich Belege aus der Rechtstatsachenforschung anbringen: Vergleichende Erhebungen in mehreren europäischen Ländern zu Informiertheit und Meinungen über Recht (knowledge and opinion about law, KOL) ergaben, daß nur rund ein Drittel der befragten Frauen in einem hypothetischen Versicherungsfall einen Prozeß wagen würden, gegenüber rund der Hälfte der befragten Männer<sup>436</sup>. Andere empirische Studien über das Arbeitsgerichtsverfahren belegen, daß Frauen häufiger gekündigt wird, sie jedoch seltener die Kündigung anfechten<sup>437</sup>. Auch im Bremer Projekt zeigte sich bei den befragten Frauen Skepsis gegenüber der formellen Rechtsauseinandersetzung als Problemlösungsmechanismus, während die befragten Männer damit wenig Probleme bekundeten<sup>438</sup>.

---

personen ging: Recht „interessiert mich nicht. Nur im Bezug auf meine Kinder...“. „Komischerweise, wenn es um meine Kinder geht, daß ich eine Stärke entwickle, wo ich mich selber darüber wundere.“

<sup>435</sup> Vgl. *Lautmann*, Rechtsbewußtsein, S. 179.

<sup>436</sup> Der Streitwert belief sich auf DM 250.-- (1970). 53% der Männer wollten den Prozeß wagen, gegenüber 37% der Frauen. Vgl. zur KOL-Studie *Gerhard*, Rechtsmeinungen, S. 224; *Lautmann*, Rechtsbewußtsein, S. 167.

<sup>437</sup> Vgl. die Nachweise bei *Slupnik*, Weibliche Moral, S. 225. Allerdings sind sie dann im Ausgang des Verfahrens erfolgreicher als die Männer. Dies wird unter anderem darauf zurückgeführt, daß Frauen die gerichtliche Auseinandersetzung nur wagen, wenn sie sich ihres Erfolges sicher sind.

<sup>438</sup> Vgl. *Lautmann*, Rechtsbewußtsein, S. 196; *Klein-Schonnefeld*, S. 253. Das Fazit der letzteren zum Bezug der Frauen zur gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen: „Rechtliche Auseinandersetzungen ... zerstören auf Konsens angelegte, offene Kommunikation. Sie werden als konsensverhindernde, aggressive Durchsetzungsprozesse angesehen, die auf Gegnerschaft und Kurzfristigkeit angelegt und schon damit nicht in der Lage sind, den zugrundeliegenden Konflikt in seiner Komplexität zu erfassen, sondern gerade jeden persönlichen Bezug zerstö-

Insgesamt wird das vertragliche *Anspruchsdenken*, welches bereits in den vertraglichen Anspruchsnormen enthalten ist, auf jeder Stufe der vertraglichen Konfliktlösung neu vorausgesetzt: Vertragsparteien müssen ihre Rechtsposition identifizieren und ihre Interessen gegenüber denjenigen der Gegenpartei abgrenzen, sie müssen ihre Ansprüche geltend machen und sie müssen bereit sein, diese gegen den Willen der anderen Partei durchzusetzen. Mithin wird ein ganz bestimmtes Eigenschaftsprofil der gewöhnlichen Vertragspartei impliziert: sie ist – gleich wie im Fall der Rechtsfigur der 'vernünftigen Person' und im Fall des Verantwortlichkeitsprinzips – ein Mensch mit individualistisch und anspruchsvollem Verhaltensstil und somit eine *sozial männliche Person*.

#### d) Ergebnis zu den Ansatzpunkten der relational-feministischen Diskriminierungsthese

Nach der relational-feministischen Diskriminierungsthese bewirkt das Vertragsrecht mit seiner einseitigen Ausrichtung auf die sozialtypisch männliche Lebenserfahrung und die damit verbundenen Denk- und Verhaltensmuster eine latente Schlechterstellung von Frauen. Diese Einseitigkeit äußert sich in den vertragsrechtlichen Leitbildern, namentlich bei der Figur der 'vernünftigen Person', sowie darin, daß das Vertragsrecht ein materialistisches Verständnis vertragsrechtlicher Verantwortung vertritt und schließlich, daß es im Falle von Leistungsstörungen bei den Vertragsbeteiligten Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft voraussetzt.

---

ren.“ *Lautmann* (Rechtsbewußtsein, S. 195 ff.) stellt daneben fest, daß zwar alle Beteiligten einen Rechtskonflikt zunächst durch Aushandeln beilegen wollen. Während aber die Frauen der friedlicheren Variante zuneigen, auch wenn dies mit Rechtsverzicht erkaufte wird, tendierten die Männer zum stufenweisen Vorgehen: Toleranz, Dialog, Einschaltung eines Dritten, juristische Erledigung: „Das Aushandeln ist (bei den Männern) nicht Surrogat für das Recht, sondern eine frühere Stufe in der Karriere eines Konflikts. In der Rezeption der strukturellen Merkmale des Rechts scheinen die Männer der Realität näher als die Frauen. Sie sehen die Funktion von Juristen als autoritative Dritte im Konflikt ... Und Männer kennen die probabilistische Struktur der Erarbeitung einer juristischen Entscheidung. Während sie von Zweifeln, Lücken, Auslegungsfähigkeit, Risiko und Wahrscheinlichkeit reden, hoffen die Frauen noch auf Gewißheiten.“ *Ders.*, S. 196 f.

## 2. Relational-feministische Konnotationen im geltenden Vertragsrecht

Das geltende Recht enthält kaum Elemente, die der relational-feministischen Forderung nach einer Anerkennung weiblicher Differenz im Sinne einer gleichen Würdigung weiblich und männlich konnotierter Werte Rechnung tragen. Es bleibt bei einem eindimensionalen Vernunftverständnis (a) und einer materialistischen Ausrichtung vertragsrechtlicher Verantwortlichkeit (b). Einzig bezüglich des Anspruchsdenkens und der Konfliktbereitschaft läßt das geltende Recht einzelne Korrekturen erkennen (c).

### a) Rationalitätskonzept

Bezüglich des im Schuldvertragsrecht geltenden Rationalitätskonzepts, wie es mit der Leitfigur der 'vernünftigen Person' konkretisiert wird, ist festzuhalten, daß die männliche Prägung dieses rechtlichen Maßstabes noch *keine ersichtliche Gegensteuerung* erfahren hat. Eine abschließende Klärung der Frage ist aber deshalb schwierig, weil nicht in jedem Fall, in dem auf die 'vernünftige Person' als Beurteilungsmaßstab zurückgegriffen wird, die rechtliche Würdigung anders ausfallen würde, wenn die sozialen Bestandteile dieser Leitfigur sowohl männliche wie auch weibliche Charakterzüge aufweisen würden. Immerhin kann aber für die Frage der vertraglichen Drittschutzwirkung festgehalten werden, daß sich dort die Rechtsprechung nach wie vor auf ein Rationalitätsverständnis stützt, welches das Beziehungsdenken außer acht läßt. Ein anderer Anhaltspunkt für das Fehlen eines geschlechtssensiblen Rationalitätsverständnisses ergibt sich daraus, daß in der Rechtsprechung die Geschlechterdifferenz im Zusammenhang mit dem Vernunftbegriff thematisiert wurde oder wird – wenn man einmal von der 'vernunftmäßigen' Gleichsetzung von Frauen mit Rindvieh und Hühnern durch das Zürcher Bezirksgericht im Jahre 1925 absieht<sup>439</sup>. Somit kann gesagt werden, daß keine Indizien dafür vorhanden sind, die auf eine Einbeziehung relationaler Komponenten im jurisprudentiellen Vernunftver-

---

<sup>439</sup> Vgl. dazu oben Fn. 371. Für die Lehre vgl. immerhin *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Rz. 2756. Sodann will *Oftringer* (Haftpflichtrecht, S. 146 f.) für den Sorgfaltsmaßstab im Haftpflichtrecht auf die „kleineren physischen Kräfte“ der Frau Rücksicht nehmen will.

ständnis schließen lassen.

### b) Materialistisches Verantwortlichkeitsprinzip

Die relational-feministische Forderung nach einer gleichen Berücksichtigung emotionaler und materieller Beeinträchtigungen ist im geltenden Vertragsrecht noch nicht verwirklicht. Damit eine immaterielle Beeinträchtigung rechtlich wahrgenommen wird, muß eine schwere Persönlichkeitsverletzung vorliegen (Art. 49 OR)<sup>440</sup>. Es bleibt beim Befund, *daß das Vertragsrecht bei der Verletzung des materiellen Güterstandes sein Ausgleichsinstrumentarium uneingeschränkt zum Tragen bringt, während es die Pflicht zur gegenseitigen (emotionalen) Rücksichtnahme auf einem Niedrig-Niveau festlegt*. Daher kann nicht gesagt werden, daß im geltenden Vertragsrecht Konnotationen enthalten sind, die dem materialistischen Verantwortlichkeitsprinzip entgegenwirken.

### c) Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft – Korrektive auf Verfahrensebene?

Der relational-feministischen Zielsetzung würde es entgegenkommen, wenn das Recht der Leistungsstörungen auch denjenigen Menschen entsprechen würde, für die personen- und beziehungsorientierte Werte charakteristisch sind. Dabei ist vorzuschicken, daß sich auf der Stufe des materiellen Rechts eine Relativierung der individualistischen Prägung der vertraglichen Anspruchsnormen kaum verwirklichen läßt. Als subjektive Rechte tragen sie das Anspruchsdenken begriffsnotwen-

---

<sup>440</sup> Die 1985 revidierte Gesetzesnorm bringt gegenüber der altrechtlichen Regelung insoweit eine Erleichterung, als jene noch eine *besonders* schwere Beeinträchtigung der persönlichen Verhältnisse verlangte. In der Doktrin wird z.T. vertreten, die Weglassung des Wortes 'besondere' stelle bloß eine redaktionelle Änderung dar, weshalb die Praxis zu Art. 49 aOR weiterhin herangezogen werden könne, während andere Autoren davon ausgehen, daß diesen Präjudizien nur noch beschränkt Geltung zukomme. Vgl. dazu die Nachweise bei *Sutter*, S. 4 f. Die kantonale Rechtsprechung ist gespalten: die besondere Schwere nach wie vor bejahend: Rekurskommission TG, RBOG 1987, S. 64 f. und Cour Civ. GE, SJ 1995, S. 669 ff.; verneinend: KGer GR, PKG 1987 Nr. 31, OGer ZH, ZR 94 (1995) Nr. 23, S. 80 ff.; Cour Cass. NE, RJN 1992, S. 72 f. Das Bundesgericht scheint von einer Lockerung der Voraussetzungen auszugehen, vgl. BGer, Urteil vom 14. Juli 1992, in: RJN 1992, S. 76 f.

dig in sich. Subjektive Rechte sind aber derart Bestandteil unserer Rechtskultur, daß Alternativen zu ihnen im Rahmen der hier vorgenommenen immanenten Vertragsrechtskritik nicht zu erwägen sind<sup>441</sup>.

Neben der in unserem Rechtskreis schwer vorstellbaren Abwesenheit von subjektiven Rechten sprechen für deren Beibehaltung aber auch praktische Gründe. Nehmen wir die Rechtsnorm 'A hat im Falle eines Mangels an der Kaufsache einen Anspruch auf Minderung'. Auch in einem Rechtssystem, welches für den Fall von Leistungsstörungen keine einzelnen Anspruchsnormen enthält, sondern generell vorschreibt, daß der vertragliche Konflikt zunächst von den Parteien ergebnisoffen – allenfalls unter Mithilfe einer Drittperson – diskutiert werden soll, ist zu vermuten, daß die Parteien oft zum Schluß kommen würden, daß im Falle eines Mangels an der Kaufsache eine Reduktion des Kaufpreises vorzunehmen ist. Sodann entspricht es dem Gebot der Rechtssicherheit, daß Vertragsparteien wissen, was ihnen im Falle einer Leistungsstörung zusteht. Weiter kann sich auch ein solches ergebnisoffenes System der Konsequenz nicht entziehen, irgendwann über die Rechtsansprüche der Parteien verbindlich entscheiden zu müssen. Die Möglichkeit, im Falle von vertraglichen Konfliktsituationen verstärkt auch beziehungs- und kompromißorientierte Werte zu berücksichtigen, ist daher primär auf der Verfahrensebene zu suchen.

Nach dem Gesagten muß sich eine Vertragspartei dafür entscheiden, das Recht für ihre Zwecke zu mobilisieren und es auch gegen den Willen der anderen Partei durchzusetzen. Hat sie sich hingegen für die Geltendmachung ihrer Rechte entschieden, so bieten das Sühneverfahren (aa), das Schlichtungsverfahren (bb) sowie der gerichtliche Ver-

---

<sup>441</sup> Allerdings gab es durchaus Rechtskulturen, die lange Zeit ohne sie ausgekommen sind, so zum Beispiel Japan bis zum Jahre 1869. Interessant in diesem Zusammenhang ist, daß Japan bereits seit den 20er Jahren Streitbeilegungsverfahren in Zivilsachen kennt, die dem heutigen Verständnis von Mediation sehr nahe kommen. Die fortwährende Beliebtheit dieses sogenannten Tschotei-Verfahrens wird insbesondere auf das Fehlen von subjektiven Rechten in der japanischen Rechtskultur zurückgeführt. Vgl. zum Tschotei-Verfahren *Rokumoto*, S. 390 ff. Ein möglicher Grund für die Abwesenheit von subjektiven Rechten in der japanischen Rechtskultur könnte sein, daß dort das Denken in Interessengegensätzen nicht Teil der kulturellen Identität bildete. Sogar neuere psychologische Studien kommen zum Ergebnis, daß auch heute noch japanische Studierende im Gegensatz zu den europäischen Gepflogenheiten Interessengegensätze kleiner wahrnehmen, als sie tatsächlich sind. Vgl. hierzu *Paulus*, S. 9 f.

gleich (cc) formell einen Rahmen für eine kooperative, ergebnisoffene und verstärkt kompromißbezogene ausgerichtete Streitbeilegung, wie sie einer relationalen Wertorientierung entsprechen würde und wie sie von relational-feministischer Seite auch gefordert wird<sup>442</sup>. Ob diese Verfahren der relational-feministischen Zielsetzung auch materiell zum Durchbruch verhelfen, ist allerdings fraglich (dd).

aa) *Das Sühneverfahren*

Die meisten kantonalen Zivilprozeßordnungen kennen ein Sühneverfahren (auch: Vermittlungsverfahren, Versöhnungsverfahren), welches zur primären Aufgabe hat, die Parteien vor der Durchführung des Zivilprozesses auszusöhnen<sup>443</sup>. Das Sühneverfahren ist regelmäßig obligatorisch<sup>444</sup> und findet in den meisten Kantonen mündlich und unmittelbar zwischen den Parteien statt<sup>445</sup>. Auch das Vorbringen der klägerischen Parteien muß zu diesem Zeitpunkt noch nicht die Form eines Rechtsbegehrens aufweisen<sup>446</sup>, sondern kann 'aus dem Bauch heraus' formuliert werden. Sodann sind (in einigen Kantonen) die im Sühneverfahren gemachten Zugeständnisse von Parteien unverbindlich<sup>447</sup>. Zudem verbieten gewisse kantonale Gesetze die Einvernahme der Friedensrichterin oder des Friedensrichters über den Inhalt der Sühneverhandlung<sup>448</sup>. Schließlich unterbricht die Ladung zu einer Sühnever-

<sup>442</sup> Siehe z.B. *Menkel-Meadow*, *Different Voice*, S. 52 ff. Zum Beitrag feministischer Ansätze in der Mediation auch *Rifkin*, *Mediation*, S. 21 ff.

<sup>443</sup> *Guldener*, S. 419 f.; *Vogel*, *Zivilprozeß*, S. 290. Vgl. z.B. Art. 148 ZPO BE; § 2 I ZPO BL; Art. 69 ZPO GR; Art. 69 ZPO TI. Die Genfer Zivilprozeßordnung sieht die Einschaltung eines Sühneverfahrens gar zu jedem Zeitpunkt des Prozesses vor, vgl. Art. 53 ZPO GE.

<sup>444</sup> Vgl. z.B. Art. 126 i.V.m. Art. 129 ZPO AR; Art. 144 ZPO BE, § 2 I ZPO BL; Art. 83 ZPO GR; Art. 63 ZPO TI; Art. 50 ZPO GE; § 93 ZPO ZH; § 185 ZPO LU. Fakultativ dagegen z.B. in AG (§ 137 ZPO), FR (Art. 141 ZPO); TI (Art. 354 ZPO).

<sup>445</sup> Vgl. z.B. Art. 129 ZPO AR; Art. 147 ZPO BE; Art. 146 ZPO FR; Art. 66 ZPO GR; § 31 ZPO ZH, § 142 ZPO AG; Art. 66 ZPO TI.

<sup>446</sup> Vgl. z.B. § 98 II ZPO ZH; Art. 68 ZPO GE.

<sup>447</sup> Siehe *Vogel*, *Zivilprozeß*, S. 293. Vgl. § 145 II ZPO AG sowie *Eichenberger*, N 3 zu § 145 ZPO; Art. 131 ZPO AR; Art. 154 ZPO BE; Art. 151 ZPO FR; Art. 75 ZPO GR; § 193 ZPO LU; Art. 75 ZPO TI; Art. 57 ZPO GE.

<sup>448</sup> So z.B. § 131 ZPO AR; § 133 I ZPO SG, § 223 III ZPO AG; Art. 75 ZPO GR; anders hingegen § 157 ZPO ZH, vgl. dazu *Frank/Sträuli/Messmer*, N 1b vor § 157 ZPO ZH.

handlung die Verjährung (Art. 135 Ziff. 2 OR).

Die Institution des Sühneverfahrens bietet formell die Möglichkeit eines *diskursiven und kompromißorientierten Verfahrens*. Da die Friedensrichterin oder der Friedensrichter im Regelfall keine juristische Ausbildung genossen haben, bleibt mehr Raum für die Orientierung an außerrechtlichen Entscheidungsmaßstäben<sup>449</sup> und für das Eingehen auf individuelle Umstände, was sich auf das Kooperationsdenken positiv auswirkt<sup>450</sup>. Zudem bewirkt der (häufige) Ausschluß einer anwaltlichen Vertretung, daß nicht schon im Anfangsstadium des Konfliktes hohe Kosten entstehen, die eine gütliche Einigung erschweren können. Ferner wird mit der Regel über die Unverbindlichkeit von Zugeständnissen die Dialog- und Kooperationsfähigkeit der Parteien gefördert, so daß „kommunikative Restkapazitäten“<sup>451</sup> ausgeschöpft werden können. Ein zusätzlicher Anreiz zur Kommunikation wird dadurch geschaffen, daß die Ladung zur Sühneverhandlung die Verjährung unterbricht. Somit laufen die Parteien nicht Gefahr, ihre Rechtsansprüche zu verlieren.

*Das Sühneverfahren bietet mithin ein institutionalisiertes Korrektiv zum Anspruchsdenken im Schuldvertragsrecht und der daraus erwachsenden Konfliktbereitschaft im Falle einer Leistungsstörung*<sup>452</sup>.

#### bb) Das Schlichtungsverfahren

Mit der Schlichtung kennt das Recht ein weiteres Verfahren, welches ei-

---

<sup>449</sup> Dies ist umso wichtiger, als davon auszugehen ist, daß bei den vor Gericht ausgetragenen Konflikten die Streitgründe mehrheitlich im außerrechtlichen Bereich liegen; vgl. *Higi*, S. 23 f.

<sup>450</sup> Vgl. *Vogel*, Menschenbild, S. 529.

<sup>451</sup> *Carbonnier*, S. 15.

<sup>452</sup> In Zürich kann jeweils rund 1/3 der angesetzten Sühneverhandlungen gütlich beigelegt werden; siehe *Higi*, S. 66; *Frank/Sträuli/Messmer*, N 1 zu § 31 ZPO. Im Kanton Genf wurden nur die Hälfte aller Fälle an ein erstinstanzliches Gericht weitergezogen; siehe *Bertossa/Gaillard/Guyet*, N 1 zu Art. 50 ZPO GE. Zwar kann der Anteil an der friedensrichterlichen Erledigung von Streitfällen nicht alleiniger Maßstab für die Verwirklichung einer diskursiven Streibeilegung sein. Doch ist zu berücksichtigen, daß eine friedensrichterliche Erledigung der Streitigkeit nur beim Erscheinen beider Parteien möglich ist. In solchen Fällen kommt es notgedrungen zu einem Gespräch und damit zu einer Artikulierung des Problems aus der jeweiligen Sicht der Parteien, was oft schon erheblich zur Entkrampfung des Konfliktes beiträgt.

ner mediativen Zielsetzung verpflichtet ist<sup>453</sup>. Vorliegend soll das Verfahren vor den seit 1972 in der Schweiz eingeführten Schlichtungsbehörden für Mietstreitigkeiten als exemplarischer Untersuchungsgegenstand dienen<sup>454</sup>. Die Aufgabe dieser Schlichtungsbehörden besteht unter anderem darin, die Parteien in allen Mietfragen zu beraten und zu versuchen, in Streitfällen ohne gerichtliches Wirken eine Einigung herbeizuführen<sup>455</sup>. Bereits in der Beratungsphase steht die Entspannung des Konflikts zwischen Beteiligten im Vordergrund<sup>456</sup>. Während aber kein Zwang zur Wahrnehmung einer Beratung besteht, ist bei einer ausgebrochenen Mietstreitigkeit der Schlichtungsversuch obligatorisch<sup>457</sup>.

Das kostenlose, auf Konziliation ausgerichtete Schlichtungsverfahren soll die Möglichkeit bieten, bei ersten Anzeichen eines Scheiterns der

---

<sup>453</sup> Vgl. *Stauder/Feldges*, S. 38: „Schlichtung bedeutet in erster Linie Vermittlung der gegnerischen Positionen, Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Streitfalls und schliesslich den Versuch, den Streit durch Herbeiführung einer Einigung zwischen den Parteien beizulegen.“

<sup>454</sup> Das Mietrecht ist bloß exemplarisch, weil Schlichtungsverfahren grundsätzlich in allen Vertragsbereichen Anwendung finden können. So sieht Art. 11 GIG kantonale Schlichtungsstellen für Diskriminierungsfragen vor. Aus einer (unveröffentlichten) Umfrage des eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann geht hervor, daß in der überwiegenden Zahl der Kantone das Schlichtungsverfahren obligatorisch ist; auch sieht die Mehrzahl der Kantone eine paritätische Besetzung der Schlichtungsbehörde vor. Weiter haben viele Kantone ein arbeitsrechtliches Schlichtungsverfahren etabliert; vgl. dazu *Rohner*, S. 266 f. Sodann existiert ein Ombudsmann der Privatversicherungen, der in Streitigkeiten zwischen Versicherungsnehmenden und Versicherungsgesellschaften vermitteln soll; vgl. dazu *Maurer*, S. 190 f.; *Stauder/Feldges*, S. 42 ff. Weiter sind die Kantone kraft Art. 31sexies BV für Streitigkeiten aus Verbraucherverträgen verpflichtet, ein Schlichtungsverfahren oder einfaches und rasches Prozeßverfahren vorzusehen. Zu den Schlichtungsverfahren im Bereich des Verbrauchergeschäfts vgl. *Stauder/Feldges*, S. 49 ff.; *Rohner*, S. 267; *Gmür*, S. 443, 454 ff.

<sup>455</sup> Siehe Art. 274a I OR und dazu die Botschaft zum neuen Mietrecht, BBl 1985 I 1467.

<sup>456</sup> *Roberti*, S. 22.

<sup>457</sup> Die Zuständigkeit der Schlichtungsstellen für alle mietrechtlichen Streitigkeiten ergibt sich aus den Materialien, vgl. *Lachat/Stoll*, S. 40; *Roberti*, S. 23 f. Gemessen an ihrer Zielsetzung (Einigung) verzeichnen die Schlichtungsstellen eine positive Bilanz: zwar liegt die Vergleichsquote nicht – wie von offizieller Seite behauptet – bei 80%, aber immerhin bei über 50%. Siehe dazu *Higi*, S. 34 ff.

vertraglichen Beziehung ergebnisoffen zu diskutieren, ohne eine formale Durchsetzung von Ansprüchen zu betreiben. Indem die Beteiligten ermutigt werden sollen „nach psychologischen, ethischen und menschlichen Gesichtspunkten“<sup>458</sup> zu agieren, wird das Kooperationsdenken ausdrücklich in die Zielsetzung des Schlichtungsverfahrens einbezogen. Unabhängig davon, ob das Schlichtungsverfahrens relationalen Vorstellungen insgesamt genügt<sup>459</sup>, kann deshalb gesagt werden, daß *mit der obligatorischen Schlichtung jedenfalls ein Verfahren besteht, bei dem der Rückgriff auf mediative Elemente ausdrücklich vorgesehen ist.*

cc) *Der gerichtliche Vergleich*

Beim gerichtlichen Vergleich wird auf eine richterliche Entscheidung über die geltend gemachten Rechtsansprüche verzichtet und statt dessen der Streit durch gegenseitiges Nachgeben beigelegt<sup>460</sup>. Damit bietet der gerichtliche Vergleich die Möglichkeit zu einer Erweiterung der Verhandlungsgrundlage um Interessen außerhalb der jeweiligen Rechtspositionen und fördert damit auch die *Rückbesinnung auf ursprüngliche Kooperationsinteressen*<sup>461</sup>. Im Gegensatz zum Sühne- und zum Schlichtungsverfahren ist der Vergleich indessen bereits Teil des kontradiktorischen Zivilverfahrens, bei welchem formalrechtlich gesehen eine diskursive Streitbeilegung nicht mehr im Vordergrund steht. Immerhin stützt aber die Rechtsordnung den gerichtlichen Vergleich und somit die friedliche Streitbeilegung insoweit, als ihm die gleiche Rechts-

---

<sup>458</sup> Tobler, zitiert in: Trümpy, S. 69.

<sup>459</sup> So kommt der Schlichtungsbehörde in Kündigungsschutzsachen und Hinterlegungsstreitigkeiten i.S.v. Art. 259g ff. OR bzw. Art. 273 OR beim Scheitern des Einigungsversuches Entscheidungskompetenz zu, was der ihr zugewiesenen Zielsetzung (Schlichtung) widerspricht.

<sup>460</sup> Zum Begriff des Vergleichs siehe BGE 95 II 423 E. 2b: Der Vergleich ist ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitiger Zugeständnisse beseitigt wird. Ähnlich auch die Legaldefinition in § 779 I BGB. Hierzu ist allerdings festzuhalten, daß auch eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug in die Form eines Vergleichs gekleidet werden kann. Siehe dazu Higi, S. 44 f. Von einem gerichtlichen Vergleich wird dann gesprochen, wenn ein solcher vor dem Gericht geschlossen wird oder er von diesem genehmigt wird. Siehe Guldener, S. 394. Zu den Merkmalen des außergerichtlichen Vergleichs siehe Gauch, aussergerichtlicher Vergleich, S. 4 ff.

<sup>461</sup> Röhl (S. 279 ff.) sieht deshalb in der Institution des Prozeßvergleichs einen der Vermittlung und Schlichtung ebenbürtigen Befriedigungsmechanismus.

kraft zukommt wie einem gerichtlichen Urteil.

*dd) Zwischenergebnis*

Zwar weist das materielle Vertragsrecht für den Fall von Leistungsstörungen keine relationalen Elemente auf. Indessen bestehen auf der Ebene des Verfahrensrechts bereits im geltenden Recht Möglichkeiten für eine diskursive, auf Kompromiß ausgerichtete vertragliche Konfliktlösung und somit gewisse Korrekturen zum rein individualistisch geprägten Recht der Leistungsstörungen.

Allerdings sollte nicht übersehen werden, daß bei allen dargestellten Verfahrensarten die Anspruchsnormen des materiellen Rechts nicht ausgeblendet werden<sup>462</sup>. Je klarer die Rechtslage und je niedriger das Kostenrisiko der Rechtsdurchsetzung, desto geringer ist im Regelfall auch die Bereitschaft zum Eingehen auf die Bedürfnisse der Gegenseite, wenn nicht andere Interessen, etwa die Fortführung des Vertragsverhältnisses, die Berücksichtigung dieser Bedürfnisse notwendig erscheinen lassen<sup>463</sup>.

Weiter besteht die Schwierigkeit, daß die Verantwortung für die Ausschöpfung der mediativen Elemente bei den dargestellten Verfahren primär bei den *Parteien* liegt. Diese werden sich aber gemäß relational-feministischer These bei ihrer Herangehensweise an den Streit an *geschlechtsspezifischen* Mustern orientieren: *Im Ergebnis obliegt die Verwirklichung einer beziehungs- und kompromißorientierten Auseinandersetzung der 'weiblich-relationalen' Partei, die ihr Interesse an einer Entschärfung der Konfrontation gerade aufgrund ihrer Verhaltensweise gegenüber einer 'männlich-konfrontativ' agierenden Gegenpartei häufig nicht durchsetzen wird.*

Sodann spricht gegen den durchschlagenden Erfolg der erwähnten

---

<sup>462</sup> Die Orientierung an Rechtsnormen zeigt sich besonders deutlich beim gerichtlichen Vergleich. Das Vergleichsgespräch findet meist nach Beendigung der Parteivorträge statt, wobei das Gericht die Rechtslage vorläufig absteckt und die Prozeßrisiken (einschließlich der Beweisschwierigkeiten) erläutert. Der Hauptbeweggrund für den Abschluß des Vergleiches sind dann meist die Unsicherheit über den Bestand eines Rechtsanspruchs oder die Kosten seiner Durchsetzung, und nicht das neu geweckte Bedürfnis nach Harmonie. Vgl. dazu insb. *Higi* (S. 45), der den Vergleich als Konsens der Parteien über Recht und (Durchsetzungs-)Risiko bezeichnet. Ähnlich *Strecker*, S. 99.

<sup>463</sup> Vgl. zur erhöhten Kompromißbereitschaft bei Dauerschuldverhältnissen *Higi*, S. 67 f. *Röhl*, S. 286 ff.

Verfahren aus relational-feministischer Sicht, daß sie im Zeitpunkt der rechtssoziologischen Untersuchungen, die ein tendenziell distanzierendes Verhältnis von Frauen zum Recht und zu rechtlich strukturierten Konfliktlösungen diagnostizierten, schon etabliert waren. Das Unbehagen gegenüber den rechtlichen Prozessen wurde aber von den befragten Frauen nicht differenziert, sondern allgemein – also unter Einschluß der friedlichen Streitbeilegungsmechanismen – geäußert. Diese kritische Distanz liegt einerseits daran, daß *Gerichte und gerichtsnahe Instanzen traditionsgemäß männliche Arenen mit männlichen Umgangsweisen und Einstellungen sind*. Studien in vierzehn US-amerikanischen Bundesstaaten, die Mitte der achtziger Jahre durchgeführt wurden, kommen zum Schluß, daß die Männlichkeit des Rechtsdiskurses keineswegs überwunden ist: Frauen wird generell weniger und vor allem weniger aufmerksam zugehört, ihre Standpunkte werden weniger ernst genommen und ihre Glaubhaftigkeit wird eher bezweifelt<sup>464</sup>. Auch in der Bremer Studie berichteten Frauen von Diskriminierungen vor Gericht<sup>465</sup>. Doch auch wenn die Justiz weniger weiblich ist, als dies ihr Name suggeriert, so vermögen diese Ungleichbehandlungen für sich genommen den Befund eines teils einstellungsmäßigen und teils erlebten Rechtsverzichts von Frauen nicht zu erklären<sup>466</sup>. Es bleibt somit beim aus relational-feministischer Warte thematisierten Riß zwischen der weiblichen Wertorientierung und dem auf männliche Werte und Interessen ausgerichteten Rechtssystem.

---

<sup>464</sup> Trömel-Plötz, S. 116 ff. Zu diesen *gender task forces on bias in the courts* ausführlich Resnik, S. 952 ff.

<sup>465</sup> Vgl. die Auszüge von Gesprächen mit Frauen bei Lautmann, Rechtsbewußtsein, S. 186: „[W]enn der Gerichtssaal voll mit Männern sitzt, die ständig hin- und herberaten – wenn da eine Frau zurechtkommt wie ein Mann, die muß einen tollen Eindruck machen, die muß gut reden, die muß anziehend sein...“ „Die haben mich für eine Frau gehalten, die eine Lügengeschichte bringt – ich kam mir vor Gericht wie eine Angeklagte vor; das war eigentlich der größte Schock: daß das Recht da eine Lücke hat.“

<sup>466</sup> Für einen Erklärungsversuch vgl. Gerhard, Rechtsmeinungen, S. 228: „Das distanzierende und problematische Verhältnis der Frauen zum Recht erklärt sich aus ihrer vielfältigen Erfahrung, daß Recht nicht nur als männlich gilt, sondern auch vorwiegend männliche Normen und Interessen verkörpert ... Das Rechtsbewußtsein von Frauen ist durch ihre Unrechtserfahrung geprägt... [Der Lebenszusammenhang von Frauen] blockiert die Wahrnehmung eigener Rechte oder sperrt sich gegen die Durchsetzung von Gleichberechtigung im Sinne einer bloßen Anpassung an männliche Lebensweisen und Gesetzeslagen.“

**d) Ergebnis zum geltenden Vertragsrecht – Defizite aus relational-feministischer Sicht**

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß sich im Hinblick auf das schuldvertragsrechtliche Rationalitätskonzept und dessen materialistisches Verantwortlichkeitsprinzip keine Ansatzpunkte für eine 'Relationalisierung' finden. Dagegen lautete der Befund bezüglich des im Rahmen der vertraglichen Konfliktlösung vorausgesetzten Anspruchsdenkens und der Konfliktbereitschaft, daß zumindest auf der Ebene der *Durchsetzung* dieser Ansprüche formalrechtliche Korrekturmaßnahmen zur Relativierung dieser Tendenzen bestehen. Allerdings ist diesbezüglich einschränkend festzuhalten, daß geschlechtergerechte Verfahren im relational-feministischen Sinne nicht schon dann bestehen, wenn sie *formal* gesehen Elemente zu einer diskursiven Streitbeilegung enthalten, sondern erst dann, wenn in ihrem Rahmen dem weibliche Diskurs das *gleiche Gewicht* zukommt wie dem männlichen. Diese Gleichstellung der Diskurse findet indessen in der Rechtstatsachenforschung keine Bestätigung.

**3. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung des relational-feministischen Ansatzes *de lege lata***

Angesichts des Befundes, daß eine Anreicherung des vertraglichen Rationalitäts- und Verantwortlichkeitskonzepts um weiblich konnotierte Werte nicht stattgefunden hat, bleibt zu fragen, ob auf der Grundlage des geltenden Rechts durch Nutzung von Interpretationsspielräumen der relational-feministische Kritik vermehrt Rechnung getragen werden kann (a, b). Auch in bezug auf das vertragliche Anspruchsdenken bleibt zu untersuchen, ob dem geltenden Recht nicht zusätzliche Elemente zur Relativierung dieser Tendenzen entnommen werden könnten, wobei diese – wie bereits ausgeführt – auf der Ebene des Verfahrensrechts zu suchen sind (c).

**a) Rationalitätskonzept**

Das einseitig orientierte Rationalitätskonzept des Schuldvertragsrechts, das in Leitbildern wie der 'vernünftigen Person' seinen Niederschlag findet, könnte bereits im Rahmen des geltenden Rechts um die relational-feministische Perspektive erweitert werden. *Ein individualistisches*

*Verständnis der 'vernünftigen Person' ist keineswegs zwingend, sondern lediglich Ausdruck einer Wertung, welche der Überprüfung und Korrektur zugänglich ist.* Besonders deutlich zeigt sich dies im Falle des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Bereits heute bejaht ein Teil der Literatur die Schutzwirkung gestützt auf eine ergänzende Vertragsauslegung. Diese Literaturstimmen gehen davon aus, daß eine vernünftige Vertragspartei eine Vereinbarung so verstehen muß, daß Dritte, die für sie in einem erkennbaren Näheverhältnis zur anderen Vertragspartei stehen, von den vertraglichen Schutzpflichten erfaßt werden<sup>467</sup>. Ein solches erweitertes Rationalitätskonzept steht im übrigen auch hinter einer Bejahung der Drittschutzpflicht aufgrund eines gesetzlichen Schutzverhältnisses<sup>468</sup> oder aufgrund von Treu und Glauben<sup>469</sup>, da auch diesen Begründungen letztlich der Anspruch zugrundeliegt, daß die Ausdehnung der Schutzpflicht durch den Vernünftigekeitsanspruch des Schuldvertragsrechts gedeckt sei. Somit kann im Rahmen der geltenden Rechtsordnung auch dem relationalen Anliegen einer Einbeziehung von der Vertragspartei nahestehenden Personen in den vertraglichen Schutzbereich Rechnung getragen werden.

Wie würde aus relational-feministischer Sicht eine Neuformulierung des Vernunftbegriffs und sodann auch des Leitbilds der 'vernünftigen Person' insgesamt aussehen? Der Vernunftbegriff ist für unterschiedliche Rationalitätskonzepte offen<sup>470</sup>. Das relational-feministische Ziel

---

<sup>467</sup> So z.B. Bucher, AT, S. 484; Honsell-Gonzenbach, N 23 zu Art. 112 OR; ähnlich Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Rz. 4049. Auch Graf (S. 301 ff.), der unter Rückgriff auf das Vernünftigekeitsprinzip der Entscheidungstheorien danach fragt, ob nutzenmaximierende Vertragsparteien einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zustimmen würden, bejaht diese Fälle der Schutzwirkung. Denn seiner Meinung nach entstehen dem Verpflichteten keine zusätzlichen Kosten, wenn vertragsfremde Dritte ihn für Pflichtverletzungen in Anspruch nehmen können, für die er bereits gegenüber der anderen Vertragspartei haftete. Nur stellt sich m.E. die Frage, ob die Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten nicht doch als Kostenfaktor zu berücksichtigen ist. Denn mit ihr steigt das Risiko, daß man für den verursachten Schaden vertraglich haften muß, mit allen damit verbundenen Nachteilen (Beweislast, Verjährung, Hilfsgesellenhaftung). Mehr zu Graf oben S. 127 f. (1.a.ee., Zwischenergebnis).

<sup>468</sup> Siehe BK-Kramer, N 142 ff., Einl. zum OR, m.w.N.

<sup>469</sup> H.P. Walter, S. 290.

<sup>470</sup> Vgl. nur den Titel der von Apel herausgegebenen Aufsatzsammlung 'Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten.' Vgl. weiter Weisshaupt, S. 153: „Vernunft wird verschiedenen Rationalitätsformen gegenübergestellt. ... Als Ratio-

liegt darin, die Gleichsetzung von Vernunft und pragmatischer Rationalität als Produkt der Neuzeit zu benennen und somit seine historische Kontingenz offenzulegen<sup>471</sup>, um dann in einem zweiten Schritt eine Erweiterung des Vernunftbegriffes um die (sinnlichen) Dimensionen der gegenseitigen Fürsorge, der Verantwortung und des Aufeinandereingehens vorzunehmen<sup>472</sup>. Angestrebt wird eine „emotionale Vernunft“<sup>473</sup>. Bei dieser handelt es sich um eine „flexible und offene Vernunft, die 'Einsicht, Humanität, auf-Gründe-hören' bedeutet“<sup>474</sup>. Das 'vernünftige Wesen', das ihr vorschwebt, ist eines, „dessen Intellekt sinnliche Erfahrung nicht absondert, sondern einbezieht.“<sup>475</sup> Mit dieser Forderung steht der Relationalfeminismus nicht allein; in seiner Zielsetzung trifft er sich hier mit anderen Ansätzen in der Ethik, welche die Überwindung der Trennung von Vernunft und Gefühl anstreben<sup>476</sup>. Kennzeichnend für ihn bleibt allerdings, daß er den geschlechtlichen Aspekt dieser Trennung benennt und sich deren Überwindung für ihn primär als Frage der Geschlechtergerechtigkeit darstellt. Unterstützung erhält die relational-feministische Zielsetzung einer Neuformulierung des Vernunftbegriffes auch durch die Erkenntnisse der Hirnforschung, die auf das Zusammenspiel rationaler und emotionaler Hinfunktionen und somit auf den untrennbaren Zusammenhang von formaler Rationalität

---

nalitätsformen gelten kognitive, ethische, ästhetische, religiöse und technische Rationalität.“

<sup>471</sup> Zu den verschiedenen Paradigmen der Vernunft in der Geschichte vgl. *Horkheimer*, Vernunft, S. 22 ff.; *ders.*, Kritik, S. 27 ff. Diese Unterscheidung bildet den Ausgangspunkt für *Modelmogs* (S. 39 ff.) feministische Vernunftanalyse. Während *Horkheimer* zwischen der *objektiven* Vernunft der Antike (vernünftig ist, was um seiner selbst willen Vorzüge bietet) und der *subjektiven* Vernunft der Neuzeit (vernünftig ist, wer zu erkennen vermag, was ihm nützt) unterscheidet, ergänzt *Modelmog* diese Kategorien um eine dritte, diejenige der *sinnlichen* Vernunft der Prähistorik (Magik und Religion als Systeme des Denkens).

<sup>472</sup> Siehe *Nagl-Docekal*, Feministische Vernunftkritik, S. 201. So läuft gemäß *O'Neill* (insb. S. 358 f.) auch Kants kategorischer Imperativ nicht auf das Prinzip der Nichteinmischung, sondern auch auf Ermutigung und Unterstützung hinaus.

<sup>473</sup> So der Titel des Buchs von *Meier-Seethaler*, 'Gefühl und Urteilskraft – Ein Plädoyer für die emotionale Vernunft'. Ähnlich *Goleman*, der den Begriff der 'emotionalen Intelligenz' wählt, diesen allerdings insoweit enger faßt als *Meier-Seethaler*, als bei ihm Gefühle vor allem helfen sollen, rationale Erfolgsziele zu verwirklichen.

<sup>474</sup> *Bennett*, S. 232.

<sup>475</sup> *Weisshaupt*, S. 152.

<sup>476</sup> Zu diesen Ansätzen und ihren Vertretern *Meier-Seethaler*, S. 34 ff.

und Emotionalität hinweisen<sup>477</sup>.

Insgesamt ist bezüglich der Neuformulierung des Vernunftbegriffs festzuhalten, daß es nicht darum geht, einen 'individualistisch-männlichen' Vernunftbegriff durch einen 'selbstlos-weiblichen' zu ersetzen, bzw. auf der Stufe des konkreten Rechts die 'vernünftige Person' auf sozialtypisch weibliche Eigenschaften festzuschreiben. Relationalfeminismus fordert nur faire Gleichberücksichtigung auch spezifisch weiblich konnotierter Werte, nicht aber revanchistische Ersetzung männlicher Rechtselemente durch das weibliche Gegenteil. *Damit ist für die vernünftige Person zu fordern, daß sie sowohl sozialtypisch weibliche als auch sozialtypisch männliche Werte repräsentiert, daß sie also Eigeninteressiertheit mit sozialer Verantwortung und Beziehungsdenken verbindet.* Welche dieser gegenläufigen Charakteristiken im Einzelfall die Kriterien der Vernünftigkeit dominiert, läßt sich abstrakt nicht beantworten. In der Schutzpflichtenfrage wird die besondere Intensität der Verantwortung den Ausschlag zugunsten einer verantwortungsgeprägten vernünftigen Person geben, so daß hier alle Parteien vernünftigerweise davon ausgehen müssen, schutzbedürftige Dritte in besonderer sozialer Nähestellung seien in den Schutzbereich des Vertrages mit einbezogen. Im Kinderarzt-Entscheid wäre anhand der Tatumstände neu zu beurteilen, ob der als vernünftig und objektiv gebotene Verhaltensmaßstab wirklich durch eine distanziert kalkulierende Nüchternheit geprägt sein darf, oder ob nicht angesichts der besonderen Umstände der Verunsicherung eine weniger aggressive Verfolgung von Interessen noch den Sorgfaltsmaßstab einer auch relational verstandenen vernünftigen Person erfüllt.

Insgesamt ist also überall, wo die 'vernünftige Person' als Auslegungshilfe herangezogen wird, eine relational-feministische *Umdeutung* dieser Figur vorzunehmen<sup>478</sup>. Dasselbe ist grundsätzlich für alle inter-

---

<sup>477</sup> Der Hirnforscher *Damasio* kommt zum Schluß, daß die meisten Gefühle auf rationaler Informationsverarbeitung beruhen, während umgekehrt rationale Entscheidungsmechanismen immer auch auf Gefühlen basieren; vgl. *Damasio*, S. 123 ff.; 179 ff.; 232 ff. Vgl. hierzu auch *Goleman*, S. 36 ff., S. 48. Für Nachweise ähnlicher Forschungsergebnisse vgl. *Meier-Seethaler*, S. 185.

<sup>478</sup> Dasselbe hätte bei der Festlegung des vertragsrechtlichen Haftungsmaßstabes zu gelten, bei dem aus relational-feministischer Sicht die einseitige Orientierung an ökonomischer Effizienz problematisch ist. Hier schlägt etwa *Bender* eine dem relationalen Feminismus verhaftete Alternative zum geltenden haftungsrechtlichen Sorgfaltsmaßstab vor, der in den Konzepten der Beziehungsorientiertheit (*interconnectedness*), Verantwortlichkeit (*responsibility*) und Sorge (*ca-*

pretationsoffenen Begriffe des Vertragsrechts zu fordern, denn wo Interpretationsspielräume bestehen, können diese für das relational-feministische Anliegen fruchtbar gemacht werden. Das Vertragsrecht hält insbesondere mit seinen Generalklauseln ein Instrumentarium bereit, welches für soziale Werte und Wertungen offen ist und ihnen im Falle ihrer Rezeption Rechtscharakter verleiht. So kann beispielsweise für die Inhaltskontrolle von Verträgen auch der familiäre Solidaritätsgrundsatz herangezogen werden, um das Beziehungsdenken unter Angehörigen angemessen einzubeziehen, statt diesem mit dem sonst üblichen juristischen Schulterzucken und dem Hinweis auf die individuelle Selbstverantwortung zu begegnen. Wie es erste Ansätze in der deutschen Rechtsprechung zeigen, eignet sich zumindest die privatrechtliche Generalklausel der guten Sitten, um eine umfassende Relationalisierung der Rechtsfiguren *de lege lata* möglich zu machen<sup>479</sup>.

#### b) Materialistisches Verantwortlichkeitsprinzip

Aus relational-feministischer Sicht fragt sich, ob nicht der Schuldvertrag durch eine andere Auslegung des geltenden Rechts gleichermaßen als Sozialbeziehung wie auch als Austauschverhältnis gesehen werden

---

*ring*) wurzelt. Vgl. *Bender*, *Feminist Theory and Tort*, S. 31.

<sup>479</sup> Vgl. aus der deutschen Rechtsprechung etwa BGH NJW 1994, S. 1278, 1341: „Veranlassen Eltern hauptsächlich aus eigenem Interesse ihre geschäftsunerfahrenen Kinder, eine Bürgschaft zu leisten, die deren voraussichtliche Leistungsfähigkeit bei weitem übersteigt, so verletzen die Eltern in der Regel ihre familienrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 1618a BGB) und handeln wider die guten Sitten. Hat die Gläubigerbank ein solches Handeln der Eltern gekannt oder grobfahrlässig außer Acht gelassen, kann die Bürgschaft nach § 138 (Sittenwidrigkeit) nichtig sein.“ Im gleichen Sinne OLG Koblenz, NJW-RR 1994, S. 682: „Die Mitverpflichtung der Ehefrau für einen Unternehmenskredit des Ehemannes ist da Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsmacht, wenn die Bank diese zusätzliche Sicherheit in Ausnutzung der ehelichen Hilfsbereitschaft der am Unternehmen nicht beteiligten einkommens- und vermögenslosen Ehefrau verlangt hat.“ Für eine Übersicht der Rechtsprechung der Zivilgerichte nach dem Bürgschaftsentscheid des Bundesverfassungsgerichts vgl. *Pape*, S. 1006 ff.; *Belser*, S. 433 ff. Analog zu dem für den BGH für die Eltern-Kind Beziehung maßgeblichen § 1618a BGB könnte eine solche Rechtsprechung in der Schweiz auf Art. 272 ZGB gestützt werden. Für nichteheliche Lebensverhältnisse steht Art. 4 ZGB zur Verfügung. Für das deutsche Recht vgl. *Schmidt-Salzer*, Bl. 1640. Für das schweizerische Recht vgl. *D. Schwab*, *Beistand und Rücksicht*, S. 648 ff.

kann. Damit würde die vertragsrechtliche Verantwortlichkeit sowohl bedeuten, daß man einander keinen Schaden zufügen soll (*neminem laedere*), als auch, daß man einander nicht enttäuschen darf (*neminem demerere*). Diese Verantwortlichkeit kann eigentlich nur im Persönlichkeitsrecht verortet werden, denn dieses schützt die Vertragspartei in ihren wesentlichen Eigenschaften und damit auch in ihrer psychischen Integrität. Hinzu kommt, daß der Schutz der Persönlichkeit als vertragsimmanente Nebenpflicht eines jeden Schuldvertrages zu sehen ist<sup>480</sup>.

Einer Interpretation des Art. 49 OR im Sinne einer *Gleichstellung* der Voraussetzungen zur Geltendmachung einer Persönlichkeitsverletzung und eines Vermögensschadens steht aber der Wortlaut der Gesetzesbestimmung entgegen. Diese verlangt auch nach der Revision im Jahre 1985 immer noch eine *schwere* Persönlichkeitsverletzung. Auch der Vorentwurf zum neuen Haftpflichtrecht sieht nichts anderes vor<sup>481</sup>. Sprachlich bleibt es bei der Sonderbehandlung emotionaler Beeinträchtigungen, was auf den Ausnahmecharakter solcher Genugtuungsansprüche schließen läßt<sup>482</sup>. Solange aber nicht jede Verletzung des Satzes 'Du sollst nicht enttäuschen' wie ein Verstoß gegen den Satz 'Du sollst nicht schädigen' behandelt wird, bleibt das Vertragsrecht aus relational-feministischer Sicht defizitär.

Somit bleibt es insgesamt bei dem Befund, daß das derzeitige vertragsrechtliche Ausgleichsinstrumentarium von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen die relationalen Werte in der Vertragsbeziehung tendenziell ausblendet und so zu ihrer Abwertung im Vergleich zu den voll kompensationsfähigen materiellen Austauschinteressen führt.

### c) **Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft**

Sowohl das Sühne- als auch das Schlichtungsverfahren und sodann auch der Vergleich sind in einen verfahrensrechtlichen Rahmen eingebettet. Wie stark die einzelnen Verfahrensarten für eine diskursive Streitbeilegung fruchtbar gemacht werden, hängt primär von der tatsächlichen Art der Verfahrensführung ab. Beim Wort genommen könn-

<sup>480</sup> Brunner, S. 204; ähnlich Tercier, Tort moral, S. 132 ff.

<sup>481</sup> Vgl. Art. 11 VE, abgedruckt in ZSR I 116 (1997), S. 412.

<sup>482</sup> Dazu OGer ZH, ZR 94 (1995) Nr. 23. Vgl. weiter Botschaft, BBl 1982 II 681; BK-Brehm, N 7 zu Art. 49; Tercier, Personnalité, Rz. 2056; Sutter, S. 5.

ten Versöhnung, Schlichtung und gegenseitiges Nachgeben (Vergleich) auch in materieller Hinsicht dem relational-feministischen Anliegen entgegenkommen. Notwendig ist in diesem Zusammenhang indessen wohl weniger die Vorgabe einer relationalen Begriffsbestimmung als vielmehr die verstärkte Akzentuierung des Mediationsgedankens, z.B. mittels Schulung der Mitglieder von Gerichten und gerichtsnahen Instanzen.

**d) Ergebnis zu den Möglichkeiten einer Berücksichtigung des relational-feministischen Ansatzes *de lege lata***

Die relational-feministische Forderung nach einer 'Relationalisierung' des individualistisch geprägten Rationalitätskonzepts im Schuldvertragsrecht kann bereits durch die Nutzung von Interpretationsspielräumen erreicht werden. Das schuldrechtliche Rationalitätsverständnis, wie es die hier untersuchte Leitfigur der 'vernünftigen Person' widerspiegelt, kann ohne weiteres um relationale Werte ergänzt werden. Dies führt zu einem Vernunftbegriff, zu dessen Elementen neben der Eigeninteressiertheit auch die Dimension der gegenseitigen Verantwortung und des Aufeinandereingehens gehören. Demgegenüber kann die relational-feministische Zielsetzung einer vertraglichen Verantwortlichkeit, die sich aus Schädigungsverbot und Enttäuschungsverbot als gleichwertigen Komponenten zusammensetzt, im geltenden Recht nicht verwirklicht werden. Es bleibt beim Ausnahmecharakter der rechtlichen Relevanz seelischer Beeinträchtigungen, zu denen die hier thematisierte Enttäuschung über das vertragswidrige Verhalten der anderen Partei gehört. Eine Lösung ist daher *de lege ferenda* zu suchen. Bezüglich der relational-feministischen Forderung nach Verfahren, die im Konfliktfall primär auf die Wiederherstellung der Beziehungsebene zielen, ist schließlich festzuhalten, daß die bestehenden Verfahrensarten *formell* gesehen Raum für eine verstärkte Nutzung kompromißorientierter Elemente lassen. Allerdings ist auch hier zu erwägen, wie diese Nutzung mittels neuer gesetzgeberischer Maßnahmen verstärkt gefördert werden könnte.

**4. Relational-feministische Forderungen *de lege ferenda***

Der vom relationalen Feminismus geforderten Anerkennung und Würdigung weiblicher Differenz im Recht entspricht eine Anreicherung des

Rationalitätskonzepts um beziehungsorientierte Werte, die Gleichstellung materieller und immaterieller Beeinträchtigung sowie eine diskursive Streitbeilegung. Während es für die Abkehr von einem einseitigen Rationalitätsverständnis keiner gesetzlichen Neuordnung bedarf (a), ist eine solche zur Korrektur des materialistischen Verantwortlichkeitsprinzips vonnöten (b). Für eine verstärkt diskursive Streitbeilegung ist sodann die Einführung eines allgemeinen Mediationsgesetzes zu erwägen (c).

#### a) Rationalitätskonzept

Die Überlegungen zum einseitig orientierten Rationalitätskonzept des Schuldvertragsrechts haben bereits ergeben, daß eine Anreicherung vertragsrechtlicher Leitbilder und Generalklauseln um relationale Werte bereits im geltenden Recht möglich ist. Für Reformen des Vertragsrechts wäre nur dann Raum, wenn es sich als sinnvoll erweisen sollte, durch allgemeine Auslegungsregeln gesetzgeberisch eine Relationalisierung vorzugeben. Solche Vorgaben treffen indes auf praktische Bedenken. Sind sie allgemein gehalten, so kann die bezweckte Steuerung nicht wirklich erreicht werden. Faßt man sie konkret, so besteht die Gefahr, daß nur einzelne relationale Elemente (etwa die Rücksichtnahme auf familiäre Bindung) berücksichtigt werden. Es ist darum sinnvoll, die Relationalisierung als eine Aufgabe der Judikatur und der Lehre, nicht dagegen als eine solche der Gesetzgebung anzusehen. So wie die Rechtsfiguren selbst – beispielhaft die der 'vernünftigen Person' – durch die Judikatur entstanden sind, so sollten sie auch durch die Judikatur verändert werden. Dies schließt allerdings nicht aus, daß die Gesetzgebung punktuell eingreift und beispielsweise die hier aufgeworfene Frage einer vertraglichen Schutzwirkung zugunsten Dritter ausdrücklich regelt<sup>483</sup>.

---

<sup>483</sup> Der Vorentwurf zur Revision des Haftpflichtrechtes, der auch eine Neuregelung der Folgen bei Vertragsverletzung beabsichtigt, sieht dies allerdings nicht vor. Vgl. VE zum Haftpflichtrecht, abgedruckt in ZSR 116 I (1997), S. 407 ff. und zu dieser Frage *Gauch*, Vereinheitlichung, S. 336. Zur Relativierung der Frage nach der Anerkennung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch das neue Haftpflichtrecht vgl. oben S. 118 (1.cc.(1), Warum Drittschutzwirkung? a.E.).

## b) Materialistisches Verantwortlichkeitsprinzip

Wollte man ein vertragsrechtliches Enttäuschungsverbot gleich wirksam etablieren wie das Schädigungsverbot, so stehen dem bisher die engen tatbestandlichen Grenzen der Genugtuungsvorschrift des Art. 49 OR im Wege. Diese bedürfen folglich der Änderung. Für die Gleichstellung des Enttäuschungs- mit dem Schädigungsverbot muß Art. 49 OR von seiner Beschränkung auf schwere Persönlichkeitsverletzungen befreit werden:

Art. 49 [Bei Verletzung der Persönlichkeit]

(1) Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Verletzung nicht anders wiedergutmacht worden ist.

(2) Anstatt oder neben dieser Leistung kann das Gericht auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.

Gegen eine solche Regelung könnte eingewendet werden, daß sie zu einer Ausuferung der Genugtuungsansprüche führen würde. Dem ist indes entgegenzuhalten, daß auch eine einfache Persönlichkeitsverletzung einen Eingriff von *gewisser Intensität* bedingt<sup>484</sup>. Auch unter der revidierten Regelung würde also nicht schon die kleinste emotionale Beeinträchtigung einen Genugtuungsanspruch auslösen. Praktikabilitätsgründe stehen dem Vorschlag deshalb nicht entgegen.

Wie verhält es sich mit der übrigen Ausgestaltung des Art. 49 OR aus relational-feministischer Sicht? Die Leistung einer Geldsumme gemäß Absatz 1 hat Subsidiärcharakter: Geld ist nur geschuldet, falls die Verletzung nicht anders wiedergutmacht worden ist. Als andere Wiedergutmacht kommt beispielsweise die Entschuldigung in Frage<sup>485</sup>. Weiter fällt die Notwendigkeit eines finanziellen Ausgleichs auch dann weg, wenn sich die verletzte Person selbst angemessen wehren konnte oder sie sonst Genugtuung erfahren hat, etwa durch die Feststellung ei-

<sup>484</sup> Vgl. OGer ZH, ZR 94 (1995) Nr. 23, S. 77 f.; OGer ZH, Entscheid vom 8. Juli 1997, zitiert in *Frank*, Persönlichkeitsschutz, S. 30; ZK-Egger, N 54 zu Art. 28 ZGB; J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz, S. 52; *Pedrazzini/Oberholzer*, S. 142 f.

<sup>485</sup> *Pedrazzini/Oberholzer*, S. 149; BK-Brehm, N 8 zu Art. 49 OR.

ner Persönlichkeitsverletzung<sup>486</sup> oder durch die strafrechtliche Verurteilung der verletzenden Person<sup>487</sup>. Zudem kann das Gericht gemäß Absatz 2 alternativ oder kumulativ auf eine andere Art der Genugtuung erkennen. Genannt werden etwa die gerichtliche Mißbilligung<sup>488</sup>, die Zahlung an Dritte<sup>489</sup>, die Aushändigung eines bestimmten Gegenstandes, an dem sich die verletzte Person erfreut<sup>490</sup>, die Entschuldigungserklärung<sup>491</sup>, die Organisation einer Reise<sup>492</sup> oder allenfalls die Urteilspublikation.<sup>493</sup>

Der *Subsidiärcharakter der Geldleistungspflicht*, insbesondere aber die Möglichkeit der Zusprechung einer anderen Art der Genugtuung, entspricht der relational-feministischen Zielsetzung. Damit wird nicht behauptet, Geld sei Frauen gänzlich unwichtig. Doch folgt man der relational-feministischen These, daß Frauen der Beziehungsebene tendenziell einen hohen Stellenwert einräumen, und führt man sich zudem vor Augen, daß im sozialtypisch weiblichen Lebenszusammenhang Verantwortlichkeit oft nicht durch Geld-, sondern durch Fürsorgeleistungen wahrgenommen wird, so führt dies dazu, die Kompensation einer erlittenen Verletzung verstärkt auf einer anderen als auf der Geldleistungsebene anzusiedeln.

Indessen zeigt die Praxis, daß sich die Genugtuungsforderungen im Regelfall dennoch auf Geldansprüche beschränken<sup>494</sup>. Im Schrifttum wird denn auch die beschränkte praktische Tragweite der Bestimmung

---

<sup>486</sup> Pedrazzini/Oberholzer, S. 149.

<sup>487</sup> BGE 41 II 445 E. 6; 42 II 596 E. 6; Pedrazzini/Oberholzer, S. 149; BK-Brehm, N 10 zu Art. 49 OR; Tercier, *Personnalité*, Rz. 2057.

<sup>488</sup> BGE 43 II 325; 63 II 187; OGer ZH, SJZ 51 (1955) S. 43 Nr. 19.

<sup>489</sup> BGE 117 IV 275 E. 3e.

<sup>490</sup> ZR 1944 Nr. 157; OGer ZH, SJZ 51 (1955) S. 43 Nr. 19.

<sup>491</sup> Keller/Gabi, S. 131.

<sup>492</sup> Tercier, *Personnalité*, Rz. 2090. Vgl. zu den anderen Genugtuungsleistungen insgesamt BK-Brehm, N 100 ff. zu Art. 49 OR.

<sup>493</sup> Das Bundesgericht hat im Falle der Persönlichkeitsverletzung durch Presseerzeugnisse entschieden, daß die Urteilspublikation nicht eine Art der Genugtuung sondern ein Mittel zur Beseitigung der Störung sei. Vgl. BGE 104 II E. 4; BGE 95 II 499 E. 10. Dies bedeutet aber m.E. noch nicht, daß sie in anderen Fällen der Persönlichkeitsverletzung nicht eine Art der Genugtuung darstellen kann. In diesem Sinne auch BK-Brehm, N 103 zu Art. 49 OR.

<sup>494</sup> Vgl. dazu die wenigen zitierten Entscheide über die Alternativen zu einem Geldleistungsanspruch, die zudem - mit Ausnahme von ZR 90 Nr. 23 - allesamt älteren Datums sind.

in Art. 49 II OR hervorgehoben<sup>495</sup>. Obwohl also Art. 49 OR formell gesehen einen großen Spielraum für eine relationale Rechtsanwendung läßt, hat sich eine solche letztlich nicht durchgesetzt. Dabei ist zum Beispiel die Vorstellung, daß sich verletzte Parteien oftmals auch eine Entschuldigung wünschen würden, wohl durchaus realistisch und nicht nur relational-feministische Träumerei. Ernsthaft vorgebracht kann sie zum Rechtsfrieden beitragen. Aber auch in den Fällen, in denen es bei einem Lippenbekenntnis bleibt, ist noch nicht gesagt, daß nicht wenigstens die Gewißheit, daß die Schädigerin sich entschuldigen mußte, einen gewissen Genugtuungseffekt hat. Dies um so mehr, als in manchen Fällen eine Entschuldigung schwerer fällt als eine Geldzahlung. In diesem Zusammenhang sei auf den Vorschlag von VÖGELI hingewiesen, die als Genugtuung bei sexueller Belästigung die Pflicht des Belästigers vorsieht, sich mit der Problematik auseinanderzusetzen, etwa durch Lesen und Zusammenfassen eines Buches zum Thema<sup>496</sup>.

Solche zugegebenermaßen unorthodoxen Arten der Genugtuung scheinen aber in einem Kontext, in dem es um *das Recht* geht, auf erste Sicht deplaziert. Gleich wie bei den formal diskursiven Verfahren der Streitbeilegung zeigt sich auch hier, daß *trotz der Offenheit des formalen Rechts für relationale Werte deren Anerkennung in der Rechtswirklichkeit nur zögerlich voranschreitet*. Um so mehr könnte hier die Befreiung des Genugtuungsanspruchs vom Erfordernis der Schwere der Persönlichkeitsverletzung für die relational-feministische Zielsetzung zuträglich sein. Denn wenn jede Persönlichkeitsverletzung Genugtuungsansprüche auslöst und sich die Gerichte entsprechend häufiger mit Klagen konfrontiert sehen, bei denen sie eine Persönlichkeitsverletzung bejahen müßten, so könnte ihre Kompetenz, statt auf einen Geldanspruch auch auf eine andere Art der Genugtuung zu erkennen, den Weg für diese anderen Genugtuungsansprüche ebnen.

### c) **Anspruchsdenken und Konfliktbereitschaft**

Auf der Verfahrensebene ist im Hinblick auf die relational-feministische Forderung nach einer diskursiven statt konfrontativen Streitbeilegung die Einführung eines *allgemeinen Mediationsgesetzes* zu erwägen. Über

---

<sup>495</sup> Vgl. BK-Brehm, N 99 zu Art. 49 OR; Tercier, *Personnalité*, Rz. 2086; BBl 1982 II 682.

<sup>496</sup> Vögeli, S. 145.

die terminologische Abgrenzung zwischen Mediation und den verschiedenen rechtlich etablierten Konfliktlösungsverfahren sowie über den Begriff der Mediation selbst herrscht in der Literatur keine Klarheit<sup>497</sup>. Generell gilt als Mediation, wenn ein neutraler Dritter (Mediator) ohne Entscheidungsgewalt oder Zwangsmittel versucht, den Parteien auf dem Weg zu einer Einigung zu helfen<sup>498</sup>. Terminologisch ist zwischen der Mediation als Institution und der Mediation als Methode zu unterscheiden<sup>499</sup>. Mediation als *Methode* umfaßt lediglich die Anwendung mediativer Elemente, also solcher Elemente, die das Verhandeln auf Interessen- statt auf (Rechts-)positionsebene, die Ausschöpfung der Optionen zum beidseitigen Vorteil sowie die Besinnung auf Orientierungshilfen außerhalb rechtlicher Normen fördern<sup>500</sup>. Mediation als *Institution* bezeichnet demgegenüber einen strukturierten Prozeß der Vermittlung in Anwendung der obengenannten Grundsätze<sup>501</sup>. Mediation findet auch keineswegs nur bei zivilrechtlichen Streitigkeiten Anwendung; sie wird auch im Strafrecht und bei verwaltungsrechtlichen Konflikten erprobt<sup>502</sup>.

---

<sup>497</sup> Vgl. *Mähler/Mähler*, Mediation, S. 35 ff. So beschränkt *Bräm* (S. 51) den Begriff und die Anwendung von Mediation auf die freiwillige Diskussion über die Modalitäten der Scheidung, während *Mazars* (S. 320 ff.) bei allen Verfahren, denen ein Gütegedanke zugrunde liegt, von Mediation spricht. *Breidenbach* (S. 295 ff.) sodann bezeichnet auch das mietrechtliche Schlichtungsverfahren trotz seiner Entscheidungsbefugnis und seiner Orientierung an Rechtsnormen noch als Mediation. In den USA wird schließlich unter *mediation* und *mediation courts* unter anderem der obligatorische Sühneversuch vor Beginn bzw. Fortsetzung eines Verfahrens in Familiensachen verstanden, also ein mit dem schweizerischen Sühneverfahren praktisch identisches Verfahren. Vgl. zur amerikanischen Mediation *Sander*, S. 19 ff.

<sup>498</sup> *Breidenbach*, S. 7 f., 137. *Cardia-Vonèche/Bastard*, S. 22. Ähnlich auch die Definition des Instituts für Mediation in Zürich, zitiert in *Bösch*, S. 105.

<sup>499</sup> Zur Unterscheidung siehe *Mähler/Mähler*, Mediation, S. 45.

<sup>500</sup> Vgl. *Carbonnier*, S. 15 f. Solche Orientierungshilfen sind vor Gericht nicht anerkannte bzw. nicht durchsetzbare, 'personenorientierte' Normen, die soziale oder moralische Wertvorstellungen enthalten, wie etwa der Familienzusammenhalt, die gute Nachbarschaft, die gegenseitige Hilfe und Rücksichtnahme. Siehe dazu *Breidenbach*, S. 155.

<sup>501</sup> Entsprechend wird bei der Mediation als Institution die Lösung nicht vordergründig in absolut formulierten Rechtsnormen, sondern vermehrt in der Billigkeit gesucht, vgl. *Mähler/Mähler*, Mediation, S. 35 ff.

<sup>502</sup> Zur Mediation im Strafrecht vgl. etwa *M. Walter u.a.*, S. 201 ff. Zur Mediation im Verwaltungsrecht vgl. *Holzner*, S. 147 ff. Speziell zum Umweltrecht *Ramsauer*,

Im Rahmen des Zivilrechts kann im Sühneverfahren eine Annäherung an den Mediationsgedanken gesehen werden. Als ein allgemeines privatrechtliches Mediationsverfahren *de lege ferenda* könnte man auf der prozeßrechtlichen Ebene an ein Verfahren denken, das – wie das Genfer Vermittlungsverfahren<sup>503</sup> – zu jedem beliebigen Zeitpunkt des Konfliktes eingeschaltet werden kann, wobei dieses dann aber aus dem gerichtlichen Prozeß ausgegliedert und mit Hilfe einer Mediatorin oder eines Mediators geführt würde<sup>504</sup>. Der Schwerpunkt würde dabei auf dem Verständnis für die Interessen der Gegenpartei und der beidseitigen Förderung der Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit liegen<sup>505</sup>. Die Zielsetzung eines solchen allgemeinen Mediationsverfahrens im Hinblick auf die relational-feministisch angestrebte Entschärfung der Konfliktbereitschaft könnte darin liegen, ungenutzte Diskurspotentiale zu aktivieren, statt mit dem bisher rechtlich dominanten Anspruchsdenken die gerichtliche Lösung im Konfliktwege zu suchen.

Mit einem solchen Gesetz, wollte man es *de lege ferenda* durch entsprechende Änderungen der kantonalen Zivilprozeßordnungen auch in der Schweiz einführen<sup>506</sup>, würde über das Sühneverfahren hinaus ein An-

---

S. 161 ff.

<sup>503</sup> Vgl. Art. 53 ZPO GE: „Dans toutes les causes qui, d'une manière générale, leur paraissent de nature à être conciliées après leur introduction, les tribunaux du canton en matière civile doivent, en tout état de cause, avant comme après les plaidoiries, convoquer les parties en chambre du conseil, pour les concilier si faire se peut. Les tribunaux peuvent déléguer un de leur membres à cet effet.“

<sup>504</sup> Ein solche Möglichkeit bietet beispielsweise das japanische Schlichtungsverfahren für Zivilsachen, *Tschotei*. Dieses kann entweder auf Antrag einer Partei eröffnet oder vom Gericht überwiesen werden, wobei die Überweisung nach der Beweisabnahme nur noch mit Zustimmung beider Parteien möglich ist. Vgl. zum *Tschotei*-Verfahren *Rokumoto*, S. 390 ff.

<sup>505</sup> Einschlägig *Mähler/Mähler*, *Meditation*, S. 45.

<sup>506</sup> Neben dem japanischen *Tschotei* wird auch in Frankreich ein Gesetz zur Einführung eines allgemeinen Mediationsverfahrens diskutiert. Gleich wie beim japanischen Modell sollen die Zivilgerichte dazu ermächtigt werden, die Behandlung eines Rechtsstreits auszusetzen und diesen an eine Mediatorin oder einen Mediator zu überweisen. Diese sollen als neutrale Personen die Parteien bei ihren Verhandlungs- und Lösungsversuchen unterstützen, selbst aber über keine Entscheidungskompetenz verfügen. Beim französischen Modell untersteht die Mediatorin bzw. der Mediator grundsätzlich der Schweigepflicht und kann das Gericht nur mit der Zustimmung der Parteien über Einzelheiten der Mediationsverhandlung unterrichten. Fehlt es an der Zustimmung der Parteien, darf sie das Gericht nur darüber unterrichten, ob es zu einer Einigung gekom-

reiz zu einer diskursiven Streitbeilegung geboten. Denn anders als im Sühneverfahren, wo nur in Ausnahmefällen eine zweite Verhandlung angesetzt werden kann, stehen bei der Mediation die Parteien nicht unter Zeitdruck, da der Verlauf und das Ergebnis der Verhandlung von den Parteien bestimmt wird<sup>507</sup>.

Allerdings ist die relational-feministische Wirkung dieser Art der Mediation von begrenzter Reichweite. Als Voraussetzung für jedes Einzelverfahren wird nämlich generell verlangt, daß beide Parteien der Durchführung einer Mediation zustimmen<sup>508</sup>. Diese Freiwilligkeit der Teilnahme ist schon aus Gründen der Rechtssicherheit unverzichtbar, da sonst ein Verfahren beliebig oft zu Mediationszwecken ausgesetzt werden kann und somit die klägerische Partei keine Gewähr mehr dafür hat, daß über ihre Klage in einem vertretbaren Zeitrahmen entschieden wird. Im übrigen ist das Element der Freiwilligkeit fundamental für die Idee der Mediation, denn zu einem auf die Parteien ausgerichteten und ihrer Autonomie unterstehenden Verfahren gehört auch die autonome Entscheidung über dessen Beginn und Fortsetzung; ein Zwang zur Harmonie ist nach der Idee der Mediation abzulehnen<sup>509</sup>. Das Mediationsverfahren bietet demnach nur in den Fällen einen geeigneten Rahmen zur Streitbeilegung, in denen beide Parteien – allenfalls nach einer 'Ermunterung' durch das Gericht – den diskursiven Lösungsweg zur Streitbeilegung einschlagen wollen. Ansonsten kann sie von der konfrontativ agierenden Partei durch Zustimmungsverweigerung vereitelt werden. Allerdings könnten zur Förderung des Interesses an einer friedlichen Streitbeilegung auch finanzielle Anreize geschaffen werden. Zu denken wäre an einen vorläufigen Erlaß der Gerichtsgebühren, der nach erfolgreich abgeschlossenem Mediationsverfahren endgültig wür-

---

men ist oder nicht. Auch im *Tschotei*-Verfahren beschränkt sich der mögliche Verfahrensausgang auf die Feststellung eines Zustandekommens oder Nichtzustandekommens eines Vergleichs. Zum französischen Modell siehe *Mazars*, S. 327 f. Zum japanischen Modell siehe *Rokumoto*, S. 390.

<sup>507</sup> *Breidenbach*, S. 143.

<sup>508</sup> Siehe dazu *Mazars*, S. 327 f.

<sup>509</sup> Dies wird insbesondere im Zusammenhang mit der Familienmediation betont, vgl. z.B. *Breidenbach*, S. 272; *Grillo*, S. 1610; *Mähler/Mähler*, Praxis, S. 358; *Rabaa*, S. 122. Allgemein zur Freiwilligkeit als eines notwendigen Elements der Mediation: *Merry*, S. 2058 ff. Vgl. allerdings auch *Paerson/Thoennes* (S. 432), nach deren Untersuchung die erzwungene Mediation keine negativen Auswirkungen zu haben scheint.

Folglich gilt: Ein Mediations- oder Vermittlungsgesetz bietet zwar aus relational-feministischer Sicht eine wünschenswerte Ergänzung des vorhandenen Verfahrensinstrumentariums für die Durchsetzung von vertraglichen Ansprüchen auch im schweizerischen Recht. Dabei soll aber nicht verschwiegen werden, daß die Betonung der 'Frauenfreundlichkeit' der Mediation nicht überall auf Zustimmung stößt<sup>511</sup>. Zudem darf nicht übersehen werden, daß das Interesse an einer friedlichen Lösung als zentrale Vorbedingung eines erfolgreichen Mediationsverfahrens dessen Bedeutung als Instrument zur Verwirklichung einer verstärkt diskursiv und auf Kompromiß ausgerichteten Streitbeilegung relativiert. Denn damit *kann es die eigentlich problematische Fallgruppe, bei der mindestens eine Vertragspartei die Konfrontation zur Durchsetzung eigener Ansprüche wünscht, nicht relational-feministisch lösen*. Hierfür wäre einerseits ein soziales Umdenken in Sachen Konfliktlösung notwendig<sup>512</sup>, andererseits müßten auch die gerichtlichen Verfahren neu überdacht werden, etwa bezüglich einer weitgehenden Entformalisierung und der psychologischen Schulung der Gerichtsmitglieder<sup>513</sup>.

#### **d) Ergebnis zu den relational-feministischen Forderungen *de lege ferenda***

Erste Voraussetzung für die von relational-feministischer Seite geforderte Gleichstellung materieller und emotionaler Beeinträchtigungen ist die Änderung des in Art. 49 OR statuierten Genugtuungsanspruchs dahingehend, daß ein solcher nicht länger nur bei einer schweren Persön-

<sup>510</sup> Ähnliche Überlegungen finden sich bei *Stock*, S. 135.

<sup>511</sup> Kritisch z.B. *Cardia-Vonèche/Bastard*; *Fineman*, *Dominant Discourse*; *Grillo*; *Leitch*.

<sup>512</sup> Vgl. *de Bono* (S. 7), der die bisherigen Modelle zur Lösung von Konflikten „grob und primitiv, unzulänglich und kostspielig, gefährlich und destruktiv“ nennt und einen grundlegenden Wandel im Denken bezüglich Konfliktlösungen fordert. Diese Aussage findet Unterstützung in den Ergebnissen einer psychologischen Studie, bei der die 5507 Testpersonen einer simulierten Einigungssituation in jedem fünften Fall die für beide günstigste Lösung verfehlten. Die Autoren der Studie führen dies vor allem auf das tief verwurzelte Denken in Interessengegensätzen der Testpersonen zurück, die nicht glauben wollen, daß es einen Weg gibt, der in beiderseitigem Interesse liegt. Eine Kurzzusammenfassung der Studie findet sich bei *Paulus*, S. 9 f.

<sup>513</sup> In diesem Sinne *Higi*, S. 78 f.

lichkeitsverletzung geltend gemacht werden kann. Denn damit wird zumindest formalrechtlich die Sonderbehandlung emotionaler Beeinträchtigungen aufgegeben und somit die Berufung auf deren Ausnahmekarakter erschwert. Was die Zielsetzung eines verstärkt diskursiven statt konfrontativen Umgangs mit vertraglichen Konfliktsituationen angeht, wäre mit der Schaffung einer Mediationsstelle, welche zu jedem beliebigen Zeitpunkt des Konfliktes angerufen werden könnte, ein erster Schritt zur relationalen Fortentwicklung weg von der Streitkultur getan.

## 5. Ergebnis zum relational-feministischen Ansatz im Schuldvertragsrecht

Die einseitige Ausrichtung des Schuldvertragsrechts auf männlich konnotierte Werte und Verhaltensmuster lässt sich an einer Reihe von Beispielen aufzeigen; sie belegen die relational-feministische Diskriminierungsthese einer rechtlich gestützten Hierarchisierung der Geschlechterdifferenz. Das geltende Recht enthält bislang kaum Ansätze, die dem relational-feministischen Anliegen Rechnung tragen. Hingegen könnten *de lege lata* über die Leitfiguren und die Generalklauseln des Vertragsrechts sozialtypisch weibliche Werte in das Vertragsrecht hineingetragen und dieses so für das relational-feministische Anliegen fruchtbar gemacht werden. Zudem kann den relational-feministischen Forderungen *de lege ferenda* – beispielsweise mit einer Neuregelung des Genugtuungsanspruches bei Persönlichkeitsverletzungen oder mit der Einführung eines allgemeinen Mediationsverfahrens – zusätzlich Rechnung getragen werden. Darüber hinaus erweist sich der relational-feministische Ansatz als Impuls zur kritischen Überprüfung der dem Recht zugrunde liegenden Wertungen. Denn seine Forderung nach einem verstärkt kontextualisierten Recht lässt neben der weiblichen auch noch andere Dimensionen des sozialen Seins (Status, sexuelle Orientierung) zutage treten, die unter der herrschenden, vermeintlich abstrakten Perspektive des Rechts keine Berücksichtigung finden, aber allenfalls berücksichtigt werden sollten.

Dennoch: *Die Zielsetzung einer Neutralisierung der Geschlechterdifferenz im Vertragsrecht erweist sich insgesamt als schwierig.* Denn auch dort, wo die formalen Rechtsregeln eine Öffnung für relationale Werte erkennen lassen, führt dies in tatsächlicher Hinsicht nicht automatisch zu einer gleichen Anerkennung weiblicher und männlicher Werte. Es lässt sich nicht

darüber hinwegsehen, daß die Rechtsanwendung über weite Strecken hinweg ein *vermachteter Diskurs* ist, in dem der weiblichen Stimme (noch) das notwendige Volumen fehlt, um gehört zu werden. Zudem sieht sich der relationale Feminismus in seiner rechtspolitischen Forderung mit einem weiteren Problem konfrontiert: Das im Liberalismus des 19. Jahrhunderts gründende Schuldvertragsrecht bleibt trotz neuerer Orientierung an sozialstaatlichen Prinzipien<sup>514</sup> stark in seine ursprüngliche Grundhaltung eingebunden. Seine Bezugsfigur ist der eigennützige, autonome, neuerdings auch der sozial schwächere Einzelmensch, nicht aber das selbstlose, fürsorgliche und sich durch Beziehungsdenken auszeichnende Gesellschaftsmitglied<sup>515</sup>. Das Spannungsverhältnis zwischen dem relational-feministischen Ansatz und dem Schuldvertragsrecht liegt somit bereits im *Grundsätzlichen*<sup>516</sup>. Dies bedeutet gleichzeitig, daß sich die relational-feministische Forderungen nach einem 'anderen' Recht nicht ohne weiteres in das geltende Schuldvertragsrecht mit seiner liberal-individualistischen Wertgrundlage einfügen lassen.

---

<sup>514</sup> Siehe BK-Kramer, N 5 ff., Einl. Art. 1 OR; Zäch, Privatrecht, S. 35 ff.

<sup>515</sup> Vgl. dazu Zäch, Privatrecht, S. 4 ff. Für das wenig später (1900) in Kraft getretene BGB vgl. Boehmer, S. 11: „Der Menschentyp, der diesem Rechtszeitalter [des Liberalismus] vorschwebt ... [ist] der in der Aufklärungszeit wurzelnde, möglichst freie und gleiche, einerseits 'vernünftige', andererseits 'eigennützige' und abstrakte Einzelmensch, der homo oeconomicus, gemischt aus Bürger- und Kaufmannssinn.“ Vgl. weiter Brox, Rz 24: „Das BGB weist eine liberalistische, individualistische Grundhaltung auf. Es basiert auf dem wirtschaftlichen Liberalismus.“ Zum Menschenbild im Privatrecht vgl. weiter die zahlreichen Nachweise bei Häberle, S. 50 f.

<sup>516</sup> Zur relational-feministischen Kritik an den liberalen Gesellschaftstheorien, denen vorgeworfen wird, ihr atomistisches Menschenbild (*homo homini lupus*) entspringe der sozialen Situiertheit ihrer männlichen Verfasser und treffe für den weiblichen Lebenszusammenhang weder in physischer noch in sozialer Hinsicht zu, da die Erfahrung der Schwangerschaft und der Fürsorge eine solche Abgrenzung vom Anderen nicht zulasse, vgl. Handlsey, S. 458 ff.; West, S. 7 ff., 20 ff. Zur allgemeinen feministischen Kritik an der Ausklammerung der Geschlechterfrage und des weiblichen Lebenszusammenhangs aus der politischen Theorie vgl. Benhabib, S. 462 ff.; Matsuda, S. 617; Moller Okin, Justice, S. 89 ff.; Pateman, S. 1; I. Young, Impartiality, S. 60 ff.

### III. Radikal-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts – Geschlechterhierarchie in der Vertragswirklichkeit

Nach radikal-feministischer Auffassung funktioniert das Geschlecht als soziale Hierarchie zwischen Männern und Frauen<sup>517</sup>. Recht dient dazu, diese soziale Hierarchie aufrechtzuerhalten: „Der Staat inkorporiert die Ausprägungen gesellschaftlicher Macht im Recht und als Recht.“<sup>518</sup> Die Diskriminierung von Frauen ist also aus radikal-feministischer Sicht nicht lediglich eine (zufällige) Folge verfehlter Rechtsnormen, sondern konsequente Fortsetzung gesellschaftlicher Ungleichheit im Recht. Mit Recht verbindet sich der Anspruch auf Legitimität, was wiederum dazu führt, daß männliche Dominanz über das Recht einen Legitimitätsanspruch erhebt<sup>519</sup>.

Ausgangspunkt der radikal-feministischen Kritik ist die von Frauen erfahrene Machtungleichheit. Angriffspunkt ist die durch Recht gefestigte Geschlechterhierarchie. Dementsprechend versteht der radikale Feminismus das Grundrecht auf Gleichberechtigung als *Hierarchisierungsverbot*<sup>520</sup>. Ziel einer radikal-feministischen Rechtskritik ist es, „mit Hilfe des Rechts die Lebensbedingungen von Frauen anzugreifen, um diese Bedingungen zu verändern“<sup>521</sup>.

Zu den zentralen Themen radikal-feministischer Vertragsrechtskritik gehört, daß Frauen bei ihrer Teilnahme am Vertragsgeschehen einer geschlechtsdifferentialen Ungleichbehandlung ausgesetzt sind, die unter dem Oberbegriff der sexuellen Belästigung zusammengefaßt werden kann<sup>522</sup>. Diese verhindert die Gleichberechtigung von Frauen in der

<sup>517</sup> Vgl. Baer, *Belästigung*, S. 209; MacKinnon, *Feminist Theory of the State*, S. 227.

<sup>518</sup> MacKinnon, *Feministische Jurisprudenz*, S. 4.

<sup>519</sup> *Id.*

<sup>520</sup> MacKinnon, *Sexual Harassment*, S. 116 ff., 174; *dies.*, *Theorie der Gleichheit*, S. 371 ff.; ähnlich Sacksofsky, S. 312 ff., 404 (Gleichberechtigung als Dominierungsverbot). Zum Hierarchisierungsverbot vgl. Baer, *Belästigung*, S. 235 ff.

<sup>521</sup> MacKinnon, *Feministische Jurisprudenz*, S. 8.

<sup>522</sup> Kritisch gegenüber dem Vertragskonzept überhaupt ist Pateman, *Sexual Contract*. Diese sieht im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag einen Geschlechtervertrag: im Gesellschaftsvertrag sei durch den Ausschluß der Frauen von der öffentlichen Sphäre die politische Macht und der sexuelle Zugriff der Männer über bzw. auf die Frauen etabliert worden. Auch die konkreten Verträge würden

Vertragswirklichkeit und stellt somit eine geschlechtsbezogene Diskriminierung dar (1). Nachdem die Rechtsprechung sich im Jahre 1989 erstmals mit einer Klage zu befassen hatte, deren Klagegrund die sexuelle Belästigung war, hat die Gesetzgebung mit dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995 (in Kraft seit dem 1. Januar 1996) explizit auf diesen Diskriminierungstatbestand reagiert. Das geltende Recht benennt die sexuelle Belästigung als Diskriminierung, verortet sie aber im Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB). Das Persönlichkeitsrecht vermag indessen aus radikal-feministischer Sicht auf die Wirklichkeit sexueller Belästigung nicht angemessen zu reagieren (2). *De lege lata* bietet das Vertragsrecht keine Möglichkeit zur Einbeziehung der radikal-feministischen Forderungen in bezug auf ein adäquates Recht gegen sexuelle Belästigung (3). Diesen Forderungen kann daher nur mittels einer Änderung des positiven Rechts Rechnung getragen werden (4).

## 1. Ansatzpunkte der radikal-feministischen Diskriminierungsthese am Beispiel der sexuellen Belästigung

Der Begriff der sexuellen Diskriminierung ist neueren Datums, das Phänomen indessen mindestens so alt wie die außerhäusliche Erwerbsarbeit<sup>523</sup>. Vorliegend sollen die Erscheinungsformen der sexuellen Belästigung (a) und ihre Folgen für die Vertragswirklichkeit der Betroffenen kurz dargestellt werden (b), um vor diesem Hintergrund eine Begriffsbestimmung vorzunehmen (c).

### a) Zur Erfahrung der sexuellen Belästigung

Frauen, die zum Thema 'sexuelle Belästigung' befragt werden, umschreiben diese meist als einseitige Annäherungen ohne Rücksicht auf die Gefühle der Betroffenen und ohne Sensibilität für Hinweise darauf, ob solche Annäherungen willkommen oder unwillkommen sind<sup>524</sup>. Belästigungserfahrungen umfassen „lästige Blicke, sexistische Sprüche,

---

diesen asymmetrischen Charakter aufweisen. Kritisch dazu Nagl-Docekal, Gleichbehandlung, S. 21 ff.

<sup>523</sup> Dazu eingehend Kuhlmann, S. 5 ff.

<sup>524</sup> Vgl. Holzbecher u.a., S. 28, 49.

vulgäre und peinliche Kommentare, Aufhängen oder Verwenden von pornographischem Material<sup>525</sup>, Berührungen, anzügliche Aufforderungen, Annäherungsversuche mit gleichzeitigem Versprechen von Belohnung oder Androhung von Repressalien, Zwang zum sexuellen Verkehr, sexuelle Aggression und, im Extremfall, Vergewaltigung oder physische Gewalt<sup>526</sup>.

Opfer sind in aller Regel Frauen<sup>527</sup>. Werden Männer sexuell belästigt, so in der Regel durch andere Männer<sup>528</sup>. Anlaß ist in den allermeisten Fällen ihre 'Unmännlichkeit': sie sind homosexuell<sup>529</sup> bzw. werden dafür gehalten oder entsprechen sonst nicht dem gängigen Bild von Männlichkeit<sup>530</sup>. *Sexuelle Belästigung trifft insofern nicht nur Frauen, sondern auch Männer, denen Weiblichkeit zugeschrieben wird*<sup>531</sup>. Aus der Existenz männlicher Opfer oder aus der verschwindend kleinen Zahl weiblicher Täterinnen folgern zu wollen, daß es sich bei der sexuellen Belästigung um ein geschlechtsblindes Phänomen handle, ginge daher an der Realität vorbei. Sexuelle Belästigung bezeichnet ein geschlechtsbezogenes

---

<sup>525</sup> Eines der wichtigsten Kampffelder des Radikal-Feminismus ist die Pornographiedebatte. Die radikal-feministische Kritik zählt jede Form von Pornographie zu den sexuellen Belästigungen im weiteren Sinn, da Pornographie die sexuelle Verfügbarkeit von Frauen suggeriere. Siehe dazu *Abrams*, Gender Discrimination, S. 1212 Fn. 118; *Baer*, Belästigung, S. 25.

<sup>526</sup> *Eidg. Büro für die Gleichstellung*, Belästigung, S. 11. Ähnlich *Holzbecher u.a.*, S. 55; *Plogsted/Bode*, S. 86.

<sup>527</sup> Gemäß Infas-Studie (im Auftrag der Grünen Frauen im deutschen Bundestag, 903 Befragte) machten 3% der befragten Männer Belästigungserfahrungen. 2/3 davon gingen von Männern aus, die Mehrzahl davon von Kollegen. *Plogsted/Bode*, S. 111. Nach Schätzungen der National Association of Working Women werden in 90% aller Fälle Frauen von Männern belästigt, in 9% der Fälle haben Täter und Opfer dasselbe Geschlecht, und in 1% der Fälle werden Männer von Frauen belästigt. *Holzbecher u.a.*, S. 197. Parlamentarische Anhörungen in den USA (1979, 1981) kamen zum Ergebnis, daß für Frauen die Wahrscheinlichkeit einer Belästigungserfahrung dreimal wahrscheinlicher ist als für Männer. *Baer*, Belästigung, S. 28. Vgl. auch *Eidg. Büro für die Gleichstellung*, Belästigung, S. 7.

<sup>528</sup> Siehe die vorangehende Fussnote.

<sup>529</sup> Vgl. *Carreno v. Local Union No. 226*, IBEW, 54 FEP (BNA) 81, 82 (Kansas 1991).

<sup>530</sup> Z.B. *Gluszek v. Smith*, 697 F.Supp 1452 (N.D. Ill. 1988): Einem als schwul bezeichneten Kläger wurde gegen dessen Willen Pornographie gezeigt und es wurde ihm wiederholt gesagt, er solle endlich heiraten und von diesem Zeug abkriegen, welches sich zwischen Frauenbeinen finde.

<sup>531</sup> Einschlägig *Baer*, Belästigung, S. 29 f.

Verhalten, das die Mitglieder der sozialen Kategorie 'Frau' trifft, wobei darunter regelmäßig biologisch weibliche und nur im Ausnahmefall biologisch männliche Individuen fallen.

Aus der Sicht der Belästiger dient die sexuelle Belästigung weniger der Befriedigung eines körperlichen Triebs als vielmehr der *Macht- und Statussicherung*. Sie wird zum Teil eingesetzt, um berufliche Statuskonkurrenzen zu entscheiden; generell soll aber Frauen ihre Minderwertigkeit am Arbeitsplatz demonstriert werden<sup>532</sup>. Das Machtverhältnis besteht verstärkt, wenn es durch ein vertragliches Über- bzw. Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet ist, wie etwa zwischen der Angestellten und ihrem Vorgesetzten im Arbeitsvertrag. Sexuelle Belästigung ist aber nicht auf Fälle der Über- bzw. Unterordnung beschränkt. Die Untersuchungen zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz kommen allesamt zum Ergebnis, daß die Mehrzahl von Belästigungen nicht von Vorgesetzten, sondern von Arbeitskollegen ausgeht<sup>533</sup>. *Sexuelle Belästigung tritt also nicht lediglich innerhalb vertraglicher Über- bzw. Unterordnung, sondern auch in Fällen vertraglicher Gleichstellung auf.*

Daß die sexuelle Belästigung kein marginales Problem darstellt, zeigen die Untersuchungen zum Thema, die übereinstimmend einen sehr hohen Prozentsatz von Frauen ausweisen, die sexuell belästigt wurden<sup>534</sup>.

<sup>532</sup> Vgl. ArGer GE JAR 1992, S. 167; *Eidg. Büro für die Gleichstellung*, Belästigung, S. 69; *Höhland*, S. 290. *Holzbecher*, Belästigung, S. 96 ff. Auf den Punkt bringt es *Farley*, S. 90: „The function of sexual harassment in nontraditional jobs is to keep women out. Its function in the traditional female job sector is to keep women down.“ Zu weiteren Erklärungsmodellen für sexuelle Belästigung siehe *Kuhlmann*, S. 83 ff.; *Hopfgartner/Zeichen*, S. 28 ff.

<sup>533</sup> Für die Schweiz vgl. die Genfer Studie (558 befragte Arbeitnehmerinnen): 52% der Belästigungen gingen von Kollegen, 22% von hierarchisch höher eingestuftem Arbeitnehmern, 15% von betriebsexternen Männern (Kunden, Besuchern) aus. Allerdings stammt die relativ niedrige Zahl von Belästigungen in höheren Positionen auch daher, daß es nicht gleich viele Vorgesetzte wie Arbeitskollegen gibt. Vgl. zur Genfer Studie: *Eidg. Büro für die Gleichstellung*, Belästigung, S. 45. Gemäß Infas-Studie ging die Belästigung in 52% der Fälle von Gleichgestellten, in 35% der Fälle von Vorgesetzten und in 6% von Untergebenen aus. In 11% der Fälle waren Kunden die Belästiger. *Plogstedt/Bode*, S. 92. In einer Befragung des Lehrkörpers einer großen US-amerikanischen Universität gaben 50% des weiblichen Lehrkörpers Belästigungserfahrungen durch Studierende an. *Grauerholz*, S. 31.

<sup>534</sup> Bei der Genfer Studie gaben 72% an, mindestens einmal im Laufe ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit belästigt worden zu sein. Siehe dazu *Eidg. Büro für die*

Dieser stellt sich selbst dann ein, wenn man die geschlechtsspezifische Wahrnehmung des Problems berücksichtigt und nur diejenigen Belästigungserfahrungen rechnet, die von den Befragten *beiderlei* Geschlechts übereinstimmend als belästigend eingestuft wurden<sup>535</sup>. Denn auch bei solchermaßen eingeschränkter Betrachtung ist davon auszugehen, daß

---

*Gleichstellung, Belästigung*, S. 13 ff. Ausländische Studien kommen zu ähnlichen Ergebnissen. Für die Bundesrepublik sind zu erwähnen: die Infas-Studie von *Plogstedt/Bode* (im Auftrag der Grünen Frauen im Bundestag, 903 Befragte), die Studie von *Schneble/Domsch* (für den Hamburger Öffentlichen Dienst) sowie die Bundesstudie von *Holzbecher u.a.* Die Studien weisen eine Betroffenheit bis zu 90% aus, wobei von unterschiedlichen Belästigungs-Definitionen ausgegangen wurde. Für Österreich kommen *Hopfgartner/Zeichen* (1'141 befragte Frauen) auf 81% (leichte Formen eingeschlossen). In den USA, wo die Forschung seit gut 20 Jahren betrieben wird, ist insbesondere hinzuweisen auf die Studie des U.S. Merit Systems Protection Board (Ausschuß zur Überwachung des Anstellungs- und Beförderungssystems im öffentlichen Dienst, Untersuchung 1981, wiederholt 1988 mit 23'000 Befragten und einer Rücklaufquote von 85%), sowie auf *Gutek* (827 Frauen und 405 Männer). Je nach Methode und untersuchtem Arbeitsbereich variiert die Zahl der Belästigungserfahrung zwischen 50% und 75%; vgl. die Zusammenfassung der US-Studien bei *Lafontaine/Tredeau*, S. 433. Die Untersuchung in Großbritannien und Kanada kommen mit 60% bzw. mit 64% zu ähnlichen Ergebnissen. Für Großbritannien vgl. *Hadjifotiou*, für Kanada vgl. *Gosselin*.

<sup>535</sup> Die von *Gutek* durchgeführte Studie ergab unter anderem, daß etwa der gleiche Prozentsatz an Frauen und Männern bestimmte Verhaltensweisen als 'sexuell' einstufen. Bei der Frage, ob diese Verhaltensweise als 'Belästigung' empfunden wurden, divergierten aber die Antworten von Männern und Frauen stark. Insbesondere die Frage, ob einer von Männern wie Frauen als sexuell eingestufte Körperkontakt für sie eine Belästigung dargestellt habe, beantworteten fast doppelt so viele Frauen wie Männer mit 'Ja'. Vgl. *Gutek*, S. 46. Zu ähnlichen Ergebnissen kommen *Schnebele/Domsch* (S. 117 ff.), bei deren Untersuchung schwerwiegende Übergriffe (physische Gewalt, Begrabschen) von beiden Geschlechtern als belästigend qualifiziert wurden, während leichtere (Berührung, Sprüche) von Frauen signifikant häufiger als belästigend eingestuft wurden als von den befragten Männern. In der Infas-Studie stellte für knapp 50% der befragten Männer das Busengrabschen keine sexuelle Belästigung dar. 40% empfanden auch die Aufforderung zum sexuellen Verkehr nicht als sexuelle Belästigung. *Plogstedt/Bode*, S. 109. Auch die eigene Erfahrung mit sexueller Belästigung folgt geschlechtsspezifischen Mustern: Eine Zuschauerbefragung des WDR (2'242 Anrufe ausgewertet) ergab, daß 45% der befragten Männer nicht wußte, ob sie jemals sexuell belästigt hatten und 8% zugaben, bereits einmal belästigt zu haben. Demgegenüber waren sich lediglich 14% der befragten Frauen sicher, daß sie noch nie sexuell belästigt worden waren, während 30% von Belästigungserfahrungen berichteten. *Plogstedt/Bode*, S. 83 f.

jede zweite Frau im Laufe ihrer Erwerbstätigkeit Belästigungen erfahren hat<sup>536</sup>. Die Häufigkeit des Phänomens deutet auf seine 'Normalität' hin<sup>537</sup>. Sexuelle Belästigung ist Teil der Lebenswirklichkeit von Frauen im Erwerbsleben.

## b) Folgen für die Vertragswirklichkeit von Frauen

Die sexuelle Belästigung ist Ausdruck und Ursache einer Perzeption der Frau als Sexualobjekt<sup>538</sup>. Die Botschaft ist so einfach wie demütigend: Sie ruft den Betroffenen ins Bewußtsein, daß sie nicht als Arbeitskolleginnen, Angestellte oder allgemein als Vertragspartnerinnen, sondern eben 'nur' als Frauen wahrgenommen und deshalb belästigt und mißhandelt werden können. Schon die allgegenwärtige Möglichkeit einer Belästigung bleibt nicht ohne Wirkung<sup>539</sup>. Das Phänomen der sexuellen Belästigung verhindert mithin, daß Frauen sich im Erwerbsleben als gleichwertig fühlen können, als gleichwertig wahrgenommen werden und als Gleichberechtigte handeln. Es stellt damit eine Form sachlich unbegründeter Ungleichbehandlung dar<sup>540</sup>. Im *vertraglichen Nähever-*

---

<sup>536</sup> Bei der deutschen Bundesstudie nannten beispielsweise 72% der Befragten Erfahrungen, die von 3/4 der Männer und Frauen als belästigend eingestuft wurden. Holzbecher u.a., S. 29. Daß sexuelle Belästigung von Frauen teilweise als Normalität verinnerlicht wird, zeigt folgendes Beispiel aus der Studie *Farleys*: Eine der befragten Frauen gab an, sie sei noch nie sexuell belästigt worden. Wohl habe sie mit dem Vorarbeiter schlafen müssen, wenn sie die Zuweisung leichter Arbeiten erreichen wollte. So sei es aber allen Arbeitskolleginnen ergangen. Zitiert in: Gutek, S. 45

<sup>537</sup> Vgl. Godenzi, Männerlogik, S. 39: „Die Aufhebung der Normalität der sexuellen Belästigung würde die Arbeitsverhältnisse in bisher nie gesehenem Maße auf den Kopf stellen.“

<sup>538</sup> Vgl. Abrams, Gender Discrimination, S. 1198; Eidg. Büro für die Gleichstellung, Belästigung, S. 68.

<sup>539</sup> Vgl. Benard/Schlaffer, Der Mann auf der Straße, S. 65: „Die ständige Möglichkeit sexueller Anspielungen oder sogar Anforderungen in unerwarteten Zusammenhängen und die Notwendigkeit, die Folgen der eigenen Reaktion ... vorsichtig abzuwägen, hemmen die Konzentrations- und Leistungsfähigkeit von Frauen.“

<sup>540</sup> GIGK-Kaufmann, N 34 zu Art. 4 GIG; Gloor, S. 181; Trachsler, S. 208 f. Siehe weiter ArGer GE, JAR 1992, S. 167: „La société défendresse a toléré que pour les femmes, et pour elles seules, le harcèlement sexuel devienne élément inhérent à leur contrats de travail, créant ainsi dans l'entreprise, en matière de travail, et en

*hältnis* wirkt diese Ungleichheit verstärkt, da die Verpflichtung zur Erfüllung bestimmter Leistungsansprüche die Ausweichmöglichkeiten der Betroffenen reduziert oder gar eliminiert.

Die konkreten Folgen sexueller Belästigung sind psychischer, physischer und ökonomischer Natur<sup>541</sup>. Neben Ängste und Verunsicherungen treten Depressionen und Konzentrationsschwächen sowie körperliche Beschwerden wie Magengeschwüre oder Schlaf- und Eßstörungen<sup>542</sup>. Nicht selten kündigen betroffene Frauen das Arbeitsverhältnis, was den Karriereverlauf unterbricht und in Zeiten der Rezession sogar existenzbedrohend sein kann<sup>543</sup>. Mit Kündigungen müssen auch diejenigen Frauen rechnen, die sich innerbetrieblich gegen sexuelle Belästigung zur Wehr setzen<sup>544</sup>. Die Kosten für die gesundheitlichen Schäden

---

violation de l'art. 4 al. 2 1ère phrase Cst. féd., *une discrimination fondée sur le sexe.*“

<sup>541</sup> Zum Ganzen *Baer*, Belästigung, S. 36. Eine Zusammenstellung US-amerikanischer Studien zu den Folgen sexueller Belästigung findet sich bei *K. Hanisch*, S. 174 ff.

<sup>542</sup> Vgl. ArGer GE, JAR 1992, S. 166 ff. (Depressionen). Zum Ganzen *Holzbecher u.a.*, S. 215. Vgl. auch das Quellenmaterial bei *K. Hanisch*, S. 181 ff.

<sup>543</sup> Vgl. Trib. Cant. VD, JAR 1993, S. 214 f. Gemäß der deutschen Bundesstudie kündigten 6% der betroffenen Frauen ihre Arbeitsstelle. Siehe *Holzbecher u.a.*, S. 32. Gemäß der Infas-Studie haben 8% der belästigten Frauen die Arbeitsstelle gekündigt. *Plogstedt/Bode*, S. 97. *Guttek* verzeichnet in ihrer Untersuchung eine Kündigungsrate seitens der Frauen von 9.1%. Ca. 5% stellten ein Versetzungsbegehren. Im Rahmen des Hearings des US-Repräsentantenhauses über sexuelle Belästigung wurden die Ergebnisse einer Studie der Universität Vermont vorgestellt, welche auf einen Kündigungsanteil von 22% kam. Zitiert in: *Plogstedt/Bode*, S. 101. In einer Anlaufstelle für belästigte Frauen in den USA gaben 24% der 92 befragten Frauen an, sie seien nach einer Beschwerde über die Belästigung entlassen worden. 42% wurden zur Kündigung aufgefordert. Zitiert in: *K. Hanisch*, S. 185. Siehe weiter *Kuhlmann*, S. 25 f.

<sup>544</sup> Vgl. Chambre d'app. GE, JAR 1990, S. 183 ff. Andere Beispiele, publiziert in BfG ZH, S. 10: Eine Arbeitnehmerin wurde fristlos entlassen, nachdem sie die Versetzung in einen anderen Arbeitsraum verlangt hatte, da sie sich belästigt fühlte. Das Arbeitsgericht verneinte das Vorliegen wichtiger Gründe (Art. 337 OR) seitens des Arbeitgebers und sprach der Arbeitnehmerin eine Entschädigung zu. Oder: Mehrere Frauen wurden wegen Zuspätkommens fristlos entlassen. Im Verfahren wegen mißbräuchlicher Kündigung konnten sie beweisen, daß sie sich gegen ein frauenfeindliches Klima und die Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrages gewehrt hatten. Sie konnten aber keinen Beweis erbringen, daß dies der wahre Grund für die Kündigung war, weshalb die Mißbräuchlichkeit der Kündigung verneint wurde. Einzig die Klage der gewerkschaftlichen Vertrauensfrau (Beweislastumkehr) wurde geschützt, weil feststand, daß der Kündi-

sowie die Kosten für die Geltendmachung ihrer Rechte tragen die Frauen selbst<sup>545</sup>. Auch für die Betriebe ist sexuelle Belästigung in ökonomischer Hinsicht schädlich: Ein schlechtes Arbeitsklima vermindert die Produktivität und krankheitsbedingte Abwesenheit sowie kündigungsbedingte Wiederbesetzungen verursachen Mehrkosten<sup>546</sup>.

### c) Konsequenzen für die Begriffsbestimmung der sexuellen Belästigung

Führt man sich die Erfahrung sexueller Belästigung und deren Folgen für die Vertragswirklichkeit der Betroffenen vor Augen, so stehen bei der Begriffsbestimmung der sexuellen Belästigung folgende Elemente im Vordergrund: Sexuelle Belästigung ist *geschlechtsbezogenes* Verhalten. Sie trifft überwiegend Frauen. Sie trifft ausnahmsweise Männer, sofern diesen eine weibliche Sozialrolle zugeschrieben wird. Der Geschlechtsbezug ist mithin ein sozialer, nicht ein biologischer. Wer belästigt, nutzt *ungleiche Machtverhältnisse* aus und schreibt diese fest. Sexuelle Belästigung ist somit hierarchisches Verhalten. Dabei besteht die Hierarchie bereits aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit von Belästigern und Betroffenen (Phänomen der Belästigung unter vertraglich Gleichgestellten). Sexuelle Belästigung *sexualisiert*, d.h. sie reduziert die Betroffenen auf ein Sexualobjekt. Sexuelle Belästigung ist keine Ausnahmeerscheinung, sondern *Teil der Lebenswirklichkeit von Frauen*. Sie steht primär im Kontext der weiblichen Erwerbsarbeit und verhindert dort die Wahrnehmung von Frauen als gleichgestellte Vertragspartnerinnen. Sie

---

gungsgrund des Zuspätkommens vorgeschoben war.

<sup>545</sup> Wehren sich Frauen gegen sexuelle Belästigung, müssen sie mit Strafklagen wegen Verleumdung, übler Nachrede oder Beschimpfung rechnen. Siehe dazu die Beispiele in BfG ZH, S. 20.

<sup>546</sup> Die Studie des US Merit System Protection Board schätzt die durch sexuelle Belästigung entstandenen Kosten der US-Regierung für den Zeitraum zwischen 1985 und 1987 auf rund 267 Millionen Dollar (37 Millionen Dollar für Wiederbesetzungen bei Kündigung, 26 Millionen für Krankheitsurlaub, 204 Millionen für Produktivitätseinbußen). Zitiert in *Knapp/Kustis*, S. 201; *Bravo/Cassedy*, S. 49 f. Eine im Magazin 'Working Woman' publizierte Untersuchung über die verursachten Kosten bei 160 privaten US-Großfirmen kommt zum Schluß, daß diese sich pro Firma und Jahr auf 6 bis 7 Millionen Dollar belaufen, Gerichtskosten nicht eingeschlossen. Zitiert in *Knapp/Kustis*, S. 202. Siehe dazu auch *Gisler*, S. 5. Weitere Beispiele bei *K. Hanisch*, S. 185 f.

ist aber begrifflich nicht auf die Arbeitssituation beschränkt. Insgesamt ist sexuelle Belästigung geschlechtsbezogene Benachteiligung aufgrund ungewollter Sexualisierung<sup>547</sup>.

## 2. Radikal-feministische Konnotationen im geltenden Vertragsrecht

Eine radikal-feministische Kritik fordert die Instrumentalisierung des Rechts zum Abbau der Geschlechterhierarchie. Dies gilt besonders für Entwürfe außerhalb des Vertragsrechts, die eine Sanktionierung aller Äußerungsformen sexueller Dominanz (Pornographie, Prostitution) fordern<sup>548</sup>. Im Regelungsbereich, der das Vertragsrecht betrifft, führt dies unter anderem zur Forderung nach einer *umfassenden vertragsrechtlichen Sanktionierung von Belästigungshandlungen*. Neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (a) soll das neue Gleichstellungsgesetz in Verbindung mit dem Arbeitsvertragsrecht dem Phänomen der sexuellen Belästigung Einhalt gebieten (b). Ob dem geltenden Recht aus radikal-feministischer Sicht ein adäquates Verständnis von sexueller Belästigung zugrunde liegt, wird nachfolgend geprüft.

### a) Persönlichkeitsschutz als adäquates Recht gegen sexuelle Belästigung?

Aus radikal-feministischer Sicht ist sexuelle Belästigung geschlechtsbezogene Diskriminierung und somit ein Problem der *Geschlechtergleichheit*. Gemäß herrschender Lehre und Rechtsprechung ist demgegenüber der rechtliche Bezugspunkt der sexuellen Belästigung das *Persönlichkeitsrecht* (Art. 28 ZGB)<sup>549</sup>. Diese rechtliche Verortung wirft aus radikal-

<sup>547</sup> Ähnlich Baer, Belästigung, S. 242, 281, 323.

<sup>548</sup> Vgl. z.B. Art. 193, 197, 198 StGB. Vgl. weiter den Entwurf eines Anti-Pornographiegesezes bei Baer/Slupik, S. 171 ff. Zum US-amerikanischen Entwurf: Baer, Pornographiedebatte, S. 115 ff.

<sup>549</sup> ArGer GE, JAR 1989, S. 175; Chambre d'app. GE, JAR 1990, S. 185; ArGer GE, JAR 1992, S. 167; OGer ZH, ZR 93 (1994), Nr. 45; A. Bucher, N 461; GIGK-Kaufmann, N 17 zu Art. 4 GlG; Pedrazzini/Oberholzer, S. 133 ff., 140; Saillen, S. 85; Tercier, Personnalité, Rz. 402; Vögeli, S. 52. Der Schutz der Persönlichkeit ist einerseits deliktischer Natur. Andererseits stellt er eine vertragsimmanente Ne-

feministischer Sicht Probleme auf, da das Persönlichkeitsrecht anders als das Gleichheitsrecht nicht alle relevanten Aspekte der sexuellen Belästigung erfasst und zudem auch in der konkreten Rechtsanwendung zu unbefriedigenden Lösungen führt<sup>550</sup>. Aus radikal-feministischer Sicht bleibt daher das bisherige rechtliche Instrumentarium gegen die sexuelle Belästigung defizitär.

aa) *Persönlichkeitsrecht als individuelles Schutzrecht*

Das Persönlichkeitsrecht will den individuellen Menschen in der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit, also letztlich in seiner selbstbestimmten Lebensgestaltung schützen<sup>551</sup>. Dazu gehört das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, welches das Recht zur selbstbestimmten Verfügung über den eigenen Körper und die Respektierung intimer Gefühle durch andere beinhaltet<sup>552</sup>. Sexuelle Belästigung stellt einen Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen dar. Es verletzt somit deren Persönlichkeit. Neben diesen Aspekt tritt die Tatsache, daß die sexuelle Belästigung eine geschlechtsspezifische Täter-Opfer-Konstellation aufweist: Sie trifft Frauen *als Frauen*. Sexuelle Belästigung ist somit eine Form der Geschlechterdiskriminierung. Darin liegt aus Sicht der radikal-feministischen Kritik ihr *wesentliches* Merkmal<sup>553</sup>. Das Verständnis der sexuellen Belästigung als Teil der Gleichheitsproblematik bedeutet, daß diese nicht nur einen Einzelfall darstellt, sondern daß sie als Ausdruck des allgegenwärtigen gesellschaftlichen Dominanzphänomens unter die weitergehende Verantwortlichkeit des Staates für die Herstellung tatsächlicher geschlechtsbezogener Gleichheit fällt. Das als individuelles Schutzrecht ausgestaltete Persönlichkeitsrecht vermag aber die kollektive Bedeutung der sexuellen Belästigung nicht zu erfassen.

---

benpflicht eines jeden Schuldvertrages dar; vgl. *Brunner*, S. 204. Ähnlich *Tercier*, *Tort Moral*, S. 132 ff.

<sup>550</sup> Vgl. dazu vor allem *Baer*, *Belästigung*, insb. S. 190 ff. *Baers* Überlegungen zur Problematik der Anknüpfung an die Menschenwürde als Recht gegen sexuelle Belästigung können auch für die Überlegungen zum privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz herangezogen werden, da die einzelnen Persönlichkeitsrechte unmittelbar aus dem Grundgebot auf Achtung der Menschenwürde folgen. Vgl. nur *Jäggi*, *Persönlichkeit*, S. 146a, 168a, 174a.

<sup>551</sup> Vgl. *J.P. Müller*, S. 55.

<sup>552</sup> Einschlägig *Tercier*, *Personnalité*, Rz. 398 ff.

<sup>553</sup> *Baer*, insb. 242 f.; *MacKinnon*, *Feminism Unmodified*, S. 174.

sen.

Das Persönlichkeitsrecht geht zudem von einem *symmetrischen Geschlechterverhältnis* aus: Frauen und Männer werden als gleichermaßen selbstbestimmte, individuelle Personen vorausgesetzt<sup>554</sup>; die sexuelle Belästigung markiert in diesem Kontext den Übergriff in die geschützte Sphäre eines gleichgestellten Anderen. In der radikal-feministischen Theorie des Geschlechterverhältnisses ist demgegenüber das Geschlecht als *Ungleiches* konstruiert; die sexuelle Belästigung ist in diesem Kontext Begründungsmoment, Perpetuierung und Ausdruck der Ungleichheit von Frauen. *Aus radikal-feministischer Sicht verharmlost das Persönlichkeitsrecht mit seiner Fiktion der Geschlechtersymmetrie das Phänomen der sexuellen Belästigung, weil es den Aspekt systemischer Dominanz unterschlägt.* Als individuelles, mit symmetrischen Fiktionen arbeitendes Recht erzeugt das Persönlichkeitsrecht eine falsche Fokussierung und erweist sich daher als Bezugspunkt für ein Recht gegen sexuelle Belästigung aus radikal-feministischer Sicht als inadäquat.

*bb) Persönlichkeitsrecht und status quo*

Die Problematik einer persönlichkeitsorientierten Konzeption der sexuellen Belästigung zeigt sich insbesondere in der konkreten Rechtsanwendung. Damit eine Persönlichkeitsverletzung in Betracht gezogen wird, muß die Beeinträchtigung eine gewisse Intensität erreichen. Was zum Alltäglichen gehört, muß hingenommen werden<sup>555</sup>. Hier fragt sich, wer und was über den Alltäglichkeitsgrad einer Handlung entscheidet. Mit Blick auf das 'Wer' stellt sich das Problem der geschlechtsspezifischen Wahrnehmung bezüglich des Belästigungscharakters gewisser Handlungen. Was viele Männer als normale Umgangsform betrachten, stellt für viele Frauen eine Belästigung dar<sup>556</sup>. Das Schrifttum will des-

<sup>554</sup> Vgl. ZK-Egger, N 2 zu Art. 11 ZGB: „Der Sinn der Person liegt in ihrem Wesen als vernunftbegabtes, der Selbstbestimmung fähiges Wesen. Als solches birgt es Eigenschaften in sich, die vom Recht als Rechtsgüter anerkannt werden müssen. *Ennecerus/Nipperdey I*, § 78 I 1, S. 453: „Das Persönlichkeitsrecht gewährt eine Rechtsmacht, die die *Erhaltung* ... und freie Betätigung der Individualität nach allen Richtungen umfaßt.“ Siehe auch *Baer*, Belästigung, S. 256.

<sup>555</sup> OGer ZH, ZR 94 (1995) Nr. 23, S. 77 f.; OGer ZH, Entscheid vom 8. Juli 1997, zitiert in *Frank*, Persönlichkeitsschutz, S. 30; *J.P. Müller*, Persönlichkeitsschutz, S. 52; ZK-Egger, N 54 zu Art. 28 ZGB; *Pedrazzini/Oberholzer*, S. 142 f.

<sup>556</sup> Vgl. dazu oben Fn. 535

halb bei der Beurteilung einer Handlung das Durchschnittsempfinden von Frauen mitberücksichtigen oder einzig auf dieses abstellen<sup>557</sup>. Wichtig ist in dem Zusammenhang, daß die geschlechtsspezifische Wahrnehmung von Handlungsweisen nicht einfach dem 'Anders-Sein' von Frauen zugeschrieben, sondern als Folge geschlechtsspezifischer Machtverhältnisse verstanden wird<sup>558</sup>. Frauen reagieren auf geschlechtsbezogenes Verhalten sensibler, weil sie sich ihrer *Verletzbarkeit als Frauen* bewußt sind. Von seiner Idee her hat aber das Persönlichkeitsrecht einen Menschen vor Augen, dessen Individualität nicht bereits durch das Machtverhältnis 'Geschlecht' geprägt ist. Es hat die einzelne Person an sich, nicht die Person im Geschlechterverhältnis im Blick. Seine Akteure sind gleichermaßen selbstbestimmte Menschen. Da das Persönlichkeitsrecht im Kern von einem symmetrischen Geschlechterverhältnis ausgeht, besteht die Gefahr, daß das weibliche Durchschnittsempfinden mit Inhalten versehen wird, die letztlich doch wieder einer männlichen Sichtweise entsprechen. Demgegenüber verbessert eine gleichheitsorientierte Konzeption der sexuellen Belästigung die Chancen einer geschlechtergerechten Beurteilung von Wahrnehmungskonflikten schon deshalb, weil es beim Gleichheitsrecht explizit um Frauen und um Männer und um strukturelle Machtungleichheit geht<sup>559</sup>.

Das schwerwiegendere Problem mit der persönlichkeitsorientierten Konzeption der sexuellen Belästigung stellt sich im Zusammenhang mit dem 'Was', das über die genügende Intensität der Verletzungshandlung

---

<sup>557</sup> Vgl. GIGK-Kaufmann, N 24 zu Art. 4 GIG; Vögeli, S. 53. Beide Ansätze orientieren sich an Maßstäben, welche insbesondere die US-amerikanische Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung entwickelt hat. Der erste Ansatz orientiert sich am allgemeinen *reasonable person*-Standard, welcher danach fragt, ob eine vernünftige Person die Handlung als belästigend empfinden würde. Der zweite orientiert sich am geschlechtsspezifischen *reasonable woman*-Standard, bei welchem sich die Frage nach dem Belästigungscharakter einer Handlung anhand der Perspektive einer vernünftigen Frau entscheidet.

<sup>558</sup> Vgl. Baer, Belästigung, S. 176.

<sup>559</sup> In diese Richtung geht auch die neuere US-amerikanische Rechtsprechung, welche für die rechtlich relevante Wahrnehmung einer Belästigung auf das *reasoning victim* abstellt. Vgl. dazu die Analyse Baers von *Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc.*, 760 F. Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991); *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 114 S. Ct. 367 (1993). Die Opferperspektive findet sich auch in *Burns v. Mc Gregor Electronic Industries, Inc.*, No. 92-2059 (8<sup>th</sup> Cir. 1993), zitiert in *Paetzold/O'Leary-Kelly*, S. 100.

entscheiden soll. Gemäß Schrifttum sind bei der Entscheidung über das Vorliegen einer Belästigung das Arbeitsumfeld und die innerbetriebliche Kultur zu beachten<sup>560</sup>. So wird argumentiert, daß auf einer Baustelle oder in einer Bar andere Umgangsformen herrschten als in einer Bank; dies sei bei der Frage nach dem Belästigungscharakter einer Handlung zu berücksichtigen<sup>561</sup>. Für die Rechtsanwendung bedeutet das konkret, daß sich das Recht gegen sexuelle Belästigung an den dominanten gesellschaftlichen Sitten und Gebräuchen am jeweiligen Arbeitsort zu orientieren hat. *Damit wird die soziale Wirklichkeit zum Maßstab für das Recht gegen sexuelle Belästigung.* Je diskriminierender das Vertragsumfeld, um so weniger Rechtsschutz wird gewährt. Eine persönlichkeitsorientierte Konzeption der sexuellen Belästigung führt mithin dazu, daß das diskriminierende Normale zum Normativen wird<sup>562</sup>.

Demgegenüber weist die Beurteilung sexueller Belästigung aus der Perspektive des Gleichheitsrechtes dieses Defizit nicht auf. Gleichheitsrecht orientiert sich nicht am status quo, sondern will Veränderung im Sinne „tatsächlicher Gleichstellung in der sozialen Wirklichkeit“<sup>563</sup>. Den Maßstab bildet nicht die soziale Wirklichkeit, denn diese soll ja gerade verändert werden. Gleichheitsrecht erlaubt nicht, daß eine diskriminierende Lohnpraxis aufrechterhalten wird, weil weibliche Angestellte im besagten Betrieb schon immer weniger verdienten als ihre männlichen

<sup>560</sup> Speziell zur sexuellen Belästigung GIGK-Kaufmann, N 24 zu Art. 4 GIG; Tercier, Personnalité, Rz. 403; Vögeli, S. 53. Allgemein Pedrazzini/Oberholzer, S. 145 f.

<sup>561</sup> Vögeli, S. 53. So auch noch *Rabidue v. Osceola Ref. Co.*, 805 F.2d 611 (6th Cir. 1987), cert. denied, 481 U.S. 1041 (1987). Die Klägerin, eine Sachbearbeiterin bei einer Öl-Raffinerie, war während ihrer Anstellung trotz Protesten fortlaufend pornographischen Darstellungen ausgesetzt. Zudem wurde sie regelmäßig von einem männlichen Kollegen aus einem anderen Departement als 'Nutte', 'Dicker Arsch' und ähnliches bezeichnet. Das Berufungsgericht lehnte 1986 die Klage wegen sexueller Belästigung ab. Zwar sei das Verhalten störend, aber nicht so schwerwiegend, daß es die Klägerin oder andere weibliche Beschäftigte (die es nicht gab) in der Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten unverhältnismäßig beeinträchtigt hätte. Die Klägerin habe diese Umgebung freiwillig betreten; wer in einer Raffinerie arbeite, müsse einen groben Umgangston ertragen können. Recht sei nicht dazu da, eine Veränderung der gesellschaftlichen Sitten hervorzubringen.

<sup>562</sup> Baer, Belästigung, S. 170.

<sup>563</sup> BGE 116 Ib 283 E 7b. Einschlägig G. Müller, N 4, 137b zu Art. 4 BV. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 3 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

Kollegen. Gleichheitsrecht prüft auch nicht, ob der diskriminierende Status der 'selbstbestimmten' Wahl der Diskriminierten entspricht. Während im Rahmen einer persönlichkeitsorientierten Prüfung das Argument noch mitschwingen mag, die Betroffene habe sich ihr frauenfeindliches Arbeitsumfeld schließlich selbst ausgesucht<sup>564</sup>, wird bei Lohnungleichheitsfällen oder bei der Bemühung um die Gleichstellung in der Familie gerade *nicht* darauf verwiesen, die Frauen hätten sich freiwillig für ihre schlechter bezahlte Stelle oder für die Eheschließung entschieden.

Insgesamt ist festzuhalten, daß im Hinblick darauf, wer und was entscheidet, ob eine Belästigung vorliegt, die Prüfung aus Sicht des Persönlichkeitsrechts den status quo begünstigt und somit auf die Diskriminierungsrealität der Betroffenen nicht angemessen reagiert.

cc) *Selbstbestimmung und Lebenswirklichkeit – zum Problem der Einwilligung*

Wird der belästigende Charakter einer Handlung bejaht, so löst dies noch nicht die Rechtsbehelfe des Persönlichkeitsschutzes aus. Dies ist nur dann der Fall, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 28 II ZGB). Einen Rechtfertigungsgrund stellt die Einwilligung der verletzten Person dar. *Was aber bedeutet Einwilligung im Kontext der Wahrnehmung weiblicher Normalität, weiblicher Sozialisation und weiblicher Erwerbsarbeit?* Dem gängigen Bild weiblicher Normalität entspricht es, daß Frauen Annäherungen wünschen, wenn sie nicht sexuell deviant sind<sup>565</sup>. Die weibliche Sozialisation geht oft mit Passivität, erhöhter Sensibilität gegenüber Erwartungen anderer und Verantwortungsgefühl für eine harmonische Atmosphäre einher<sup>566</sup>. Weibliche Erwerbsarbeit findet vor allem in untergeordneten Positionen statt. Vorgesetzte können

---

<sup>564</sup> Eine solche Argumentation geht an der sozialen Wirklichkeit von Frauen im Erwerbsleben völlig vorbei. Vgl. dazu Baer, *Belästigung*, S. 169: „Freiwilligkeit impliziert, daß eine Frau den Erwerbsarbeitsplatz ohne signifikante negative Konsequenzen nicht hätte annehmen können. Das aber ist angesichts der ökonomischen Zwänge und der geschlechtsspezifischen Struktur des Erwerbsarbeitsmarktes, der Frauen wenige Erwerbsquellen anbietet, regelmäßig zweifelhaft. Freiwilligkeit ist generell ein Modus, in dem sich Männer eher bewegen als Frauen.“

<sup>565</sup> Vgl. Baer, S. 39; Bravo/Cassedy, S. 56; Holzbecher u.a., S. 88; Sadrozinski, S. 19.

<sup>566</sup> Vgl. insb. die Gespräche von Frauen über Recht bei Gerhard, *Gleichheit*, S. 168 ff.

erwerbstätigen Frauen das Leben erleichtern oder es ihnen schwer machen.

Somit ergibt sich folgendes Dilemma: In der persönlichkeitsorientierten Konzeption, welche die Selbstbestimmung des Einzelnen in den Mittelpunkt stellt, scheint es folgerichtig, danach zu fragen, ob in die Annäherung eingewilligt wurde<sup>567</sup>. Der Blick auf die sozialtypisch weibliche Lebenswirklichkeit legt demgegenüber offen, daß viele Frauen angesichts sexueller Belästigung schweigen oder gar 'das Spiel mitspielen' werden. Die praktische Bedeutung des Dilemmas zeigt sich vor allem dann, wenn sich ein Belästiger darauf beruft, er habe aufgrund der passiven oder komplizenhaften Reaktion der Betroffenen nicht wissen können, daß die Annäherung unerwünscht gewesen sei. Fragt man danach, wie der Belästiger als vernünftige Person die Reaktion der Betroffenen verstehen mußte<sup>568</sup>, und setzt man beide Beteiligten normativ als selbstbestimmte Individuen, wie sie das Persönlichkeitsrecht im Blick hat, so führt dies zur Erwartenshaltung einer klar formulierten Ablehnung der Annäherung. Wehren sich die Betroffenen nicht, so geht das zu ihren Lasten. Im Wahrnehmungskonflikt über die Erwünschtheit einer Annäherung setzt sich mithin regelmäßig die Täterperspektive durch<sup>569</sup>.

Gleichheitsrecht arbeitet nicht mit solchen symmetrischen Fiktionen, sondern nimmt gelebte Ungleichheit zum Ausgangspunkt. Dies bedeutet, daß für die Frage der Einwilligung die Reaktion der Betroffenen nicht als einziges Kriterium herangezogen werden darf. Vielmehr ist vom Belästiger als vernünftiger Person zu erwarten, daß er geschlechtsspezifische und andere – insbesondere betriebliche oder wirtschaftliche – Hierarchien wahrnimmt<sup>570</sup>. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß eine

---

<sup>567</sup> Siehe Baer, Belästigung, S. 255.

<sup>568</sup> Unklarheiten bezüglich des Vorliegens einer Einwilligung sind nach dem Vertrauensprinzip zu lösen, vgl. Tercier, Personnalité, Rz. 628.

<sup>569</sup> Baer, Belästigung, S. 260.

<sup>570</sup> Im Fall *Zowayyed v. Lown Co*, 735 F.Supp. 1497 (Kan. 1990) hatte der Präsident eines Unternehmens mehrfach versucht, sich an einer Angestellten zu reiben. Vor Gericht machte die Angestellte geltend, sie habe unter den Vorfällen gelitten. Obwohl die Angestellte ihren Kolleginnen erzählt hatte, ihr mache das nichts aus, hielt das Gericht fest, daß im hierarchisch strukturierten Kontext das Verhalten des Vorgesetzten als Belästigung empfunden werden konnte. Im Fall *Robinson v Jacksonville Shipyards, Inc.*, 760 F.Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991) folgte das Gericht dem Sachverständigengutachten, welches festhielt, daß die Betroffene zwar einige sexuelle Kommentare ignoriert habe, daß dies aber nicht dazu füh-

persönlichkeitsorientierte Konzeption als Recht gegen sexuelle Belästigung nicht zu befriedigenden Ergebnissen führt, weil sie die soziale Wirklichkeit von Frauen nicht in genügendem Maße berücksichtigt.

*dd) Verfahrensrechtliche Aspekte - die Beweisregeln des Persönlichkeitsschutzes*

Die Regeln über die Beweislastverteilung klären die Frage, wer das Risiko der Beweislosigkeit zu tragen hat, wenn ein behaupteter Sachverhalt ungeklärt bleibt<sup>571</sup>. Das Beweismaß gibt demgegenüber Auskunft darüber, mit welcher Intensität eine behauptete Tatsache nachgewiesen werden muß, damit sie ein Gericht als erwiesen erachtet<sup>572</sup>. Die Grundregel der Beweislastverteilung lautet, daß, wer einen Rechtsanspruch aus einem Sachverhalt ableitet, diesen nachzuweisen hat (Art. 8 ZGB)<sup>573</sup>. Bezüglich des Beweismaßes gilt, daß eine behauptete Tatsache zur Überzeugung des Gerichts dargelegt werden muß<sup>574</sup>. Das Persönlichkeitsrecht folgt diesen Grundregeln<sup>575</sup>. Im Belästigungsfall hätte demnach die Betroffene die Belästigungshandlung (und die dadurch verursachte Beeinträchtigung)<sup>576</sup> zur Überzeugung des Gerichts nachzuweisen<sup>577</sup>. Allerdings kommen die Grundregeln über die Beweislast und das Beweismaß dann nicht zur Anwendung, wenn sie die sozial erwünschte Durchsetzung von Rechtsansprüchen behindern würden<sup>578</sup>. Be-

---

ren könne, die Belästigung zu verneinen. Es sei verständlich, daß die Klägerin als eine von wenigen auf der Werft tätigen Frauen nicht immer den Weg der Gegenwehr beschritten habe.

<sup>571</sup> Vogel, Zivilprozeß, S. 245.

<sup>572</sup> Meier, Beweismaß, S. 57.

<sup>573</sup> Kritisch gegenüber der Herleitung der Beweislastverteilung aus Art. 8 ZGB: Meier, Beweislastverteilung, S. 709 ff.

<sup>574</sup> Meier, Beweismaß, S. 58.

<sup>575</sup> Die Gegenpartei trägt demgegenüber die Beweislast für den Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes (z.B. der Einwilligung): Frank, Persönlichkeitsschutz, S. 79 f.; Tercier, Personnalité, Rz. 599. Eine Ausnahme von der Beweislast der Betroffenen besteht beim Anspruch auf Gegendarstellung bei einer Persönlichkeitsverletzung durch die Medien (Art. 28g - 28l ZGB).

<sup>576</sup> Diese Frage wird vorliegend ausgeklammert. Hier wird lediglich untersucht, wer das Risiko der Beweislosigkeit zu tragen hat, wenn nicht geklärt ist, ob eine Belästigung stattgefunden hat.

<sup>577</sup> ArGer GE, JAR 1990, S. 175; Saillen, S. 103; Vögeli, S. 123.

<sup>578</sup> GIGK-Steiger-Sackmann, N 32 zu Art. 6 GIG; Meier, Beweismaß, S. 70; ders., Be-

*weislastverteilungs- und Beweismaßfragen sind somit Wertungsfragen.*

Mit diesen Wertungsfragen haben sich das Zürcher und das Genfer Arbeitsgericht bereits befaßt (1). Zu fragen bleibt, wie zu entscheiden wäre, wenn als rechtlicher Bezugspunkt gegen sexuelle Belästigung das Gleichheitsrecht gewählt würde (2) und sodann, ob sich das Gleichheitsrecht im Vergleich zum Persönlichkeitsrecht auch bezüglich der Beweisfrage als das adäquatere Recht gegen sexuelle Belästigung erweist (3).

(1) Die Praxis der Gerichte im Falle der sexuellen Belästigung

Das Zürcher Arbeitsgericht hat für den Nachweis einer Belästigungshandlung nicht den Vollbeweis verlangt, sondern hat eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügen lassen<sup>579</sup>. Auch das Genfer Arbeitsgericht spricht von einer „vraisemblance confinante à la certitude.“<sup>580</sup> Tatsächlich begnügte es sich aber mit der *Glaubhaftmachung* der Belästigungshandlungen durch die Klägerin<sup>581</sup>. Nebenbei sei bemerkt, daß sich der Genfer Entscheid in diesem Punkt mit der US-amerikanischen Praxis trifft<sup>582</sup>. Somit ist festzuhalten, daß die Rechtsprechung die Grundregel der Beweislastverteilung beibehält, daß sie aber eine Beweismaßsenkung vornimmt, indem sie für den Nachweis der Belästigung (bisher) keinen Vollbeweis verlangt<sup>583</sup>.

(2) Die Beweisregel bei einer gleichheitsorientierten Konzeption der sexuellen Belästigung

Anknüpfungspunkte für die Entscheidung über die Beweislastverteilung und das Beweismaß sind bei einer gleichheitsorientierten Konzep-

---

weislastverteilung, S. 724 („rechtspolitisches Kriterium“).

<sup>579</sup> Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. April 1992, S. 18, zitiert in *Vögeli*, S. 123.

<sup>580</sup> ArGer GE, JAR 1989, S. 175.

<sup>581</sup> Vgl. ArGer GE, JAR 1989, S. 175: „Ses déclarations paraissent pour le moins *vraisemblables*, et les démentis catégories de B. n'ont pas convaincu les juges.“

<sup>582</sup> Das US-amerikanische Recht fordert den *prima facie*-Nachweis einer Benachteiligung, was einer Glaubhaftmachung im schweizerischen Recht nahekommt. Zum *prima facie*-Nachweis im Diskriminierungskontext vgl. *McDonnell-Douglass v. Green*, 411 U.S. 792 (1973); *U.S. Postal Service v. Aikens*, 103 S.Ct. 1478 (1983); *Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d 897 (11<sup>th</sup> Cir. 1982).

<sup>583</sup> Die Gerichte sind zur Beweismaßsenkung aufgrund von Art. 1 II ZGB befugt: *Meier*, *Beweismaß*, S. 68.

tion die verfassungsrechtliche Relevanz dieser Regeln und ihre Aussage über das Verhältnis zwischen Normalität und Exzeß. Beweisregeln müssen – wie alles Recht – so weit als möglich verfassungskonform ausgelegt und angewandt werden<sup>584</sup>. Damit wird die oben angesprochene Wertungsfrage verfassungsrechtlich konkretisiert: Im Diskriminierungskontext hat sie sich an der Zielsetzung der *tatsächlichen Gleichstellung* zu orientieren. Danach müssen Ungleichgewichte bei Rechtsdurchsetzungschancen wahrgenommen und kompensiert werden<sup>585</sup>.

Daneben ist aber auch das verfassungsrechtliche *Willkürverbot* zu beachten. Gegen dieses würde eine Beweislastregelung verstoßen, die so ausgestaltet ist, daß es einer Partei grundsätzlich und kategorisch nicht mehr möglich ist, ihre Rechtsposition mit Aussicht auf Erfolg durchzusetzen. Schließlich treffen Beweisregeln auch Aussagen darüber, wie Recht soziale Wirklichkeit wahrnimmt: „Sie sagen, was für das Recht Normalität und was Ausnahme ist. Normalität muß nicht bewiesen werden.“<sup>586</sup> Bei der Entscheidung über Beweislast und Beweismaß ist daher im Auge zu behalten, daß sexuelle Belästigung zum normalen weiblichen Lebenszusammenhang gehört.

Für den Belästigungskontext ergibt sich daraus folgendes: Eine Beweislastumkehr wäre willkürlich, da es einem Beklagten kaum möglich ist, die einfache Behauptung einer Belästigung mittels eines Gegenbeweises zu widerlegen. Daß sexuelle Belästigung zum (normalen) weiblichen Lebenszusammenhang gehört, kann deshalb für die Erwägung einer Beweislastumkehr keine Rolle mehr spielen. Anders aber, wenn das Beweismaß nur auf die Glaubhaftmachung einer Belästigung heruntergesetzt wird. Konkret würde dies bedeuten, daß es genügt, wenn eine *gewisse Wahrscheinlichkeit* für das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache besteht, ohne daß dabei die Möglichkeit ausgeschlossen werden muß, daß die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten<sup>587</sup>. Eine solche Regel trägt dem Diskriminierungskontext Rechnung, ohne das

---

<sup>584</sup> Vgl. die Nachweise bei GIGK-Steiger-Sackmann, Fn. 77 zu Art. 6 GlG. Die Frage der verfassungsrechtlichen Herleitung der Beweislastregeln offenlassend: Meier, Beweislastverteilung, S. 706 Fn. 7. Diese bejahend BVerfGE 89, 276; Reinhardt, S. 93 ff.

<sup>585</sup> Baer, Belästigung, S. 304, 328. Ähnlich GIGK-Steiger-Sackmann, N 55 zu Art. 6 GlG.

<sup>586</sup> Baer, Belästigung, S. 304.

<sup>587</sup> BGE 117 II 374 ff.; GIGK-Steiger-Sackmann, N 49 zu Art. 6 GlG.

Willkürverbot zu verletzen. Zudem würde hier das Recht die soziale Wirklichkeit so wahrnehmen, wie sie von Frauen gelebt wird. Es würde die Häufigkeit des Phänomens der sexuellen Belästigung und die Schwierigkeiten der belästigten Frauen berücksichtigen, ihre Betroffenheit zu artikulieren und sich dagegen zu wehren. *Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß eine gleichheitsorientierte Konzeption der sexuellen Belästigung eine Herabsetzung des Beweismaßes auf ein bloßes Glaubhaftmachen erfordert.*

(3) Die Beweisregel bei einer persönlichkeitsorientierten Konzeption der sexuellen Belästigung

Daß eine persönlichkeitsorientierte Konzeption zu demselben Ergebnis kommen kann, zeigt der Entscheid des Genfer Arbeitsgerichtes. Anders als bei der gleichheitsorientierten Konzeption ist dieses Ergebnis aber keineswegs *zwingend*. Versteht man die sexuelle Belästigung als Eingriff in die sexuelle Freiheit eines Individuums gleich welchen Geschlechts, so kann man sich bei der verfassungskonformen Anwendung der Verfahrensregeln auf das verfassungsrechtliche Willkürverbot beschränken. Der Verfassungsauftrag der Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann kann außer acht bleiben. Mit Blick auf das Willkürverbot allein ist aber die Anwendung der allgemeinen Beweisregeln auf die Fälle der sexuellen Belästigung kaum zu beanstanden. Außerdem wird das Persönlichkeitsrecht, welches grundsätzlich vom *Bestand* der von ihm geschützten Sphäre ausgeht, hinsichtlich der Frage über Normalität und Exzeß der Verletzung tendenziell eine andere Wertung treffen als das auf Ungleichheit sensibilisierte Gleichheitsrecht. Eine gleichheitsorientierte Konzeption der sexuellen Belästigung bietet daher auch im Rahmen des Verfahrensrechts ein adäquateres Recht gegen sexuelle Belästigung als das Persönlichkeitsrecht.

*ee) Zwischenergebnis*

Insgesamt ist festzuhalten, daß das Vertragsrecht mit dem Persönlichkeitsrecht ein Instrument gegen sexuelle Belästigung bereithält. Dieses gilt es weitestmöglich zu nutzen. Indessen ist aus radikal-feministischer Sicht eine gleichheitsorientierte Konzeption der sexuellen Belästigung vorzuzugswürdig. Die Verortung des Rechts gegen sexuelle Belästigung im Persönlichkeitsrecht vermag aus radikal-feministischer Perspektive nicht zu überzeugen. Das Persönlichkeitsrecht wird als individuell ausgerichtetes Recht der *kollektiven* Dimension der sexuellen Belästigung nicht gerecht. Zudem erweist es sich in der konkreten Rechtsanwen-

dung als defizitär, weil es die soziale Wirklichkeit nicht als diskriminierend, sondern als *neutral* begreift, weil es sodann aufgrund seiner Fokussierung auf Selbstbestimmung und Autonomie lebensfremde Verhaltenserwartungen an die Betroffenen richtet und weil es auf der Ebene des Verfahrensrechts nicht zu befriedigenden Ergebnissen führt.

#### **b) Gleichstellungsgesetz als adäquates Recht gegen sexuelle Belästigung?**

Im Bereich des Arbeitsvertrages und somit dem wohl größten Risikobereich sexueller Belästigung soll insbesondere das neue Gleichstellungsgesetz dem Phänomen einen Riegel vorschieben<sup>588</sup>. Es verpflichtet die Arbeitgeberschaft, ihre Angestellten vor sexueller Diskriminierung zu schützen, und knüpft die Unterlassung dieser Pflicht an Sanktionen (Art. 5 III GIG)<sup>589</sup>. Das Gleichstellungsgesetz enthält zudem eine gesetzliche Definition der sexuellen Belästigung. Art. 4 GIG trägt den Titel 'Diskriminierung durch sexuelle Belästigung' und lautet: „Diskriminierend ist jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes

---

<sup>588</sup> Daneben dienten aber bereits Art. 328 aOR als Grundlage für die rechtliche Sanktionierung von sexueller Belästigung. Vgl. z.B. ArGer GE, JAR 1989, S. 170 ff; Ch. d'app. GE, JAR 1990, S. 183 ff.; ArGer GE, JAR 1992, S. 166 ff. Zum Schrifttum vgl. BK-Rehbinder, N 3 zu Art. 328 OR; Brunner/Bühler/Weber, S. 96. Auch Art. 33 (alt)ArGer wurde in diesem Zusammenhang schon angewandt, vgl. ArGer GE, JAR 1992, S. 166 ff. Zum Schutz gegen sexuelle Belästigung im Arbeitsrecht vgl. Rutschi, S. 85 ff.

<sup>589</sup> Art. 5 III GIG sieht vor, daß der belästigten Person eine Entschädigung (bis zu sechs durchschnittliche Monatsgehälter) zugesprochen werden kann, wenn die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nicht beweisen, daß sie geeignete und zumutbare Präventionsmaßnahmen gegen die Belästigung ergriffen haben. Die Ausgestaltung der Präventivmaßnahmen wird durch den Einzelfall bestimmt. Eine Kündigung gegenüber dem Belästiger ist nicht ausgeschlossen. Vgl. dazu die Informationsbroschüre des Arbeitgeberverbandes, Tips für den Arbeitgeber Nr. 23, S. 7, zitiert in GIGK-Kaufmann, N 44 zu Art. 4 GIG. So bereits das Hessische Landesarbeitsgericht, Urteil vom 24.8.1995, abgedruckt in STREIT 2/1992, S. 131. Ungeeignet und im Widerspruch zu Art. 328 OR wäre es, den Belästiger an seinem Arbeitsplatz zu belassen und die belästigten Personen zu versetzen. GIGK-Kaufmann, N 44 Art. 4 GIG. Falsch daher ArGer GE, JAR 1992, S. 173, wo festgehalten wird, die belästigte Arbeitnehmerin hätte sich mit einer neuen Stelle innerhalb der Firma begnügen müssen. Im Grundsatz ist davon auszugehen, daß die Arbeitnehmenden einen Anspruch darauf haben, daß ihr bestehendes Arbeitsumfeld belästigungsfrei gemacht wird.

Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Darunter fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art.“ Im Zusammenhang mit dem Gleichstellungsgesetz wurde Art. 328 OR dahingehend ergänzt, daß diese Bestimmung nunmehr explizit die Pflicht der Arbeitgebenden zur Vorkehrung gegen Belästigungshandlungen statuiert<sup>590</sup>. Ob und inwieweit das Gleichstellungsgesetz in seiner jetzigen Form dem radikal-feministischen Anliegen Rechnung trägt, wird nachfolgend untersucht.

*aa) Zur persönlichkeitsorientierten Konzeption von sexueller Belästigung*

Damit eine Diskriminierung im Sinne des GlG vorliegt, muß das geschlechtsbezogene Verhalten die Würde<sup>591</sup> der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers verletzen. Das GlG benennt also die sexuelle Belästigung als *geschlechtsbezogene Diskriminierung*, verortet sie aber wiederum im *Persönlichkeitsrecht*. Für die Probleme, die sich aus radikal-feministischer Sicht mit der persönlichkeitsorientierten Konzeption verbinden, kann auf die obenstehenden Ausführungen zum Persönlichkeitsrecht verwiesen werden<sup>592</sup>.

*bb) Geschlecht als Hierarchie*

Die schweizerische Judikatur hat sich schon vor Inkrafttreten des GlG im Jahre 1996 mit der Problematik der sexuellen Belästigung zu befassen. Die erste Klage, deren *Klagegrund* sexuelle Belästigung war<sup>593</sup>, wurde 1988 beim Arbeitsgericht Genf eingereicht<sup>594</sup>. Sie wurde in zweiter In-

---

<sup>590</sup> Fassung gemäß Ziff. 3 des Anhangs zum GlG, in Kraft seit 1. Juli 1996.

<sup>591</sup> Das deutsche Bundesverfassungsgericht definiert die Würdeverletzung wie folgt: „Wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zum bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“ Vgl. BVerfGE 9, 95; 27, 6; 63, 143.

<sup>592</sup> Siehe oben S. 173 ff. (2.a., Persönlichkeitsschutz als adäquates Recht).

<sup>593</sup> Verfahren, welche die Problematik der sexuellen Belästigung betrafen, gab es schon früher; sie wurden indessen nicht unter diesem Begriff abgehandelt. Vgl. die Hinweise in ArGer GE, JAR 1989 175; *Eidg. Büro für die Gleichstellung*, Belästigung, S. 78.

<sup>594</sup> ArGer GE, JAR 1989, S. 170 ff. Die Klägerin hatte während mehrerer Jahre unter den sexuellen Belästigungen ihres direkten Vorgesetzten gelitten (Aufforderungen zum Betrachten pornographischer Bilder, obszöne Bemerkungen, intime

stanz gutgeheißen<sup>595</sup>. Beide Instanzen definierten die sexuelle Belästigung als einen Übergriff, der in Ausnützung einer betrieblichen Machtposition – namentlich der Stellung in der Betriebshierarchie, des Alters oder der Erfahrung – erfolgt<sup>596</sup>. Demgegenüber stellt das GlG nicht mehr auf die Ausnützung einer betrieblichen Machtposition ab. Damit trägt es den Studien zur sexuellen Belästigung Rechnung, die allesamt einen hohen Prozentsatz von Belästigungshandlungen durch betrieblich Gleichgestellte aufweisen<sup>597</sup>. *Damit anerkennt das Gleichstellungsgesetz, daß in Vertragsbeziehungen, in denen keine formelle Hierarchie besteht, eine soziale Hierarchie einzig durch das Geschlecht hergestellt werden kann.* Insofern übernimmt das GlG die radikal-feministische Sichtweise, daß das Geschlecht als Hierarchie konstruiert ist.

*cc) Sexualität und Geschlechtsbezogenheit*

Tatbestandsmerkmal der sexuellen Belästigung im Sinne des GlG ist ein „Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit“. Zwar ist 'sexuell' etymologisch betrachtet gleichbedeutend mit „auf das Geschlecht bezogen“<sup>598</sup>. Indessen versteht man im allgemeinen Sprachgebrauch unter 'sexuell' nicht jedes beliebige geschlechtsbezogene, sondern vielmehr das lustvolle, auf den Intimbereich abzielende Verhalten. Art. 4 GlG greift diese allgemeinsprachliche Unterscheidung zwischen Sexualität und Geschlechtsbezogenheit auf und benennt beides als Tatbestandsmerkmale der sexuellen Belästigung. Belästigend können also auch Handlungen sein, die gemäß allgemeinem Sprachgebrauch nicht als 'sexuell' bezeichnet werden,

---

Frage über ihr Privatleben). Nach Beendigung des siebenjährigen Arbeitsverhältnisses klagte die Arbeitnehmerin beim Arbeitsgericht auf Feststellung der Widerrechtlichkeit der ihr zugefügten Persönlichkeitsverletzung durch sexuelle Belästigung.

<sup>595</sup> Chambre d'app. GE, JAR 1990, S. 183 ff. Das Gericht stellte fest, daß die Pflicht des Arbeitgebers zur Wahrung der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden auch Maßnahmen zur Unterbindung der von einem Vorgesetzten ausgehenden sexuellen Belästigung umfaße.

<sup>596</sup> Vgl. ArGer GE, JAR 1989, S. 179: „en profitant d'un déséquilibre dans les rapports de force créés par la fonction, l'âge ou l'expérience dans l'entreprise...“  
Chambre d'app. GE, JAR 1990, S. 183: „profitant de leur position ou de leur influence au sein de l'entreprise...“

<sup>597</sup> Vgl. oben Fn. 534

<sup>598</sup> Vgl. z.B. Brockhaus Enzyklopädie, Band 20, Mannheim 1993.

die aber dennoch an das *Geschlecht* der Betroffenen anknüpfen, zum Beispiel sexistische, frauenfeindliche Sprüche und Verhaltensweisen<sup>599</sup>. Der schweizerische Gesetzestext trifft sich hier mit der US-amerikanischen Praxis, nach der die in Frage stehende Handlung nicht zwingend sexuell konnotiert sein muß, damit sie eine Belästigung darstellt. Den Bewertungsmaßstab bildet dort der 'but-for-test', welcher danach fragt, ob die Betroffenen dieselbe Nachteilszufügung auch ohne ihre Geschlechtszugehörigkeit erlitten hätten<sup>600</sup>.

Die Formulierung 'aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit' deckt zudem auch Belästigungshandlungen im Zusammenhang mit Homosexualität ab<sup>601</sup>. Es sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Die Belästigung homosexueller oder vermeintlich homosexueller Personen durch Heterosexuelle (homophobischer Sexismus), und die Belästigung heterosexueller oder homosexueller Personen durch Homosexuelle (homosexuelle Belästigung). Letzteres ist fraglos geschlechtsbezogenes Verhalten, da die Belästigungshandlung an das Geschlecht des oder der Belästigten anknüpft. Aber auch homophobischer Sexismus ist geschlechtsbezogene Diskriminierung: Anknüpfungspunkt ist hier die biologische Geschlechtszugehörigkeit der Betroffenen, welche in diesem Fall mit der sozialen Geschlechterwartung nicht übereinstimmt. Anlaß für die Belästigung ist die Tatsache, daß die Lesbe sich als (biologische) Frau für Frauen und der Schwule als (biologischer) Mann für Männer interessiert. Wäre die Lesbe ein Mann oder der Schwule eine Frau, hätten sie *diese* Form der homophoben Belästigung nicht zu befürchten<sup>602</sup>.

---

<sup>599</sup> A.A. GIGK-Kaufmann, N 19, 52 zu Art. 4 GIG, welche im 'Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit' kein selbständiges Sachverhaltsmerkmal sieht und die davon ausgeht, daß nur beim Vorliegen einer 'sexuellen Komponente' eine sexuelle Belästigung vorliegen kann. Dies sei nicht der Fall bei frauenverachtenden Bemerkungen oder sexistischen Witzen, die keinen Bezug zum Sexuellen herstellen würden. Gleicher Ansicht auch Vögeli, S. 58, welche im Zusammenhang mit dem Merkmal der 'Geschlechtszugehörigkeit' von einer „unglücklichen Formulierung“ spricht.

<sup>600</sup> *Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d 897 (11th Cir. 1982); *Barnes v. Costle*, 562 F.2d 983 (D.C. Circ. 1977). Vgl. dazu auch Baer, Belästigung, S. 272 ff.; MacKinnon, Sexual Harassment, S. 65 ff.

<sup>601</sup> So im Ergebnis GIGK-Kaufmann, N 57 zu Art. 4 GIG; Vögeli, S. 58. A.A. Sandoz, AmtlBull NR 104 (1994), S. 267, die zwar homosexuelle Belästigung als Persönlichkeitsverletzung wertet, Art. 4 GIG aber auf heterosexuelle Belästigung beschränken will.

<sup>602</sup> Baer, Belästigung, S. 30.

Aus radikal-feministischer Sicht hat Gesetzgebung mit ihrer umfassenden Umschreibung der rechtlich relevanten Verhaltensweisen zumindest *im Ansatz* eine der Problematik angemessene Lösung gefunden. *Das Problematische an der sexuellen Belästigung ist, daß sie die Betroffenen aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit trifft und diskriminiert; es geht also nicht darum, gute von schlechter Sexualität zu unterscheiden und letztere zu verbieten, sondern darum, eine „ganz besonders entwürdigende Form der geschlechtsbezogenen Diskriminierung“<sup>603</sup> im Erwerbsleben zu bekämpfen.*

Die Reduktion der sexuellen Belästigung auf Verhaltensweisen sexueller Natur könnte zudem auch deshalb nicht überzeugen, weil diese sich für den weitaus größten Teil sexueller Belästigung<sup>604</sup>, nämlich die Schaffung eines feindseligen Arbeitsumfeldes (*hostile working environment*), als ungenügend erweist. Diese Belästigungsform besteht in der Schaffung eines allgemeinen Arbeitsklimas, welches gegenüber Frauen Feindseligkeit und Abwertung ausdrückt, ohne daß es zu einzelnen schweren Übergriffen kommen müßte<sup>605</sup>. Obszöne Bemerkungen oder die Zirkulation pornographischer Materials können ein solches Umfeld schaffen. Wie aber ist es, wenn die Bemerkungen statt obszön 'nur' geschlechtsbezogen waren, wenn also kein Bezug zum Sexuellen bestand? Wie ist es mit reiner Frauenfeindlichkeit, die eben nur geschlechtsbezogen ist, aber keine sexuelle Komponente enthalten soll<sup>606</sup>, z.B. das Urinieren in die Wasserflaschen und die Beschädigung der Fahrzeuge dreier weiblicher Arbeitnehmerinnen in einer Baufirma mit sonst ausschließlich männlichen Angestellten?<sup>607</sup> Schon diese wenigen Beispiele zeigen, daß es für die Frage, ob ein feindseliges Arbeitsklima herrscht und somit die Bejahung sexueller Belästigung zu erwägen ist, nicht darauf ankommen kann, ob die in Frage stehenden Verhaltensweisen nebst ihrer Frauenfeindlichkeit auch noch eine sexuelle Komponente aufwei-

---

<sup>603</sup> Bundesrat Koller, AmtlBull NR 104 (1994), S. 249.

<sup>604</sup> Baer, Belästigung, S. 48.

<sup>605</sup> GIGK-Kaufmann, N 23 zu Art. 4 GIG. Die Belästigungsform des *hostile working environment* wurde vom US-amerikanischen Supreme Court erstmals im Fall *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986) anerkannt (mit Cathrine MakKinnon als Anwältin für die Klägerin). Zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung vgl. *Paetzold/O'Leary-Kelly*, S. 85 ff.

<sup>606</sup> Diese Unterscheidung treffen GIGK-Kaufmann, N 19 zu Art. 4 GIG; Vögeli, S. 51 f.

<sup>607</sup> *Hall v. Gus Construction Co.*, 842 F.2d 1010 (8th Cir. 1988).

sen<sup>608</sup>.

Schließlich läßt sich geschlechtsbezogenes und sexuelles Verhalten nicht wirklich trennen. Dies zeigt sich bereits an den Beispielen, mit denen die Literatur gerade diese Trennung aufzeigen will. Warum beispielsweise das Kompliment zur neuen Frisur nicht sexuell, das Kompliment zu den neuen Strümpfen aber sexuell sein soll, bleibt unklar<sup>609</sup>. Als besonders kompliziert erweist sich die Abgrenzung zwischen sexistischen und sexuellen Bemerkungen: So wird die Aussage „Frauen gehören ins Haus“ als nur sexistisch und nicht sexuell eingestuft<sup>610</sup>. Demgegenüber ist die Bemerkung „Frauen sind zum Bumsen da“ sicherlich sexistisch und sexuell. Wie aber ist es mit der Aussage „Frauen sind zum Kinderkriegen da“? Immerhin wird ja hier der Geschlechtsverkehr und somit das lustvolle, sexuelle im engeren Sinne, impliziert. Das Gleiche gilt für die Aussage „Frauen sind da, um den Männern zu gefallen“. Sind diese Aussagen nur sexistisch oder auch sexuell? Der Rückgriff auf die Intuition, wie sie etwa in der höchstrichterlichen Aussage „I know pornography when I see it“<sup>611</sup> zum Ausdruck kommt, kann zwar auch hier zu Lösungen führen. Ob diese auch überzeugen, ist aber angesichts der angeführten Beispiele fraglich. Hinzu kommt, daß aus radikal-feministischer Sicht der Versuch einer Trennung von Sexualität und Geschlecht sowieso müßig ist. In der geschlechterhierarchischen Gesellschaft ist weibliche Sexualität erotisierte Unterwerfung, männliche Sexualität erotisierte Dominanz. Sexualität in diesen Formen definiert das soziale Geschlecht, also die gesellschaftliche Bedeutung des Frau- bzw. des Mann-Seins<sup>612</sup>. Da die Sexualisierung eines Belästigungsopfers den Geschlechtsbezug überhaupt erst herstellt, ist jede sexuelle Handlung auch geschlechtsbezogen und jede geschlechtsbezoge-

---

<sup>608</sup> So auch die US-amerikanischen Gerichte. Vgl. z.B. *Burns v. McGregor Electronics Industries, Inc.*, No. 92-2059 (8th Cir. 1993), S. 964, zitiert in *Paetzold/O'Leary*: „Sexual harassment can take place in many different ways. A female worker need not be propositioned, touched offensively, or harassed by sexual innuendo.“ *Hall v. Gus Construction Co.*, 842 F.2d 1010 (8th Cir. 1988), S. 1014: „intimidation and hostility toward women because they are women can obviously result from conduct other than explicit sexual advances.“ Für zahlreiche weitere Nachweise aus der US-amerikanischen Rechtsprechung vgl. *Baer*, Belästigung, S. 275 f.

<sup>609</sup> So aber *Vögeli*, S. 51 f.

<sup>610</sup> *Vögeli*, S. 52.

<sup>611</sup> So der US-Verfassungsrichter *Stewart* in *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964).

<sup>612</sup> Siehe oben S. 19 ff. (Erster Teil, I.3.c., radikaler Feminismus).

ne Handlung auch sexuell.

*dd) Verfahrensrechtliche Aspekte – Die Beweisregeln des Gleichstellungsgesetzes*

Gemäß Art. 6 GlG wird bei den Diskriminierungstatbeständen der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung vermutet, wenn sie von der betroffenen Person *glaubhaft* gemacht wird. Die sexuelle Belästigung ist demgegenüber von der Beweiserleichterung des Art. 6 GlG ausgenommen; die Betroffene trägt hierfür die volle Beweislast<sup>613</sup>. Wie bereits erläutert, ist indessen auch beim Diskriminierungstatbestand der sexuellen Belästigung eine Herabsetzung des Beweismaßes zu fordern, weil dies einer verfassungskonformen Anwendung der Beweisregeln entspricht und weil damit der Häufigkeit des Phänomens und der Hemmschwelle von Opfern, die eigene Betroffenheit zuzugeben und sich zur Wehr zu setzen, Rechnung getragen wird<sup>614</sup>. Mit der Beweisregelung in Art. 6 GlG wird der Gesetzgeber der sozialen Wirklichkeit der sexuellen Belästigung nicht gerecht.

*ee) Zwischenergebnis*

Mit dem Gleichstellungsgesetz hat der Gesetzgeber erstmals explizit auf das Phänomen der sexuellen Belästigung reagiert. Es stellt klar, daß die Belästigungshandlung nicht notwendig sexuell sein muß, und daß die Belästigung auch von betrieblich Gleichgestellten ausgehen und somit unabhängig von formalen Machtpositionen vorkommen kann. Das Gleichstellungsgesetz benennt die sexuelle Belästigung zudem als geschlechtsbezogene Diskriminierung und folgt damit der radikal-feministischen Konzeption. Allerdings wählt auch das Gleichstellungsgesetz das Persönlichkeitsrecht als Bezugspunkt für das Recht gegen sexuelle Belästigung. Dies ist aus radikal-feministischer Sicht problematisch, weil das Persönlichkeitsrecht nicht alle Aspekte der sexuellen Belästigung erfaßt und sich in der konkreten Rechtsanwendung als inadäquat erweist.

---

<sup>613</sup> GlGK-Steiger-Sackmann, N 65 zu Art. 6 GlG.

<sup>614</sup> Siehe oben S. 180 ff. (2.a.dd., Verfahrensrechtliche Aspekte).

**c) Ergebnis zum geltenden Vertragsrecht – Defizite aus radikal-feministischer Sicht**

Das geltende Recht stellt mit dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) einen Rechtsbehelf gegen sexuelle Belästigung im Vertragsverhältnis zur Verfügung. Im Rahmen des Individualarbeitsvertrages erweitert es diesen Schutz, indem es mit Art. 328 OR und dem Gleichstellungsgesetz die Arbeitgebenden verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmenden gegen Belästigungshandlungen zu ergreifen. Im Zusammenhang mit sexueller Belästigung wird in Rechtsprechung und Schrifttum eingeräumt, daß sexuelle Belästigung eine geschlechtsbezogene Diskriminierung darstellt. Diese Auffassung findet im Titel des Art. 4 GlG ihre positiv-rechtliche Verankerung. Daß dem so ist, hängt wohl nicht unwesentlich damit zusammen, daß das maßgeblich von MACKINNON geprägte Verständnis der sexuellen Belästigung als Geschlechterdiskriminierung von der US-amerikanischen Rechtsprechung und Lehre übernommen wurde. Diese wiederum nahm in der erst später einsetzenden Diskussion in Europa eine Vorreiterrolle ein.

*Insgesamt fällt aber auf, daß sich im Zusammenhang mit sexueller Belästigung ungleich mehr gleichheitsorientierte Rhetorik als Praxis findet, und daß letztlich die schweizerische Gesetzgebung und die schweizerische Lehre die sexuelle Belästigung auf ein Problem des Persönlichkeitsschutzes reduzieren. Zwar ist richtig, daß sexuelle Belästigung die Betroffenen auch in ihrer Persönlichkeit trifft. Das Persönlichkeitsrecht kann aber als individuell ausgerichtetes Recht, welches die Person als solche und nicht die Person im Geschlechterverhältnis im Blick hat, der kollektiven und geschlechtsbezogenen Dimension der sexuellen Belästigung nicht gerecht werden. Seine Defizite zeigen sich insbesondere im Rahmen der Rechtsanwendung. Wenn für die Frage des Belästigungscharakters auf das Arbeitsumfeld abgestellt wird, so wird die betriebliche Praxis zum Maßstab für das Recht. Wenn die Einwilligung vermutet wird, wenn sich Betroffene nicht lautstark wehren, so wird die sozialtypisch weibliche Lebenswirklichkeit ignoriert. Wenn verfahrensrechtlich die sexuelle Belästigung zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden muß, so impliziert dies den Exzeß, wo normale weibliche Lebenswirklichkeit vorliegt. Insgesamt vermag aus radikal-feministischer Sicht das Persönlichkeitsrecht die Wirklichkeit der sexuellen Belästigung nicht in allen Aspekten zu erfassen und kann somit nicht angemessen auf sie reagieren.*

### 3. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung des radikal-feministischen Ansatzes *de lege lata*

Die Untersuchung des geltenden Regelungswerks gegen sexuelle Belästigung hat ergeben, daß dieses in seiner derzeitigen Interpretation aus radikal-feministischer Sicht in vielfacher Hinsicht unbefriedigend ist. Damit stellt sich die Frage, inwieweit den radikal-feministischen Kritikansätzen durch eine Neuinterpretation Rechnung getragen werden kann.

#### a) Allgemeine Überlegungen

Im Arbeitsvertrags- wie auch im übrigen Vertragsrecht muß, damit eine sexuelle Belästigung relevant wird, eine Persönlichkeitsverletzung vorliegen. Demgegenüber will die radikal-feministische Kritik sexuelle Belästigung als Verstoß gegen den Gleichheitssatz verstanden wissen. Dieser Gegensatz kann innerhalb des geltenden Rechts nicht durch schlichte Neuinterpretation überbrückt werden. Zwar ist – wie im Zusammenhang mit der Preis- und Mitgliedschaftsdiskriminierung deutlich wurde<sup>615</sup> – die geschlechtsbezogene Benachteiligung geeignet, die Persönlichkeit der Betroffenen zu verletzen. Insofern findet auch ein Diskriminierungsverbot unter dem umfassenden Begriff des Persönlichkeitsschutzes seinen Platz. Dennoch bleibt es bei einer Inkompatibilität: Die bloße Persönlichkeitsrelevanz einer Handlung resultiert nicht jedesmal in der Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung. Der Schritt vom Persönlichkeitsbezug zur Persönlichkeitsverletzung wird durch die persönlichkeitsrechtliche Perspektive bestimmt. Diese verlangt nach einer Abwägung der Interessen des Belästigers (z.B. Meinungsäußerungsfreiheit) und derjenigen der Betroffenen. Bei einem Diskriminierungsverbot gelten solche Einschränkungen gerade nicht. Zudem hat die persönlichkeitsrechtliche Perspektive ein selbstbestimmtes, freiheitsorientiertes und vor allem gleichberechtigtes Individuum im Blick. Demgegenüber hat ein auf Abbau von Hierarchien gerichtetes Gleichheitsverständnis die gelebte Ungleichheit vor Augen; es setzt Selbstbestimmtheit nicht voraus, sondern will erst die Voraussetzungen schaffen, unter denen sie möglich wird.

---

<sup>615</sup> Siehe oben S. 85 ff. (I.3.b., Mitgliedschafts- und Preisdiskriminierung).

Es bleibt dabei, daß Persönlichkeitsrecht und Gleichheitsrecht verschiedene *Aspekte* gesellschaftlicher Existenz treffen<sup>616</sup> und dies auch Folgen für die konkrete Rechtsanwendung hat. Sie sind zwar eng verknüpft<sup>617</sup>, aber eben doch nicht beliebig austauschbar. Daher gilt es, sich im Kontext der sexuellen Belästigung für einen der beiden (möglichen) rechtlichen Bezugspunkte zu entscheiden. Für den radikal-feministischen Ansatz kann dies nur das Gleichheitsrecht sein. Da das geltende Recht demgegenüber das Persönlichkeitsrecht zum Bezugspunkt gewählt hat, muß die Berücksichtigung der radikal-feministischen Perspektive *de lege lata* unvollständig bleiben.

#### b) Zum Problem der Beweiserleichterung

Im geltenden Recht gilt bezüglich der Beweislast für die Belästigungshandlung der Grundsatz des Art. 8 ZGB, wonach derjenige, welcher einen Rechtsanspruch behauptet, den dem Rechtsanspruch zugrunde liegenden Sachverhalt zu beweisen hat<sup>618</sup>. Beweisen bedeutet, einen Sachverhalt zur Überzeugung des Gerichts nachzuweisen<sup>619</sup>. Dem radikal-feministischen Ansatz im Recht würde es demgegenüber entsprechen, wenn in Belästigungsfällen die Betroffene die Belästigungshandlung nicht beweisen, sondern lediglich glaubhaft machen müßte. Das Genfer Arbeitsgericht hat sich in einer Entscheidung mit der Glaubhaftmachung begnügt<sup>620</sup>. Indessen ist im Gleichstellungsgesetz die sexuelle Belästigung gerade eine von den zwei Diskriminierungstatbeständen, welche von der Beweiserleichterung nach Art. 6 GlG ausgenommen wurden. Der Gesetzgeber hat somit einen Grundsatzentscheid getroffen, den die Rechtsprechung schon aus Gründen der gleichmäßigen Rechtsanwendung auch für Vertragsverhältnisse außerhalb des im GlG geregelten

---

<sup>616</sup> Ähnlich Baer (Belästigung, S. 329) zur Unterscheidung von Gleichheit und Würde.

<sup>617</sup> Vgl. den rechtstheoretischen Vergleich zwischen dem Persönlichkeitsrecht und dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz bei J.P. Müller, Persönlichkeitschutz, S. 69 ff.

<sup>618</sup> Kritisch zur Ableitung einer Beweislastregel aus Art. 8 ZGB: Meier, Beweislastverteilung, S. 719 ff.

<sup>619</sup> BGE 74 II 205 E. 1; 98 II 242 E. 5; Meier, Beweismaß, S. 60; Frank/Sträuli/Messmer, N 3 zu § 148 ZPO.

<sup>620</sup> ArGer GE, JAR 1989, S. 175.

Arbeitsvertrages beherzigen wird. Daher kann *de lege lata* eine Beweiserleichterung bei Belästigungsfällen nicht mehr erreicht werden<sup>621</sup>.

**c) Ergebnis zu den Möglichkeiten einer Berücksichtigung des radikal-feministischen Ansatzes *de lege lata***

Die radikal-feministische Forderung nach einer gleichheitsorientierten Konzeption der sexuellen Belästigung und nach einer Beweiserleichterung bei Belästigungsfällen kann auch unter Ausschöpfung von Interpretationsspielräumen nicht berücksichtigt werden. Das geltende Recht gegen sexuelle Belästigung ist im Persönlichkeitsrecht verhaftet. Persönlichkeitsrecht und Gleichheitsrecht überschneiden sich in gewissen Bereichen, können aber nicht untereinander subsumiert werden. Beweiserleichterungen können zwar durch die Rechtsprechung geschaffen werden, doch hat vorliegend der Gesetzgeber mit der Statuierung des vollen Beweismaßes für Belästigungsfälle im Rahmen des Gleichstellungsgesetzes die Frage für das restliche Vertragsrecht vorentschieden. Die Berücksichtigung der radikal-feministischen Zielsetzung kann daher nur *de lege ferenda* erfolgen.

**4. Radikal-feministische Forderungen *de lege ferenda***

Für eine an der radikal-feministischen Sicht orientierte Regelung der sexuellen Belästigung muß die bestehende persönlichkeitsrechtsorientierte Konzeption zugunsten eines gleichheitsorientierten Verständnisses aufgegeben werden. Dieser Forderung kann im Vertragsrecht vollständig nur mit Änderungen des geltenden Rechts Rechnung getragen werden. Dazu gehört zunächst die Einführung eines neuen, gleichheitsorientierten Verständnisses der sexuellen Belästigung durch eine Änderung der bestehenden Definition (a). Da aus radikal-feministischer Sicht außerdem eine konsequente Erstreckung des Belästigungsverbots auf *alle* Vertragsformen erforderlich ist, ist das Verbot sinnvollerweise im ZGB zu verorten (b). Schließlich ist die sexuelle Belästigung bezüglich der Beweisregeln den anderen Diskriminierungstatbeständen gleichzu-

---

<sup>621</sup> Die Genfer Entscheidung, die ein Glaubhaftmachen genügen ließ, erging denn auch vor Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes.

stellen (c).

**a) Legaldefinition – Sexuelle Belästigung als geschlechtsbezogene Benachteiligung**

Eine Legaldefinition der sexuellen Belästigung, die der radikal-feministischen Konzeption von Belästigung als einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung Rechnung trägt, findet sich bei BAER<sup>622</sup>. Allerdings ist jene Definition auf die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zugeschnitten und enthält nebst der eigentlichen Umschreibung eine exemplarische Aufzählung zahlreicher arbeitsplatzbezogener Belästigungsformen<sup>623</sup>. Auf eine solche Aufzählung wird man in einer Begriffsbestimmung, die letztlich auf *alle* Vertragsarten abzielen soll, verzichten können, zumal die einzelnen Anwendungsfälle umfassender und wirkungsvoller durch Rechtsprechung und Schrifttum zu konkretisieren sind<sup>624</sup>. Eine auf das gesamte Schuldvertragsrecht anwendbare Umschreibung könnte in etwa folgendermaßen lauten:

Sexuelle Belästigung ist körperliches, verbales oder sonst kommunikatives Handeln, das Menschen aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit benachteiligt. Die Benachteiligung kann in psychischer oder physischer Beeinträchtigung bestehen.<sup>625</sup>

---

<sup>622</sup> Baer, Belästigung, S. 327 f.

<sup>623</sup> Vgl. dazu den Arbeitsplatzbezug im Untertitel der Arbeit von Baer: 'Würde oder Gleichheit. Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA'.

<sup>624</sup> Nebenbei sei erwähnt, daß die Aufzählung der Belästigungsformen in Art. 4 GIG mehr schadet als nützt, da sie sich am Sexualstrafrecht orientiert und sich auf schwerwiegende Übergriffe beschränkt.

<sup>625</sup> Vgl. die ähnliche Formulierung bei Baer, S. 327 f. Eine noch kürzere, aber im wesentlichen inhaltsgleiche Definition, findet sich bei MacKinnon, Sexual Harassment, S.174: „Sexual harassment of working women is argued to be employment discrimination based on gender where gender is defined as the social meaning of sexual biology.“

## b) Das Diskriminierungsverbot und seine gesetzliche Verortung

Während vorher nur das Persönlichkeitsrecht als Recht gegen sexuelle Belästigung in Vertragsverhältnissen diente, muß diese Funktion nunmehr durch eine neue Gesetzesbestimmung erfüllt werden, die sexuelle Belästigung dem Gleichheitskonzept unterstellt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß eine so verstandene Belästigungsdiskriminierung in engstem Zusammenhang mit den anderen Formen geschlechtsbezogener Diskriminierung (z.B. Lohndiskriminierung, Mitgliedschaftsdiskriminierung) steht. Ihre Sanktionierung sollte deshalb nicht unter Ausschluß dieser anderen Formen erfolgen. Es ist vielmehr aus radikal-feministischer Sicht sachgerecht, die Statuierung eines allgemeinen, die sexuelle Belästigung mitumfassenden Diskriminierungsverbotes vorzuschlagen. Als erstes Zwischenergebnis kann darum festgehalten werden: *Aus radikal-feministischer Sicht bedarf es de lege ferenda eines allgemeinen Diskriminierungsverbots für alle Verträge, das die Fallgruppe der sexuellen Belästigung mit einschließt.* Ein solches Diskriminierungsverbot könnte im schweizerischen Recht allerdings an unterschiedlichen Stellen geregelt werden. In Frage kommen einerseits das Gleichstellungsgesetz (aa), andererseits das Zivilgesetzbuch einschließlich des Obligationenrechts (bb).

### aa) Das Gleichstellungsgesetz

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot könnte im Gleichstellungsgesetz statuiert werden. Das Gleichstellungsgesetz wurde in Ausführung des Verfassungsauftrages zur Behebung der geschlechtsbezogenen Diskriminierung (Art. 4 II BV) erlassen. Sexuelle Belästigung stellt eine solche geschlechtsbezogene Diskriminierung dar. Das Gleichstellungsgesetz ist bisher das einzige Gesetz, das in Anwendung von Art. 4 II BV auf dem Gebiet des Schuldvertragsrechts ergangen ist. Es ist ein in sich geschlossenes Regelwerk, das mit seinen Sanktionsmechanismen (verschuldensunabhängige Entschädigungspflichten) und Verfahrensregeln (u.a. Beweiserleichterung, Verbandsklagerecht, Untersuchungsmaxime) dem verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrag auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts umfassend zum Durchbruch verhelfen soll. Zwar ist das Gesetz in seiner jetzigen Fassung lediglich auf privatrechtliche und öffentlichrechtliche *Arbeitsverhältnisse* anwendbar (Art. 2 GlG). Das allein ist aber kein Hinderungsgrund, ein nach der Gleichheitskonzeption neu formuliertes, das Belästigungsverbot einschließendes Diskriminierungsverbot in das Gleichstellungsgesetz aufzunehmen,

wenn dabei gleichzeitig dessen Geltungsbereich erweitert würde. Diskriminierungs- und Belästigungsverbot wären dann für alle Schuldverträge im Gleichstellungsgesetz geregelt. Das Gleichstellungsgesetz würde damit zu einer Art 'Magna Charta' der schuldvertragsrechtlichen Gleichstellung, wie sie in anderen Rechtskreisen bereits Vorbilder hat<sup>626</sup>.

Einer solchen Regelung stehen aber andererseits Bedenken gegenüber. Gesetzessystematisch wäre die Regelung eines allgemeinen – d.h. für *alle* Verträge geltenden – Verbots *außerhalb* des ZGB/OR ein unglücklicher Ausnahmezustand. Es ist sonst nicht üblich, allgemeine zivilrechtliche Grundsätze in einem Spezialgesetz zu verankern. Dem Grundsatz nach wäre also ein allgemeines Belästigungsverbot bei Verträgen systematisch am sachgerechtesten im allgemeinen Teil des Obligationenrechts oder in den Eingangsvorschriften des Zivilgesetzbuches anzusiedeln. Zwar scheinen solche Diskriminierungsverbote intuitiv besser in ein spezialgesetzliches Gleichstellungsgesetz als in das allgemeine Privatrecht zu passen. Dies liegt nicht zuletzt am offensichtlich *politischen* Charakter eines geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbots. Im sonst apolitisch formulierten Zivilrecht wirkt es als Fremdkörper. Die cursorische Durchsicht des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts erhärtet diesen Befund: Diskriminierungsverbote fügen sich nirgends nahtlos ein. Aus feministischer Sicht ist dies aber gerade ein zusätzlicher Grund, Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht zu verankern, ganz nach dem Grundsatz 'the personal is the political'. *Mit der Statuierung von Diskriminierungsverboten wird das Schuldvertragsrecht nicht neu politisiert, sondern es wird seine bestehende politische Kontingenz verstärkt offengelegt.*

Daran schließt sich die weitergehende Frage an, ob sich das Gleichstellungsgesetz nicht anders als bisher auf verfahrens- und verwaltungsrechtliche Aspekte – z.B. die Statuierung eines Schlichtungsverfahrens in Gleichstellungsfragen, die Finanzhilfe für Betriebe mit geschlechtsbezogenen Förderungsprogrammen – beschränken sollte, während die Diskriminierungsverbote und ihre Sanktionen *zentral* und *einheitlich* im materiellen Vertragsrecht einzubinden wären. Der besonderen Situation im arbeitsvertraglichen Kontext könnte im Rahmen der Gesetzesbestimmungen über den Individualarbeitsvertrag Rechnung getragen wer-

---

<sup>626</sup> Zu einer solchen, für alle Verträge geltenden Regelung, vgl. § 52 California Civil Code; § 1-2501 Washington, D.C., Code; Art. 1 Code des droits de la personne (Ontario, Canada, abgedruckt in *Trachslers*, S. 248 ff.).

den. Andere Problembereiche, wie sie das Gleichstellungsgesetz für die Arbeitgebenden vorsieht – etwa die Entschädigungspflicht bei unterlassenen Präventivmaßnahmen gegen Belästigungshandlungen durch Erfüllungsgehilfen – könnten bei der allgemeinen Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR) geregelt werden<sup>627</sup>. Durch diese Aufwertung von Sonderrechtstatbeständen zu allgemeinen Schuldvertragsrechtsnormen könnte die Randstellung, die dem Gleichstellungsgesetz und seinen aus radikal-feministischer Sicht richtigen Regelungen derzeit noch zukommt, aufgehoben und durch eine unübersehbar zentrale und vollständige Erfassung aller Verträge ersetzt werden.

*bb) Das allgemeine Zivilrecht (ZGB/OR)*

Will man die geschilderte Umorientierung vom Gleichstellungsgesetz zum allgemeinen schuldrechtlichen Belästigungsverbot vornehmen, so bietet es sich an, das allgemeine Diskriminierungsverbot bei Art. 2 ZGB einzuordnen. Diese Norm fordert jedermann auf, bei der Ausübung seiner Rechte und bei der Wahrnehmung seiner Pflichten nach *Treu und Glauben* zu handeln. Die Norm ist damit ein Zentralgebot des gesamten Zivilrechts. Das Diskriminierungsverbot kann als Konkretisierung dieser Treuepflicht verstanden werden. Zudem stünde es an prominenter Stelle und gäbe somit dem Willen des Gesetzgebers Ausdruck, dem in Art. 4 II BV statuierten Verfassungsauftrag umfassend Rechnung zu tragen und ihn dadurch ernst zu nehmen. Denn ein dort situiertes Verbot würde für das *gesamte Zivilrecht* gelten, was aus radikal-feministischer Sicht zu begrüßen wäre. Ein neuer Art. 2a ZGB könnte beispielsweise folgende Formulierung enthalten:

Art. 2a ZGB [II. Verbot der Diskriminierung]  
Niemand darf bei der Begründung oder Ausübung von Rechten oder in Erfüllung von Pflichten andere aufgrund ihres Geschlechts direkt oder indirekt benachteiligen.

---

<sup>627</sup> Ein neuer Abs. 2 von Art. 101 könnte beispielsweise wie folgt lauten: „Die Geschäftsherrin hat zur Verhinderung der sexuellen Belästigung diejenigen Maßnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihr billigerweise zugemutet werden können. Unterläßt sie dies, hat die betroffene Vertragspartei Anspruch auf Entschädigung. Die Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen.“

Sodann ist in diesem Rahmen auch die Definition der sexuellen Belästigung anzubringen und es ist klarzustellen, daß sexuelle Belästigung eine Form der Geschlechterdiskriminierung darstellt. Art. 2b ZGB könnte etwa wie folgt formuliert werden:

Art. 2b ZGB [III. Diskriminierung durch sexuelle Belästigung]  
 Sexuelle Belästigung ist Diskriminierung. Sie ist körperliches, verbales oder sonst kommunikatives Handeln, das Menschen aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit benachteiligt. Die Benachteiligung kann in psychischer oder physischer Beeinträchtigung bestehen<sup>628</sup>.

Wie im übrigen Anti-Diskriminierungsrecht wäre also im Rahmen der Prüfung, ob eine Belästigung zu bejahen ist, in erster Linie danach zu fragen, ob eine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung vorliegt. Im Belästigungskontext liegt eine solche vor, wenn ein Verhalten es für die Betroffene schwierig macht, ihre Arbeit zu verrichten<sup>629</sup>.

Ein Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot würde – je nach Umständen – eine Schadenersatzpflicht nach Art. 41 OR oder nach Art. 97 OR auslösen<sup>630</sup>. Hinsichtlich möglicher Genugtuungsansprüche ergibt sich bei der vorgeschlagenen Lösung das Problem, daß eine solche nach geltendem Recht nur im Falle einer Persönlichkeitsverletzung geschuldet ist (Art. 49 OR). Damit müßte für die Genugtuungsansprüche jedesmal geprüft werden, ob die Diskriminierung auch eine Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB) darstellt. Dies ist aber nicht der Sinn eines eigenständigen Diskriminierungsverbotes, welches gerade unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des Art. 28 ZGB gegeben sind,

<sup>628</sup> Vgl. hierzu die Hinweise oben Fn. 625.

<sup>629</sup> So die US-Verfassungsrichterin *Ginsburg* und der US-Verfassungsrichter *Scalia* in *Harris v. Forklift Systems Inc.*, 114 S.Ct. 367 (1993).

<sup>630</sup> Wo kein Vertrag besteht, richtet sich der Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 41 OR. Wo ein Vertrag besteht, verletzt die diskriminierende Person eine vertragliche Nebenpflicht und begeht eine positive Vertragsverletzung. Der Anspruch richtet sich dann nach Art. 97 OR. Im Entwurf zum neuen Haftpflichtrecht wird allerdings die positive Vertragsverletzung den Regeln über die unerlaubte Handlung unterstellt. Sollte der Vorentwurf zu geltendem Recht werden, entfällt die Spaltung der Anspruchsgrundlagen. Zum Vorentwurf vgl. ZSR 116 I (1997), S. 407 ff.

die Geschlechterdiskriminierung beseitigen soll<sup>631</sup>.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich die Forderung nach einer Änderung von Art. 49 OR in dem Sinne, daß bei erlittener seelischer Unbill aufgrund einer Diskriminierung eine Genugtuung *unabhängig* davon geschuldet ist, ob eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB vorliegt. Eine neue Fassung von Art. 49 OR könnte – in Anlehnung an die relational-feministischen Neuformulierung<sup>632</sup> – beispielsweise folgendermaßen lauten:

Art. 49 OR [ Bei Verletzung der Persönlichkeit oder Diskriminierung]

(1) Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird oder wer von einer Diskriminierung im Sinne von Art. 2a ZGB betroffen ist, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Verletzung nicht anders wiedergutmacht worden ist.

(2) Anstatt oder neben dieser Leistung kann das Gericht auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.

### c) Beweiserleichterung

Bisher ist die sexuelle Belästigung von der Beweiserleichterung des Art. 6 GIG ausgenommen. Die radikal-feministische Rechtskritik fordert demgegenüber, daß die Beweiserleichterung nicht nur bezüglich der typischen Diskriminierungsfälle im Arbeitsverhältnis (u.a. Entlohnung, Beförderung), sondern auch bezüglich der sexuellen Belästigung gilt. Das ZGB kennt verschiedene Rechtstatbestände, bei denen die Rechtsfolge bereits bei der Glaubhaftmachung eintritt<sup>633</sup>. Das Diskriminie-

<sup>631</sup> Vgl. demgegenüber GIGK-Bigler-Eggenberger, N 43, 60 zu Art. 5 GIG, wonach Diskriminierungen im Sinne des GIG auch immer Persönlichkeitsverletzungen im Sinne von Art. 28 ff. ZGB darstellen, weshalb sich die Frage der Widerrechtlichkeit der Diskriminierung, aber auch deren Ausschluß (Art. 28 II ZGB: Einwilligung, privates oder öffentliches Interesse) nach den Grundsätzen des Persönlichkeitsrechts richtet.

<sup>632</sup> Vgl. oben S. 158 (II.4.c., Anspruchsdenken).

<sup>633</sup> Etwa Art. 256b II, 260b II, 961 III ZGB. Der Begriff der Glaubhaftmachung hat sowohl einen materiellrechtlichen wie auch einen prozessualen Aspekt, vgl. nur BGE 104 II 412 f. E. 4. Der materiellrechtliche Aspekt tritt dann zutage, wenn

rungsverbot im neuen Art. 2a ZGB kann also dahingehend präzisiert werden, daß eine Diskriminierung vermutet wird, wenn sie glaubhaft gemacht wird. Entsprechend ist die Beweisregelung im Gleichstellungsgesetz zu streichen. Der ergänzte Art. 2a ZGB könnte folgendermaßen lauten:

Art. 2a ZGB [II. Verbot der Diskriminierung]

(1) Niemand darf bei der Begründung oder Ausübung von Rechten oder in Erfüllung von Pflichten andere aufgrund ihres Geschlechts direkt oder indirekt benachteiligen.

(2) Für die Annahme einer Diskriminierung im Sinne von Absatz 1 genügt ihre Glaubhaftmachung<sup>634</sup>.

**d) Ergebnis zu den radikal-feministischen Forderungen *de lege ferenda***

Als radikal-feministische Forderungen *de lege ferenda* ergeben sich eine Neuformulierung des Belästigungstatbestandes als geschlechtsbezogene Nachteilszufügung und eine der Neuformulierung verpflichtete Statuierung eines allgemeinen Belästigungsverbot bei Verträgen. Dieses sollte als Teil eines umfassenderen Diskriminierungsverbots verstanden und an zentraler Stelle in den Anfangsbestimmungen des ZGB verortet werden, statt es – wie bisher im Kontext des Arbeitsvertrags – dem Sonderrecht des Gleichstellungsgesetzes zu überlassen. Zudem ist die Beweiserleichterung für sexuelle Belästigung vorzusehen.

---

für den Eintritt der Rechtsfolge eines bestimmten Rechtstatbestandes die Glaubhaftmachung genügt. Demgegenüber betrifft die Glaubhaftmachung einen prozessualen Aspekt, wenn als Voraussetzung für die Anordnung einer vorsorglichen Maßnahme die Glaubhaftmachung des Anspruchs Voraussetzung ist. Da gemäß der hier vertretenen Ansicht das Gleichstellungsgesetz keine materiellrechtlichen Regeln mehr enthalten sollte, rechtfertigt sich die Einordnung der Beweiserleichterung in das ZGB umso mehr.

<sup>634</sup> Bei dieser Formulierung würde die Beweiserleichterung auch für die Anstellungsdiskriminierung gelten. Deren Ausnahme von der Beweiserleichterung ist dem Votum des Nationalrats zu verdanken, von der Zielsetzung des Gesetzes her jedoch nicht zu rechtfertigen.

## 5. Ergebnis zum radikal-feministischen Ansatz im Schuldvertragsrecht

Aus radikal-feministischer Sicht spiegelt Recht – auch das geschlechtsneutral formulierte Vertragsrecht – gesellschaftliche *Machtverhältnisse* wider. Zu diesen sich im Recht widerspiegelnden Machtverhältnissen gehört auch das Geschlechterverhältnis, das aus radikal-feministischer Sicht durch eine Hierarchie zwischen den Geschlechtern und eine allgegenwärtige Dominanz von Männern über Frauen geprägt ist, wobei 'Mann' und 'Frau' soziale und nicht biologische Kategorien bezeichnen. Die soziale Definition des weiblichen als des unterworfenen und des männlichen als des unterwerfenden Geschlechts vollzieht sich durch fortwährende Sexualisierung der Frau. *Sexuelle Belästigung wird damit zum Inbegriff der Mittel, mit denen Dominanz und Hierarchie einerseits erzeugt und andererseits fortgeschrieben werden.* Hierarchisierung ist (geschlechtsbezogene) Diskriminierung. Der Radikal-Feminismus setzt dem ein *Gleichheitsverständnis als Hierarchisierungsverbot* entgegen. Eine radikal-feministische Kritik des Vertragsrechts legt darum größten Wert auf das umfassende Verbot sexueller Belästigung in allen vertraglich begründeten Näheverhältnissen. Dem werden die geltenden Regelungen, selbst diejenigen des neuen Gleichstellungsgesetzes, nicht gerecht. Auch durch Ausschöpfung von Interpretationsspielräumen sind die Forderungen des Radikal-Feminismus *de lege lata* im schweizerischen Vertragsrecht nicht erfüllbar. Dazu bedarf es weitgehender Gesetzesänderungen an zentraler Stelle im ZGB.

## IV. Ergebnis zur feministischen Kritik des Schuldvertragsrechts

### 1. Die Kritik – Einseitige Ausrichtung auf männliche Lebenszusammenhänge

Die Untersuchung des Schuldvertragsrechts aus der liberalen, der relationalen und der radikal-feministischen Perspektive führt zum Ergebnis, daß dieses überwiegend auf sozialtypisch männliche Lebenswirklichkeiten und Sichtweisen abstellt, während es weibliche Erfahrungen und Bedürfnisse vernachlässigt.

Aus liberal-feministischer Sicht zeigt sich die geschlechtsbezogene

Parteilichkeit des Vertragsrechts besonders im breiten Anwendungsbereich der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit, welche die Zielsetzung einer gleichberechtigten Teilnahme von Frauen im erwerbsrelevanten Vertragsgeschehen behindert. Aus relational-feministischer Sicht erfüllt das Schuldvertragsrecht den Auftrag an die Neutralisierung der Geschlechterdifferenz im Recht nicht, weil es von einem eigeninteressierten, anspruchorientierten und konfliktbereiten Vertragsrechtssubjekt ausgeht und somit dem sozialtypisch weiblichen Beziehungs- und Personendenken die rechtliche Relevanz abspricht. Aus radikal-feministischer Sicht stellt sich das Problem, daß das Schuldvertragsrecht die Problematik der sexuellen Belästigung im Vertragsverhältnis nicht adäquat erfaßt, weil es als rechtlichen Bezugspunkt das Persönlichkeitsrecht statt das Anti-Diskriminierungsrecht wählt und dabei der radikal-feministischen Erkenntnis der geschlechterhierarchischen Strukturierung der Gesellschaft außer acht läßt.

Die Nichtberücksichtigung der faktisch ungleichen Situation der Geschlechter aufgrund irrationaler Vorurteile oder aufgrund der weiblichen Normalbiographie (liberal-feministischer Ansatz), die Abwertung sozialtypisch weiblichen Beziehungsdenkens (relational-feministischer Ansatz) sowie die Ausblendung männlicher Sexualdominanz im Vertragsrecht (radikal-feministischer Ansatz) kennzeichnet ein Defizit des allgemeinen Gültigkeitsanspruchs seiner Normen.

## **2. Die Forderungen – zu den Möglichkeiten und Grenzen der feministischen Rechtskritiken**

Das geltende Schuldvertragsrecht trägt den verschiedenen feministischen Anliegen teilweise Rechnung. Zudem kann es unter Anwendung einer feministischen Dogmatik für die jeweiligen Zielsetzungen zusätzlich fruchtbar gemacht werden. Schließlich können auch gleichstellungsorientierte Änderungen des Schuldvertragsrecht zur Verwirklichung der feministischen Forderungen beitragen.

Am weitestgehenden ist das Schuldvertragsrecht mit der liberal-feministischen Forderung nach der gleichgestellten Partizipation von Frauen im Erwerbsleben kompatibel. Dies erstaunt insofern nicht, als der liberale Feminismus die herrschende Werteordnung zu weiten Teilen über-

nimmt und lediglich *innerhalb* derselben gleiche Partizipationsmöglichkeiten für Frauen fordert<sup>635</sup>.

Auch die radikal-feministische Vertragsrechtskritik findet eines ihrer *zentralen* Themen, die sexuelle Belästigung, durch einen Verbotstatbestand im Recht berücksichtigt. Allerdings zeigt die konkrete Ausgestaltung dieses Verbotstatbestandes als Persönlichkeitsverletzung, daß das Geschlechterverhältnis grundsätzlich symmetrisch und nicht hierarchisch wahrgenommen wird. Dies entspricht zwar dem liberalen und dem relationalen, nicht aber dem radikalen Verständnis der Geschlechterbeziehung. Die radikal-feministische Sichtweise kann aber dennoch im Rahmen der geltenden Rechtsordnung in die Rechtsanwendung einfließen. Auch wenn das Gleichheitsrecht das Geschlecht selbst nicht als soziale Hierarchie wahrnimmt, so öffnet doch bereits die in der traditionellen Grundrechtsdogmatik verwendete Interpretation des Gleichheitssatzes als eines Egalisierungsgebotes den Blick auf *strukturelle Ungleichheiten* zwischen den Geschlechtern. Aus diesem Grund kann auch im geltenden System den radikal-feministischen Forderungen an das Schuldvertragsrecht bei allen Differenzen im Grundsätzlichen bis zu einem gewissen Grade Rechnung getragen werden.

Schwieriger gestaltet sich die Lage beim relationalen Feminismus. Bei näherem Hinsehen erweist sich dieser als eine *Kritik des Wirtschaftsliberalismus* von einer moralisch-weiblichen Warte aus: Die liberale Ideologie der Nichteinmischung deckt sich dabei mit dem Befund einer männlichen Identität der Abgrenzung, während der vom liberalen Wirtschaftssystem vorausgesetzte Individualismus sein Pendant in der als männlich bezeichneten Orientierung an individualistischen Werten findet. So resultiert aus der relational-feministischen Polarisierung der Geschlechtercharaktere eine Kritik des als männlich verstandenen liberalen Systems<sup>636</sup>. Damit steht aber auch fest, daß die relational-feministische Forderung nach einem beziehungs- und personenorientierten Recht sich nur bedingt in das geltende Schuldvertragsrecht mit seiner liberal-individualistischen Wertgrundlage einfügen läßt. Auch den sozialstaatlichen Prinzipien, die im Schuldvertragsrecht ihren Niederschlag gefunden haben, läßt sich nichts für den relationalen Feminismus entnehmen:

---

<sup>635</sup> So auch *U. Meyer*, S. 14 f.

<sup>636</sup> Vgl. dazu *J. Williams*, *Deconstructing Gender*, S. 811 ff. Nicht ganz unzutreffen führt die Autorin hinsichtlich des relationalen Feminismus aus: „It is Marxism you can take home to mother“. *Dies.*, S. 820.

Selbst für diese Prinzipien gilt, daß sie zwar die schwächere, nicht aber die eine 'andere' Vertragspartei im Blick haben.



**DRITTER TEIL**  
**DER STATUSVERTRAG 'EHE' AUS**  
**FEMINISTISCHER SICHT**

Während die bisher untersuchten Schuldverträge zu der im weitesten Sinne 'öffentlichen' Sphäre rechtsgeschäftlichen Handelns gehören, wird die 'private' Sphäre vor allem durch das Familienrecht bestimmt, das seinerseits wiederum zentral durch den Statusvertrag 'Ehe' geprägt wird. Reformbemühungen zur Gleichstellung der Geschlechter haben sich darum immer auch auf das Verhältnis von Mann und Frau in der Ehe gerichtet.

Das Eherecht vollzog im Laufe seiner Geschichte den Schritt vom reinen Herrschaftsanspruch des Ehemannes zum ehemännlichen Leitungsrecht mit daran gekoppelten Schutz- und Unterhaltspflichten. Ein solches, modifiziert patriarchalisches Recht ist es bis in die jüngste Vergangenheit geblieben. Mit der Revision des schweizerischen Eherechts vom 5.10.1984 (Inkrafttreten: 1.1.1988) wurde die Vormachtstellung des Ehemannes aufgehoben und das formell patriarchalische Ehemodell durch ein formell partnerschaftliches ersetzt (I).

Inwieweit das formell partnerschaftliche Ehemodell der feministischen Forderung nach *tatsächlicher* Gleichstellung der Geschlechter gerecht wird, bleibt zu untersuchen. Die Untersuchung beschränkt sich auf die gesetzliche Präzisierung des partnerschaftlichen Ehemodells in bezug auf die persönlichen Wirkungen der Ehe (Art. 159-178 ZGB)<sup>637</sup>. Es bietet sich auch hier wieder an, diese Frage getrennt nach dem Blickwinkel der drei Hauptlinien rechtsrelevanter feministischer Ansätze anzugehen – also der liberal-feministischen (II), der relational-feministischen (III) und der radikal-feministischen (IV). Entbehrlich ist hingegen die im Schuldvertragsrecht vorgenommene Suche nach Konnotationen feministischer Kritik im geltenden Recht. Denn die geschlechtsbezogene Ungleichheit im Eheverhältnis war ja gerade der Hauptanlaß für die Reformgesetzgebung. Daher bleibt lediglich zu prüfen, ob das neue

---

<sup>637</sup> Für eine Untersuchung der sozialen Wirklichkeit des Scheidungsrechts (777 Scheidungsakten) einschließlich einer Würdigung des neuen Scheidungsrechts unter der Perspektive von Art. 4 II BV vgl. die Arbeit von *Binkert*.

Eherecht die liberal-, die relational- und die radikal-feministische Zielsetzung optimal verwirklicht hat. Zuvor aber soll nachgezeichnet werden, welche Überlegungen zu den jüngsten Reformen geführt haben.

## I. Vom Patriarchat zur Partnerschaft – der rechtshistorische Hintergrund des Eherechts

Das Eherecht steht bereits in den ältesten Quellen der Privatrechtsgeschichte unter dem Zeichen des Patriarchats<sup>638</sup>. Als sich in germanisch-fränkischer Zeit die Sippenhehe zur Hausvertragshehe entwickelte, wurde zwar der Bräutigam, nicht aber die Braut Vertragspartei. Diese war aufgrund der Geschlechtsvormundschaft von der vertraglichen Willensbildung ausgeschlossen; der Abschluß des Ehevertrages verblieb dem Muntswalt<sup>639</sup>, der sich durch den Vertrag verpflichtete, dem Bräutigam die eheherrliche Gewalt über die Braut zu verschaffen (Muntehe)<sup>640</sup>. Erst mit der sich im 12. Jahrhundert vollziehenden Überantwortung des Eherechts an die kirchliche Gerichtsbarkeit wurde der Grundsatz des Ehekonsenses zum konstitutiven Kern der Eheschließung<sup>641</sup>. Allmählich wurde auch die Muntgewalt als ursprünglich reine Herrschaftsgewalt des Mannes zu einer Schutzgewalt umgedeutet. Die Geschlechtsvormundschaft des Mannes gegenüber der Frau blieb aber während des gesamten Mittelalters fester Bestandteil des Rechts und wurde mit voller Strenge durchgesetzt<sup>642</sup>.

Das Naturrechtsdenken in Gestalt des Vernunftrechts<sup>643</sup> sah die Ehe nicht mehr als gottgegebene Institution, sondern als Teil der bürgerlichen Rechtsordnung<sup>644</sup>. Doch auch dieser Zeit, welche die Vernunft

---

<sup>638</sup> Floßmann, Gleichberechtigung, S. 119.

<sup>639</sup> 'Muntswalt' war der Vater, oder, wenn dieser gestorben war, der Bruder des Vaters oder der nächste (männliche) Schwertmagen, vgl. Floßmann, Privatrechtsgeschichte, S. 78.

<sup>640</sup> Vgl. Floßmann, Privatrechtsgeschichte, S. 78.

<sup>641</sup> Hattenauer, S. 154; Floßmann, Privatrechtsgeschichte, S. 94; dies., Gleichstellung, S. 120.

<sup>642</sup> Siehe E. Huber, S. 290 ff.; Hausheer, Revision, S. 218.

<sup>643</sup> Vgl. dazu Schlosser, S. 70; Wieacker, S. 134.

<sup>644</sup> Zur 'Verweltlichung' der Ehe als Rechtsinstitution D. Schwab, Ehegesetzgebung,

zum Dreh- und Angelpunkt ihres Denkens erkoren hatte und die Gleichheit aller Menschen proklamierte, gelang in bezug auf das Geschlechterverhältnis die Abstraktion von aktuellen gesellschaftlichen Anschauungen nicht<sup>645</sup>. Zwar wurde dem männlichen Leitungsrecht erstmals konsequent die männliche Unterhaltspflicht zur Seite gestellt<sup>646</sup>. An der Unterordnung der Frau im Familienverband wurde jedoch nicht gerüttelt. Die großen Privatrechtskodifikationen des 18. Jahrhunderts<sup>647</sup>, die auf das Gedankengut der Aufklärung zurückgriffen<sup>648</sup>, blieben denn auch patriarchalisch geprägt<sup>649</sup>. Sogar das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten von 1794, das die grundsätzliche Gleichheit von Mann und Frau vorsah<sup>650</sup>, ließ deren Verwirklichung im Ehe- und Familienrecht nicht zu<sup>651</sup>. *Das Primat des Vernunftrechts bewirkte lediglich einen verstärkten Begründungszwang für die männliche Vormachtstellung in Gesellschaft und Familie. Die Begründung war indes schnell gefunden: sie lag in der Konstruktion der Ehe als eines bürgerlichen Unterwerfungsvertrages.*

Da aus dem Gedanken der Gleichstellung aller Menschen folgen mußte, daß jede Freiheitsbeschränkung die Zustimmung des Unterworfenen

---

S. 173 ff.

<sup>645</sup> Siehe *Conrad*, S. 253. Kritisch zur 'Doppelbödigkeit' der Naturrechtstheorie des 16. bis 18. Jahrhunderts auch *Gerhard*, Gleichheit, S. 37.

<sup>646</sup> Grundlegend *Erle*. Die positiv-rechtliche Verankerung dieses Grundsatzes findet sich z.B. im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794, vgl. ALR II. 1 §§ 185, 188, im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811, vgl. ABGB § 91 und im französischen Code Civil von 1804, vgl. CC Art. 212.

<sup>647</sup> Bayern (1756), Preußen (1794), Frankreich (1804) und Österreich (1811). Die letzten zwei gehören zwar zeitlich in das 19. Jahrhundert, sie sind aber dennoch geistige Frucht der Aufklärung; *Conrad*, S. 254.

<sup>648</sup> Besonders hervorzuheben ist hier der Einfluß *Christian Wolffs* auf das preussische Allgemeine Landrecht von 1794, der Einfluß *Kants* über dessen Schüler *Franz A. Edler von Zeiller* auf das österreichische Allgemeine Gesetzbuch von 1811 sowie der Einfluß *Jean-Jaques Rousseaus* auf den französischen Code Civil. Siehe zum Ganzen *Conrad*, S. 259 ff.

<sup>649</sup> Dazu ausführlich *Conrad*, S. 253 ff.

<sup>650</sup> „Die Rechte beider Geschlechter sind einander gleich, so weit nicht durch besondere Gesetze oder rechtsgültige Willenserklärungen Ausnahmen bestimmt werden.“ ALR I. 1 § 24.

<sup>651</sup> „Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft, und sein Entschluß gibt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag.“ ALR II. 1 § 184.

voraussetzt<sup>652</sup>, bedurfte die Unterwerfung der Frau unter die Vormachtstellung des Ehemannes im Zeitalter der Vernunft mehr denn je der Begründung durch *Vertrag*<sup>653</sup>. Da jeder Vertrag die Gleichheit der Parteien voraussetzte, wurde auch die Ehe als Abschluß unter Gleichen konzipiert<sup>654</sup>. Mit Vollzug des Abschlusses änderte sich die Rechtslage aber drastisch: die Ehe begründete die lebenslange Herrschaft des Mannes über die Frau, die sich ihm – nunmehr aus vermeintlich freiem und eigenem Willen – unterwarf<sup>655</sup>. Die Überlegenheit des Mannes im Rahmen der Ehe galt als 'natürlich'<sup>656</sup>. Wurde sie überhaupt weiter begründet, erfolgte dies entweder mit Rückgriff auf die „Gewohnheit“<sup>657</sup>, das

---

<sup>652</sup> Vgl. *Locke*, II. Chap. VIII, § 95: „Men being, as has been said, by Nature, all free, equal and independent, no one can be put out of his Estate, and subjected to the Political Power of another, without his own *Consent*.“ (Hervorhebung im Original). Zur Legitimation der Unterwerfung durch Vertrag im Naturrechtsdenken vgl. *Wieacker*, S. 175 ff.

<sup>653</sup> *Pateman*, *Sexual Contract*, S. 40 f.

<sup>654</sup> Das Verhältnis der Ehegatten wird zum „Verhältnis der Gleichheit“ (*Kant*, *Metaphysik*, § 26, S. 391) bzw. zur „Gemeinschaft unter Gleichen“ (*Wolff*, § 870). Zur vernunftrechtlichen Begründung der Ehegemeinschaft auf der Grundlage eines Vertrages gleichberechtigter Partner vgl. auch *Conrad*, S. 265; *Wesenberg*, S. 139 f.

<sup>655</sup> Vgl. z.B. *Fichte*, § 16 III, S. 325: „In dem Begriff der Ehe liegt die unbegrenzte Unterwerfung der Frau unter den Willen des Mannes...“ und § 34, III, S. 345: „[D]as Weib ist nicht unterworfen, so daß der Mann ein Zwangsrecht auf sie hätte; sie ist unterworfen durch ihren eigenen fortdauernden nothwendigen und ihre Moralität bedingenden Wunsch, unterworfen zu seyn.“ Ähnlich *Pufendorf*, VI. § 11, S. 860: „that pact [between husband and wife] partakes the nature of an unequal league, in which the husband and the wife owe eachother something, the former protection, the latter obedience.“

<sup>656</sup> Vgl. schon *Locke*, I § 47: „[S]he [the wife] should be subject to her husband, as we see that generally the Laws of Mankind and customs of Nations have ordered it so; and there is, I grant, a Foundation in Nature for it.“ Für *Pufendorf* ist zwar die Herrschaft des Mannes über die Frau in der Ehe nicht zwingend, doch hält er für das Geschlechterverhältnis in der Ehe als Regelfall fest: „[T]he position of the husband is better, as he enjoys the superiority of his sex ...“ *ders.*, VI. § 10, S. 855 und VI. § 11, S. 860.

<sup>657</sup> So *Wolff*, III § 870: „Da aber die Frau sich ihres Rechtes begeben kann ... indem sie in dasjenige, was die Gewohnheit mitbringt, stillschweigend einwilligt; und allsdann ist die Frau dem Manne unterthan.“ In vergrößerter Form findet sich die Ansicht *Wolffs* beim Verfasser des bayerischen Landrechts von 1756, dem bayerischen Vizekanzler *Wiguläus Xaverius Aloysius Freiherr von Kreittmayer*, zitiert in *Conrad*, S. 258: „dieweil sich aber das männliche Geschlecht schon so lang

Interesse der ehelichen Gemeinschaft<sup>658</sup> oder – wie bei ROUSSEAU<sup>659</sup> und später bei FICHTE<sup>660</sup> – mit dem Hinweis auf die 'Natur' des ehelichen Sexualaktes: weil „das eine Geschlecht sich nur thätig, das andere sich nur leidend verhalte“<sup>661</sup>, könne die soziale Ordnung zwischen Mann und Frau keine andere sein, als daß die Frau sich dem Manne unterordne<sup>662</sup>.

Die Legitimationsfunktion des ehelichen Unterwerfungsvertrages beschränkte sich indes nicht auf die männliche Herrschaft im Familien-

---

in dem Besitz der Herrschaft befindet, so scheint dieser Disput [über die Vorherrschaft des Ehemannes aufgrund Vereinbarung oder göttlichen Gebots] mehr spitzfindig als nützlich zu sein, indem sich die Inhaber wohl nimmermehr aus ihrer hergebrachten Possession durch das weibliche Geschlecht heraussetzen lassen ...“

<sup>658</sup> So z.B. bei Kant (§ 26, S. 392), für den die Vorherrschaft des Mannes der natürlichen Gleichheit von Mann und Frau nicht widerstreitet, „wenn dieser Herrschaft nur die natürliche Überlegenheit des Vermögens des Mannes über das weibliche in Bewirkung des gemeinschaftlichen Interesses des Hauswesens und des darauf gegründeten Rechts zum Befehl zum Grunde liegt, welches daher selbst aus der Pflicht der Einheit und Gleichheit in Ansehung des Zweckes abgeleitet werden kann.“

<sup>659</sup> Vgl. Rousseau, S. 721: „In der Vereinigung der Geschlechter trägt jedes zum gemeinsamen Ziele bei, aber nicht auf die gleiche Weise. Aus dieser Verschiedenheit entsteht der erste benennbare Unterschied in ihren gegenseitigen geistigen Beziehungen. Das eine muß aktiv und stark, das andere passive und schwach sein - notwendigerweise muß das eine wollen und können, und es genügt, wenn das andere nur schwachen Widerstand zeigt. Aus diesem festgesetzten Prinzip folgt, daß die Frau eigens dazu geschaffen ist, dem Manne zu gefallen.“

<sup>660</sup> Auch bei Fichte (§ 15 III, S. 324) unterwirft die Frau durch den Beischlaf ihre ganze Persönlichkeit dem Mann und ist diese Untwerfung maßgeblich für „das ganze Verhältnis zwischen Ehegatten.“ Denn: „Das Weib giebt, indem sie sich zum Mittel der Befriedigung des Mannes macht, ihre Persönlichkeit“; *ders.*, § 5 III, S. 312. Und: „Diejenige, welche ihre Persönlichkeit ... giebt, giebt notwendig dem Geliebten alles hin, was sie hat. ... Das geringste, was daraus folgt, ist, daß sie ihm ihr Vermögen und alle ihre Rechte abtrete ... sie hat aufgehört, das Leben eines Individuum zu führen.“ *Ders.*, § 6 III, S. 312, 313.

<sup>661</sup> Fichte, § 2 III, S. 306.

<sup>662</sup> Das Bild des Geschlechtsverkehrs als eines tätigen männlichen und eines passiven weiblichen Geschlechts findet sich bereits bei Aristoteles (384-322 v. Ch) und später bei Thomas von Aquin (1225-1274), vgl. hierzu die Zitate bei Mahrer, S. 222 ff. Interessant in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957: „Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereitete Funktion hin.“ BVerfGE 6, S. 425.

verband. Auf die Vertragskonstruktion konnte auch für die Rechtfertigung allgemeiner gesellschaftlicher Ungleichheit von Frauen zurückgegriffen werden. Gleiche Teilnahme in der öffentlichen Sphäre setzte im Verständnis der Gesellschaft des 17. und 18. Jahrhunderts die Eigentümerstellung bzw. Unabhängigkeit der Produktionsweise voraus<sup>663</sup>. Gerade diese hatten aber Frauen mit dem ehelichen Unterwerfungsvertrag aufgegeben. Ihr Eigentum und ihre Arbeit wurden in den ehelichen Verband eingegliedert, standen unter dem Nutzungsrecht des Mannes und wurden aus den Marktbeziehungen ausgegrenzt<sup>664</sup>. So wurden Frauen durch ihre Verhehlung „für den Staat ganz vernichtet, zufolge ihres eigenen notwendigen Willens“<sup>665</sup> und „zufolge ihres eigenen notwendigen Willens ist der Mann der Verwalter all ihrer Rechte ... er ist ihr natürlicher Repräsentant im Staate und in der ganzen Gesellschaft.“<sup>666</sup>

*Im Zeitpunkt des Überganges zur kapitalistischen Marktwirtschaft legitimiert somit der eheliche Unterwerfungsvertrag sowohl die Vormachtstellung des Ehemannes im Familienverband als auch die Ausgrenzung der Frauen aus dem relevanten gesellschaftlichen und politischen Geschehen. Daraus hätte eigentlich im Umkehrschluß folgen müssen, daß unverheiratete Frauen diesen Beschränkungen nicht unterlagen. Dies war aber nicht der Fall<sup>667</sup>. Sie verblieben in den meisten Fällen unter der Herrschaftsgewalt*

---

<sup>663</sup> Vgl. Kant, Metaphysik, § 46, S. 433: „Staatsbürger, nicht bloß Staatsgenosse zu sein, dazu qualifizieren sich nicht alle mit gleichem Recht. ... [J]edermann, der nicht nach eigenem Betrieb, sondern nach der Verfügung anderer (außer des Staats), genötigt ist, seine Existenz (Nahrung und Schutz) zu erhalten, entbehrt der bürgerlichen Persönlichkeit, und seine Existenz ist gleichsam nur Inhärenz.“

<sup>664</sup> „Im Begriffe der Ehe liegt, daß die Frau, die ihre Persönlichkeit hingibt, dem Manne zugleich das Eigenthum aller ihrer Güter ... übergebe.“ Fichte, § 17 III, S. 326. Vgl. auch den von Samuel Ludwig Schnell verfaßten 'Kommentar zum Civil-Gesetzbuch für den Canton Bern von 1826/31', S. 84 f., zitiert in Jenni, S. 170: „So muss die Frau ihr Vermögen dem Manne zubringen, so dass das Eigenthumsrecht auf die einzelnen Theile ihrer Habschaft auf ihn übergeht.“

<sup>665</sup> Fichte, § 16 III, S. 325.

<sup>666</sup> Fichte, § 34 III, S. 345. Für Kant gehörten zu den Personen, die aufgrund der Abhängigkeit ihrer Produktionsweise keine aktive Staatsbürgerschaft besaßen, der „Geselle beim Kaufmann; der Diensthote (der nicht im Dienste des Staates steht); der Unmündige (naturaliter et civiliter); [und] alles Frauenzimmer ...“ Kant, Metaphysik, § 46, S. 433.

<sup>667</sup> Im Kanton Bern beispielsweise wurde die Aufrechterhaltung der Geschlechtsvormundschaft im Civil-Gesetzbuch für den Kanton Bern (1826/31) in der Ge-

des Vaters, ohne daß dies zu Überlegungen theoretischer Art über die Legitimation ihrer Geschlechtsvormundschaft geführt hätte<sup>668</sup>. Immerhin zeichnete sich für sie gegen Ende des 19. Jahrhunderts eine Besserstellung auf beruflicher Ebene ab<sup>669</sup>, während sich die Strukturelemente des Patriarchats im Eherecht nachhaltig behaupten konnten<sup>670</sup>. So konnte sich in der Schweiz bis zur Einführung des Zivilgesetzbuches im Jahre 1907 die Vormundschaft des Ehemannes gegenüber der Ehefrau in allen Kantonen behaupten<sup>671</sup>. Eine persönliche Vormachtstellung verblieb dem Mann auch im Eherecht von 1907. Er war nach wie vor Haupt der Familie und deren Vertreter (Art. 160, 162 aZGB), sein Name und sein Bürgerrecht ersetzten dasjenige der Ehefrau (Art. 161 aZGB) und die Erwerbstätigkeit der Ehefrau unterlag seiner Bewilligungspflicht (Art. 167 aZGB). Diese Vormachtstellung blieb immerhin mit der Einrichtung des Eheschutzrichteramtes (Art. 169 aZGB) nicht mehr gänzlich unkontrolliert<sup>672</sup>.

---

setzungsdebatte kaum begründet. In der juristischen Literatur tauchen Begründungen wie Verstandesschwäche, fehlende Rechtskenntnis, geringe Erziehung sowie die Neigung, sich anderen gefällig zeigen zu wollen, auf. *Jenni*, S. 67. Zu den kritischen Stimmen bezüglich der Geschlechtervormundschaft *dies.*, S. 68 ff.

<sup>668</sup> *Gerhard* (Gleichheit, S. 31) sieht darin die gewohnheitsrechtliche Nachwirkung der traditionellen Vormacht und Gewalt im Geschlechterverhältnis.

<sup>669</sup> In der Schweiz erfolgte ein wichtiger Schritt hin zur Emanzipation der Frau mit dem Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit von 1881. Dieses zwang nunmehr auch diejenigen Kantone, die noch keine sogenannten Emanzipationsgesetze erlassen hatten – es handelte sich um Appenzell Ausserrhoden, Uri, Graubünden, St.Gallen und Wallis – zur Aufgabe der Geschlechtsvormundschaft über unverheiratete Frauen. *E. Huber*, S. 295; *Hausheer*, Revision, S. 219; *Jenni*, S. 234 ff.

<sup>670</sup> *Jenni* (S. 211 ff.) schreibt dies der Ausbildung der bürgerlichen Industriegesellschaft zu, die im Eheverbund eine strikte Arbeitsteilung zwischen Frauen und Männern verlangte. Ein anderes mögliches Motiv könne auch gewesen sein, die männlichen Unterschichten in den frühbürgerlichen Staat zu integrieren, indem diesen die Identifikationsmöglichkeit als bürgerliches Familienoberhaupt geboten wurde.

<sup>671</sup> Vgl. *Hausheer*, Revision, S. 219; *BK-Lemp*, N 12 zu den Vorbem. zum 5. Titel des ZGB. Eine Ausnahme bildete die altobligationenrechtliche Bestimmung über die Handelsfrau, vgl. *Hausheer*, *ebenda.*, S. 219.

<sup>672</sup> Anders in den USA, wo Feministinnen bereits im 19. Jahrhundert die Gleichstellung der Ehe mit dem Schuldvertrag verlangten (vgl. z.B. die Rede von *Elizabeth Cady Stanton* vor dem Parlament des Staates New York im Jahre 1860, *dies.*, S. 117 ff.) bildete die Vormachtstellung des Mannes im Zivilgesetzbuch von 1919

Dennoch bedurfte es erst der Verwirklichung der Wirtschafts-ideologie der gleichen Rechte und Möglichkeiten und des damit verbundenen Zurückweichens der reinen Hausfrauenehe, um den Begründungszwang für die patriarchalische Ordnung der Ehe akut werden zu lassen<sup>673</sup>. Im Jahre 1988 war es soweit: die Revision des Eherechts vollzog den Wandel vom patriarchalischen zum partnerschaftlichen Ehemodell<sup>674</sup>. Das neue Eherecht stellt die Ehegatten in (fast) allen Bereichen formellrechtlich gleich und verzichtet sodann auf ein Eheleitbild, wie es das alte mit der gesetzlich vorgeschriebenen Aufgabenteilung noch enthielt. *Der Unterwerfungsvertrag wird damit zum Kooperationsvertrag*, in dessen Rahmen sich die Ehepartner als Gleichgestellte dem Wohl der Gemeinschaft verpflichten. Ob dieses neue Ehemodell den Anforderungen der feministischen Rechtskritik genügt, soll nachfolgend untersucht werden.

## II. Liberal-feministische Kritik des Eherechts – Begünstigung der traditionellen Rollenverteilung

Aus der Perspektive des liberalen Feminismus muß das Recht den Frauen Chancengleichheit im Sinne einer ungehinderten Partizipation an der traditionell männlichen Lebenssphäre des außerhäuslichen Erwerbslebens ermöglichen<sup>675</sup>. Die geschlechtsspezifische Zuweisung familiärer Aufgaben an die Frau und die damit verbundene finanzielle

---

nicht den Kern der Kritik der alten Frauenbewegung. Diese konzentrierte sich vielmehr auf die güterrechtlichen Aspekte; vgl. C. Kaufmann, Gleichstellung, S. 170.

<sup>673</sup> Zur Erwerbstätigkeit der Frauen als eines zentralen Begründungsmoments für die Änderung des Ehe- und Familienrechts vgl. Floßmann, Gleichberechtigung, S. 143 f.

<sup>674</sup> Die heute herrschende Auffassung versteht die Ehe denn auch als die „vom Recht anerkannte *partnerschaftliche* (gleichberechtigte bzw. gestellte) Lebensgemeinschaft von Mann und Frau (heterosexuell), ein Gemeinschaftsverhältnis zu dauernder, ausschließlicher (monogamer) und umfassender körperlicher, seelisch-geistiger und wirtschaftlicher Lebensverbindung und Lebensführung“. ZK-Bräm, N 8 zu Art. 159 ZGB.

<sup>675</sup> Vgl. oben S. 13 f.; S. 34 ff. (Erster Teil, I.3.a. und II.b.aa., liberaler Feminismus und liberal-feministische Rechtskritik).

Abhängigkeit vom erwerbstätigen Ehegatten führt aus Sicht der liberal-feministischen Kritik unweigerlich auch zu einem psychologischen Abhängigkeitsverhältnis und somit zu einer Hierarchisierung der ehelichen Beziehung<sup>676</sup>. *Der Ausschluß vom Erwerbsleben bildet dadurch die Ursache für eine umfassende Abhängigkeit und Ungleichheit der Geschlechter.* Folglich stellt sich die Integration von Frauen in den ökonomischen Produktionsprozeß und die damit erreichte wirtschaftliche Verselbständigung als eine notwendige Voraussetzung für die Loslösung aus dem Abhängigkeitsverhältnis zum Mann dar<sup>677</sup>.

Die wirtschaftliche Verselbständigung der Frau ist das Mittel für eine umfassende Befreiung vom traditionellen Rollenbild<sup>678</sup>. Denn ihre Erwerbstätigkeit bietet den Anlaß für eine grundlegende Neuverteilung der ihr traditionellerweise zufallenden familiären Aufgaben. Aus liberal-feministischer Sicht muß die Zielrichtung des Eherechts dahin gehen, daß einerseits eine reale Teilhabe der Frauen am Erwerbsleben, andererseits die gleichmäßige Verteilung der Familienarbeit innerhalb der Ehe und damit die Gleichstellung der Geschlechter in ihrer sozialen Rolle gefördert wird<sup>679</sup>.

---

<sup>676</sup> Siehe dazu *T. Walter*, S. 37 ff.; *Grossenbacher*, S. 52. Diese These wird durch Ergebnisse aus der Rechtsstatsachenforschung gestützt. Vgl. die Nachweise bei *Kellerhals u.a.*, S. 173 f. Auch die Untersuchung von *Blumenstein/Schwarz* (12'000 ausgewertete Fragebögen, 300 Interviews) kommt zu diesem Ergebnis. In Ehen, in denen der Mann mindestens USD 8'000.-- pro Jahr mehr verdiente als die Frau, wurde in 33% der Fälle dem Mann die größere Machtbefugnis zugesprochen, verglichen mit 18% bei gleichem Einkommen beider Ehepartner. Siehe *Blumenstein/Schwarz*, S. 53 ff., insb. Tabelle 1, S. 54.

<sup>677</sup> Vgl. *C. Kaufmann*, Gleichstellung, S. 119; *T. Walter*, S. 37.

<sup>678</sup> Vgl. *Eidg. Kommission für Frauenfragen II*, S. 110: „Die Stellung der Frau kann ... nicht verbessert werden, solange die Stellung des Mannes so bleibt, wie sie ist.“ Zum gleichen Ergebnis kommt auch *Bretscher*, S. 116.

<sup>679</sup> Die verstärkte Partizipation der Frauen im Bereich der Erwerbsarbeit und die Neuverteilung der familiären Aufgaben fordern auch andere feministische Richtungen. Zur Einschätzung *de Beauvoirs* der Erwerbstätigkeit als Möglichkeit der Subjektwerdung vgl. oben S. 24 f. (Erster Teil, I.3.i., existentialistischer Feminismus). Zu *Chodorows* Forderung nach Gleichverteilung der Elternschaft zur Korrektur der psychologisch-geschlechtsspezifischen Entwicklung der Kinder vgl. oben S. 17 (Erster Teil, I.3.c., psychoanalytischer Feminismus).

## 1. Ansatzpunkte der liberal-feministischen Diskriminierungsthese

Die gesetzlichen Bestimmungen des neuen Eherechts haben zwar grundlegende Veränderungen gebracht. Fraglich ist aber, ob diese Bestimmungen, gemessen an der liberal-feministischen Forderung nach der gleichberechtigten Integration von Frauen in den ökonomischen Produktionsprozeß, einer kritischen Prüfung standhalten können. Vor allem ist zu fragen, ob der Reformgesetzgeber neben der Erwerbstätigkeit von Frauen auch eine Neuverteilung der Familienarbeit gefördert hat, um so dem traditionalistischen Bild ungleicher Eherollen entgegenzuwirken.

### a) Erwerbstätigkeit der Ehefrau außerhalb des Eheverbandes

Im neuen schweizerischen Eherecht untersteht die Erwerbstätigkeit der Ehefrau nicht mehr der Bewilligungspflicht des Ehemannes<sup>680</sup>. Zwar wird ihr das Recht zur freien Berufsausübung nicht ausdrücklich eingeräumt, es wird aber vorausgesetzt: der revidierte Art. 167 ZGB statuiert die Pflicht *jedes* Ehepartners zur Rücksichtnahme auf den anderen und auf die eheliche Gemeinschaft bei der Wahl des Berufes oder Gewerbes<sup>681</sup>. Nehmen beide Ehepartner dieses Recht wahr, bedingt dies die Verständigung über die Verteilung der familiären Arbeiten. Das in Art. 167 ZGB statuierte Recht zur Berufsausübung muß daher im Zusammenhang mit der nach Art. 163 ZGB von den Ehepartnern frei zu vereinbarenden Aufgabenteilung gesehen werden<sup>682</sup>.

Das Fehlen einer ausdrücklichen Einräumung auf freie Berufsausübung beider Ehepartner, z.B. in Form eines ausdrücklichen Hinweises auf ihre Gleichberechtigung, ist aus liberal-feministischer Sicht als *Defizit* zu bewerten<sup>683</sup>. Recht unterstützt die Strukturierung von Erwartenshal-

---

<sup>680</sup> Für das alte Eherecht vgl. Art. 167 aZGB.

<sup>681</sup> Zu den Schranken der Rücksichtnahme auf den anderen und die eheliche Gemeinschaft vgl. den Grundsatzentscheid in BGE 116 II 15, wonach die Verwirklichung beruflicher Ziele die seelisch-geistige Gemeinschaft der Ehepartner nicht gefährden darf. Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Wohl der Gemeinschaft ergibt sich im übrigen bereits aus Art. 159 II ZGB; *Voser*, S. 194.

<sup>682</sup> *Hausheer/Reusser/Geiser*, N 8 zu Art. 167 ZGB; *Voser*, S. 194.

<sup>683</sup> Vgl. die entsprechende Kritik bei ZK-*Bräm*, N 3 zu Art. 167; *C. Kaufmann*, Gleich-

tungen zwischen Individuen<sup>684</sup>. Gerade angesichts der ungebrochenen Wirksamkeit des tradierten Rollenverständnisses<sup>685</sup> wäre es nötig gewesen, daß sich der Reformgesetzgeber zum neuen Leitbild der gleichberechtigten Partizipation beider Ehepartner am Erwerbsleben ausdrücklich bekennt. Statt die Veränderung der tradierten Aufgabenteilung positiv zu beeinflussen, nimmt die geltende Bestimmung die Beibehaltung des status quo der *Hausfrauenehe* und damit die einseitige Rücksichtnahme auf Kollektivinteressen (sprich: Kinderinteressen) durch die Ehefrau in Kauf<sup>686</sup>.

Dabei hätte ein Blick über die Grenze genügt, um die von Frauenseite geforderte Anregung eines solchen Bekenntnisses auch in Gesetzesform zu finden: Sowohl die Bestimmungen des deutschen wie auch diejenigen des französischen Eherechts weisen ausdrücklich auf die Wahlfreiheit beider Ehegatten zur Tätigkeit in der außerhäuslichen Sphäre hin<sup>687</sup>.

---

stellung, S. 233; Voser, S. 194 Fn. 3. Kritisch zum (praktisch gleichlautenden) Vorentwurf Bretscher, S. 179 f.; Haller-Zimmermann, Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, S. 308.

<sup>684</sup> Vgl. Luhman, S. 134: „Das Recht muß demnach als eine Struktur gesehen werden, die Grenzen und Selektionsweisen des Gesellschaftssystems definiert. Es ist keineswegs die einzige Gesellschaftsstruktur ... Aber das Recht ist als Struktur unentbehrlich, weil ohne kongruente Generalisierung normativer Verhaltensentwürfen Menschen sich nicht aneinander orientieren, ihre Erwartungen nicht erwarten können.“ Ähnlich Calabresi, Ideale, S. 116 (Rechtliche Normen beeinflussen die Einschätzung der eigenen Bedürfnisse und Gefühle). Zur Bedeutung der Leitbildfunktion des Familienrechts insbesondere: Hausheer, Revision, S. 225; ZK-Bräm, N 3 zu Art. 167 ZGB; Lucke, S. 182 f.; Tuor/Schnyder/Schmid, S. 203.

<sup>685</sup> Vgl. dazu die umfassende Zusammenfassung der Studien bei Leuba, S. 12 ff. sowie unten Fn. 724.

<sup>686</sup> Vgl. immerhin den ausdrücklichen Hinweis bei Deschenaux/Steinauer (Droit matrimonial, S. 92 Fn. 10), wonach der Eheschutzrichter in seiner Vermittlerrolle sich nicht von den Kriterien des alten Eherechts leiten lassen darf. Gleicher Ansicht Voser, S. 203. Wichtig bleibt aber die Leitbildfunktion des Eherechts in all jenen Fällen, in denen zur Lösung des Konflikts der Eheschutzrichter nicht angerufen wird.

<sup>687</sup> Vgl. § 1356 BGB II: „Beide Ehegatten sind berechtigt, erwerbstätig zu sein. Bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit haben sie auf die Belange des anderen Ehegatten und der Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen.“ Art. 223 Code Civil: „Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage.“

Auch in bezug auf die durch die Erwerbstätigkeit der Ehefrau bedingte Neuverteilung familiärer Aufgaben verzichtet das neue Eherecht auf die *kodifizierte Zielvorstellung* der Gleichverteilung der Familienarbeit<sup>688</sup>. Ein gesetzliches Leitbild für die Gleichverteilung wäre vor allem wegen der naheliegenden Konfliktsituationen nötig gewesen, die zwischen den Ehepartnern dann auftreten, wenn beide durch Erwerbsarbeit zeitlich beansprucht sind. Das Fehlen eines Leitbildes verstärkt die Gefahr, daß solche Konflikte unter Rückgriff auf traditionelle Ehevorstellungen gelöst werden, wonach Frauen nach wie vor die Hauptlast der Familienarbeit tragen und durch diese Doppelbelastung in ihren realen Erwerbsmöglichkeiten behindert werden<sup>689</sup>.

#### b) Erwerbstätigkeit der Ehefrau innerhalb des ehelichen Betriebes

Das alte Eherecht enthielt keine Bestimmung darüber, wie die Mitarbeit eines Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen zu behandeln sei. Im Schrifttum wurde überwiegend angenommen, die Mitarbeit der Frauen gehöre zu ihrer Ehepflicht<sup>690</sup>, weshalb diese Arbeit – wenn überhaupt – nur bei außerordentlicher Mitarbeit Gegenstand eines gesonderten Arbeitsverhältnisses sein könne<sup>691</sup>. Anderes galt für den Ehegatten, dem bei der Mitarbeit im Betrieb der Ehefrau regelmäßig ein Lohnanspruch eingeräumt wurde, damit dieser seiner Unterhaltspflicht gegenüber 'Weib und Kind' nachkomme<sup>692</sup>. Das Bundesgericht hat demgegenüber die Möglichkeit einer schuldvertraglichen Regelung der Ehegattenmitarbeit nie ausdrücklich ausgeschlossen. Allerdings gestand es

---

<sup>688</sup> Kritisch zum geltenden Art. 163 ZGB bzw. zum (praktisch gleichlautenden Vorentwurf) *Bretscher*, S. 173 ff.; *Haller-Zimmermann*, Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, S. 306 ff; *C. Kaufmann*, Gleichstellung, S. 129, 147, 217. Im Ergebnis gleich: *Eidg. Komm. für Frauenfragen II*, S. 121.

<sup>689</sup> Zum Verständnis des Bundesgerichts von der Mutter- und Vaterrolle vgl. oben Fn. 169.

<sup>690</sup> Art. 161 II aZGB.

<sup>691</sup> Gänzlich ablehnend gegenüber der Möglichkeit eines Arbeitsverhältnisses unter Ehegatten: *Frei*, S. 49 ff.; *Pfleghart*, S. 80, 93. Diese auf die außerordentliche Mitarbeit beschränkend: *BK-Lemp*, N 21 zu Art. 159 aZGB; N 51 zu Art. 161 aZGB, N 51 zu Art. 161 aZGB; *ZK-Egger*, N 13 zu Art. 161 ZGB i.V.m. N 3 zu Art. 177 ZGB. Ein Arbeitsverhältnis zulassend: *Messerli*, S. 26; *Vischer*, S. 328 f.

<sup>692</sup> *BK-Lemp*, N 21 zu Art. 159 aZGB; *ZK-Egger*, N 10 zu Art. 167 ZGB; *BK-Rehbinder*, N 19 zu Art. 320 OR.

bis kurz vor dem Inkrafttreten des neuen Eherechts nur dem Ehemann und nicht der Ehefrau die gesetzliche Abschlußvermutung des Art. 320 II OR zu<sup>693</sup>.

Das neue Eherecht enthält demgegenüber mit den Art. 164, 165 ZGB zwei Bestimmungen, welche die Mitarbeit eines Ehepartners oder einer Ehepartnerin im Beruf oder Gewerbe des anderen betreffen. Für die außerordentliche Mitarbeit ergibt sich die Zulässigkeit einer schuldvertraglichen Regelung nunmehr explizit aus Art. 165 III ZGB. In der Lehre wird darüber hinaus vertreten, jede Arbeit im Beruf oder Gewerbe des anderen könne schuldvertraglich geregelt werden<sup>694</sup>.

Was aber soll gelten, wenn *kein Vertrag* über die Mitarbeit abgeschlossen wurde? Kann in solch einem Fall die Abschlußvermutung des Art. 320 II OR zum Zuge kommen, womit die Mitarbeit den Regeln über den Individualarbeitsvertrag unterstellt würde? Dies sind die praktisch wichtigsten Fälle, da Ehepartner meist nicht in Willenserklärungen miteinander verkehren<sup>695</sup>, und zudem die Art der geleisteten Arbeit (Buchführung, Sekretariat) regelmäßig dem entspricht, was eine Angestellte erledigen würde. Hier trifft das Eherecht folgende Regelung: Arbeitsleistungen, die den geschuldeten Beitrag zum gemeinsamen Unterhalt erheblich übersteigen<sup>696</sup>, begründen einen Anspruch auf

---

<sup>693</sup> Für die Mitarbeit der Ehefrau vgl. BGE 72 III 122 f.; BGE 74 II 208 E. 6; BGE 82 II 96 f. (Verneinung sogar bei außerordentlicher Mitarbeit); BGE 95 II 129 E. 2 (Sonderfall, da gleichzeitig Arbeit für den Schwiegervater). Die Änderung der Judikatur erfolgte in BGer, Urt. v. 3.7.1984, SJZ 106 (1984), S. 437 ff., bestätigt durch BGE 113 II 418 E. 2b. Für die Mitarbeit des Ehemannes vgl. 66 II 227; BGE 72 III 123.

<sup>694</sup> Für die Zulässigkeit eines Vertrages im Rahmen der üblichen Beistandspflichten vgl. Geiser, Arbeitsvertrag, S. 67; Hausheer/Reusser/Geiser, N 40 zu Art. 165 ZGB. Dort auch die Auffassung, daß diese Arbeitsleistung – soweit sie entschädigt wird – nicht mehr als eheliche Beitragspflicht verstanden werden kann; diese sei separat – etwa durch einen Beitrag aus diesem Arbeitserwerb oder durch Mithilfe bei der Haushaltsführung – zu erfüllen.

<sup>695</sup> Ehepartner schließen selten ausdrückliche Verträge ab; sie verkehren nicht in Willenserklärungen miteinander, sondern gestalten ihre Beziehung in tatsächlicher Form; siehe dazu Fischer, Anm. zu BGH, Urteil vom 26.12.1952, LM 4 zu § 705 BGB; Hasenböhler, S. 396.

<sup>696</sup> Solange die Beiträge lediglich über das übliche Maß hinausreichen, ist deren 'Kostenlosigkeit' gemäß bundesrätlicher Botschaft „durch die zwischenmenschlichen Bindungen der Ehegatten und dadurch, daß sie eine Interessengemeinschaft im weitesten Sinne bilden, hinreichend gerechtfertigt.“ Vgl. BBl 1979

eine angemessene Entschädigung (Art. 165 I ZGB). Arbeitsleistungen, welche dies nicht tun, begründen für sich alleine keinen Anspruch, sondern werden im Rahmen des Betrags zur freien Verfügung für den haushaltsführenden Ehegatten, der in der Praxis durchweg ein biologisch weibliches Individuum ist, abgegolten (Art. 164 ZGB). Damit wird diese Arbeit grundsätzlich dem Eherecht und nicht dem Schuldrecht zugeordnet. Was die Anwendung der schuldvertragsrechtlichen Abschlußvermutung in Art. 320 II OR angeht, so wird mehrheitlich vertreten, deren Anwendung sei zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, jedoch würden die eherechtlichen Regelungen den Anwendungsbereich der schuldvertragsrechtlichen Bestimmung stark zurückdrängen<sup>697</sup>.

Fragt man mit der liberal-feministischen Kritik, ob das Eherecht die Einbindung von Frauen in die Erwerbsarbeit fördert, so ist diese Frage zu verneinen. Statt das Eherecht dem allgemeinen Grundsatz folgen zu lassen, daß außerhäusliche Arbeit regelmäßig Erwerbsarbeit ist, trifft es für die Ehepartnerinnen- bzw. Ehepartnermitarbeit eine *Sonderregelung* und unterstellt diese in den praktisch wichtigen Fällen einer fehlenden schuldvertraglichen Vereinbarung regelmäßig dem innerehelichen Ausgleich (angemessener Betrag zur freien Verfügung, angemessene Entschädigung)<sup>698</sup>. *Soweit das Eherecht aber die Mitarbeit einer Ehepartnerin*

---

II 1254.

<sup>697</sup> Das Bundesgericht hat sich noch nicht klar dazu geäußert. In BGE 120 II 280 hat es zwar die Abschlußvermutung des Art. 320 II OR erwähnt, der klagenden Ehefrau aber letztlich eine Entschädigung gestützt auf Art. 165 ZGB zugesprochen. Im erwähnten Fall hatte die Ehefrau regelmässig in der Funktion einer Sekretärin im Unternehmen des Ehemannes gearbeitet. Für eine starke Zurückdrängung von Art. 320 II OR: *Bär*, S. 188 f.; *ZK-Bräm*, N 69 zu Art. 165 ZGB; *Deschenaux/Steinauer*, Droit matrimonial, S. 66 f., 69; *Geiser*, Arbeitsvertrag, S. 69 ff.; *Hausheer/Reusser/Geiser*, N 40 zu Art. 165 ZGB; *G. Huber*, S. 198 ff.; *Schnyder*, Ehe, S. 23 f. Als Beispiele für verbleibende Anwendungsfälle werden erwähnt: Die Mitarbeit in einem Großbetrieb, in dem die Ehepartnerin wie die übrigen Arbeitnehmenden mitarbeitet (*Geiser*, Arbeitsvertrag, S. 71; *Wessner*, S. 320); die Arbeit für eine Unternehmung, wo auch an der Unternehmung beteiligte Drittpersonen von der Arbeitsleistung profitieren (*ZK-Bräm*, N 69 zu Art. 165 ZGB); wo es sich vom Sozialschutz her rechtfertigt (*Hausheer*, Arbeitsleistungen, S. 413; *Hausheer/Reusser/Geiser*, N 40 zu Art. 165 ZGB; *G. Huber*, S. 199). Den Anwendungsbereich von Art. 320 II OR ausschließend: *Grossen*, Statut patrimonial, S. 20; *Hegnauer/Breitschmid*, Rz. 16.57; *Frank*, Ehe- und Erbrecht, S. 83. Keine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 320 II OR durch Art. 165 sehen demgegenüber *Göldi/Schürer*, S. 69.

<sup>698</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Kritik bei *Bretscher*, S. 195 (zum Vorentwurf);

oder eines Ehepartners im Beruf oder Gewerbe des anderen dem Anwendungsbereich des Schuldvertragsrechts entzieht, verweigert es diesen Arbeitsleistungen den Status als Erwerbsarbeit.

**c) Ergebnis zum geltenden Eherecht – Defizite aus liberal-feministischer Sicht**

Das geltende Eherecht wird aus der Sicht liberal-feministischer Rechtskritik dem Anspruch auf geschlechtsbezogene Chancengleichheit nicht gerecht. Erstens läßt es ein Leitbild für die Gleichverteilung von außerhäuslicher und innerhäuslicher Arbeit vermissen. Zweitens verhindert es für die Fälle der Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Ehepartners die aus liberal-feministischer Sicht notwendige und mögliche Förderung weiblicher Erwerbsarbeit. Statt vom Grundsatz 'außerhäusliche Arbeit ist Erwerbsarbeit' auszugehen und auf dieser Basis Differenzierungen vorzunehmen, welche der sozialen Wirklichkeit der Ehe Rechnung tragen, kommt in den praktisch wichtigen Fällen einer fehlenden schuldrechtlichen Vereinbarung regelmäßig die *eherechtliche* Lösung zum Zuge. Aus liberal-feministischer Sicht bleibt das Eherecht dem traditionellen Rollendenken verhaftet und unterläßt mit den Bestimmungen in Art. 164, 165 und 167 ZGB die notwendige Förderung des Erwerbstätigen-Status von Frauen.

**2. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung der liberal-feministischen Kritik *de lege lata***

Die Begünstigung der traditionellen Arbeitsteilung in der Familie und die damit verbundene Benachteiligung von Frauen läßt sich durch eine Neuinterpretation des geltenden Rechts nicht beheben. Die Forderung nach einem gesetzlichen Leitbild zur Gleichverteilung der Erwerbs- und Familienarbeit kann nur durch eine *Neuformulierung* des Art. 167 ZGB erfüllt werden. Dasselbe gilt für die effektive Gleichsetzung von Arbeit im Beruf oder Gewerbe des Ehepartners mit der Arbeit im Beruf oder Gewerbe eines Dritten. Ausgehend von der sozialen Wirklichkeit, daß Ehepartner oft keine Verträge über ihre Leistungen abschließen, könnte

---

C. Kaufmann, Gleichstellung, S. 229.

lediglich die konsequente Anwendung des Art. 320 II OR Abhilfe schaffen. Doch auch in diesem Fall wären lediglich diejenigen Fälle von Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Ehepartners erfaßt, in denen die Arbeitsleistung die eheliche Beitragspflicht in erheblichem Maße übersteigt. Wo dies nicht der Fall ist, wird die Anwendung von Art. 320 II OR durch die Regelung des Art. 164 ZGB ausgeschlossen. Dieser enthält im Gegensatz zu Art. 165 ZGB keinen Vorbehalt zugunsten anderer Schuldverträge, sondern unterstellt die eheliche Mitarbeit ausschließlich dem innerehelichen Ausgleich. Insgesamt ist festzuhalten, daß die Berücksichtigung liberal-feministische Zielsetzung *de lege lata* nicht erfolgen kann.

### 3. Liberal-feministische Forderungen *de lege ferenda*

Nach dem liberal-feministischen Ansatz müßte das Gesetz die gleiche Berechtigung der Ehepartner zur Ausübung eines Berufes oder Gewerbes ausdrücklich als Leitbild statuieren (a). Zur Effektivierung dieses Leitbildes der Gleichheit müßte für den Fall von Meinungsverschiedenheiten über Art und Ausmaß der Beitragsarten eine Konfliktklausel eingeführt werden (b). Schließlich ist jede Arbeitsleistung eines Ehepartners im Beruf oder Gewerbe des anderen als schuldvertragliche Leistung zu qualifizieren (c).

#### a) Gleiche Berechtigung zur Ausübung von Erwerbsarbeit

Die gleiche Berechtigung beider Ehegatten zur Erwerbstätigkeit ist durch einen ausdrücklichen Hinweis im Gesetzestext klarzustellen. Ein dem liberal-feministischen Ansatz entsprechender Vorschlag zur Ergänzung von Art. 167 ZGB findet sich bei BRETSCHER<sup>699</sup>:

Art. 167 ZGB [Beruf und Gewerbe der Ehegatten]  
(1) Die Ehegatten sind in gleicher Weise berechtigt, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben<sup>700</sup>.

---

<sup>699</sup> Bretscher, S. 183.

<sup>700</sup> Vgl. demgegenüber die geltende Regelung: „Bei der Wahl und Ausübung seines

**b) Aufteilung der Erwerbs- und Familienarbeit – gesetzliches Leitbild als Konfliktlösungsnorm**

Will eine Ehefrau die Teilnahme am Erwerbsleben beibehalten oder wieder aufnehmen, so muß dies aus liberal-feministischer Sicht durch entsprechende *gesetzliche Entscheidungshilfen* unterstützt werden<sup>701</sup>. Vorschläge bezüglich einer solchen Entscheidungshilfe bestehen bereits. Die Eidgenössische Kommission für Frauenfragen will für den Fall einer unlösbaren Meinungsverschiedenheit Art. 163 ZGB (Unterhalt der Familie) mit einem Absatz ergänzen, wonach die je hälftige Teilung in den Familienunterhalt angeordnet wird<sup>702</sup>. Andere Autorinnen wollen dagegen Art. 163 ZGB unverändert lassen und die gesetzliche Entscheidungshilfe als ersten Absatz des Art. 164 ZGB (Betrag zur freien Verfügung) statuieren<sup>703</sup>. Von der Systematik her ist die Zuordnung einer gesetzlichen Entscheidungshilfe zu Art. 163 ZGB allerdings vorzuziehen, weil diese Norm die Aufgabenverteilung in der Ehe betrifft, während Art. 164 ZGB einen Konsens der Ehepartner über diese Aufgabenverteilung bereits voraussetzt und im wesentlichen deren Entschädigung regelt. Im einzelnen lauten die Vorschläge (nunmehr Art. 163 ZGB zugeordnet) folgendermaßen:

Art. 163 [E. Unterhalt der Familie; I. Im allgemeinen]

(1) Die Ehegatten sorgen gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie.

(2) Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlungen, Besorgen des Haushaltes, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen.

(3) Dabei berücksichtigen sie die Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft und ihre persönlichen Umstände.

(4.1) *Sind sich die Ehegatten über den Beitrag, den jeder zum Unterhalt der Familie leistet, nicht einig, ist die hälftige Teilung*

---

Berufes oder Gewerbes nimmt jeder Ehegatte auf den anderen und das Wohl der Gemeinschaft Rücksicht.“

<sup>701</sup> Ablehnend zu einem auch nur subsidiär geltenden Ehetypus: ZK-Bräm, N 27 zu Art. 167 ZGB; Hausheer, Revision, S. 227.

<sup>702</sup> Eidg. Kommission für Frauenfragen II, S. 121. Diesem Vorschlag folgend auch C. Kaufmann, Gleichstellung, S. 219.

<sup>703</sup> Bretscher, S. 181; Haller-Zimmermann, Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, S. 308.

*der Aufgaben anzuordnen*<sup>704</sup>;

(4.2) *Sind beide Ehegatten berufstätig, so übernehmen sie gemeinsam die Besorgung des Haushaltes sowie die Betreuung der Kinder*<sup>705</sup>;

(4.3) *Sofern es ein Ehegatte verlangt, sind die ehelichen Lasten der Besorgung des Haushaltes und der Betreuung der Kinder von beiden Ehegatten nach Möglichkeit zu gleichen Teilen zu tragen*<sup>706</sup>.

Alle drei Vorschläge würden der liberal-feministischen Forderung nach einer gesetzlichen Entscheidungshilfe für Neuverteilung der Familienarbeit im Falle der Erwerbstätigkeit der Ehefrau entgegenkommen. Allerdings geben die auf eine hälftige Teilung der Familienarbeit hinzielende Vorschläge insoweit Anlaß zu Bedenken, als diese nur dort gerechtfertigt ist, wo die Ehepartner *prozentual gleich viel* Erwerbsarbeit verrichten. Arbeitet die Ehepartnerin dagegen zu achtzig Prozent und der Ehepartner zu fünfzig Prozent, scheint es angebracht, daß letzterer zu einem größeren Anteil an der Familienarbeit verpflichtet ist. Dieses Verhältnis muß in einer gesetzlichen Regelung zum Ausdruck kommen, etwa durch folgende Neufassung:

Art. 163 [E. Unterhalt der Familie; I. Im allgemeinen]

(1) Die Ehegatten sorgen gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie.

(2) Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlungen, Besorgen des Haushaltes, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen.

(3) Dabei berücksichtigen sie die Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft und ihre persönlichen Umstände.

(4) *Sofern es ein Ehegatte verlangt, sind die ehelichen Lasten der Besorgung des Haushaltes und der Betreuung der Kinder von den Ehegatten in dem Verhältnis zu tragen, in dem ihnen neben der Erwerbstätigkeit Zeit verbleibt.*

<sup>704</sup> Entsprechend dem Vorschlag der *Eidg. Kommission für Frauenfragen*, Teil II, S. 121. Dem folgend C. Kaufmann, *Gleichstellung*, S. 219.

<sup>705</sup> Vorschlag *Bretscher*, S. 181.

<sup>706</sup> Vorschlag *Haller-Zimmerman*, *Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm*, S. 308.

Die Frage, ob dem Anspruch auf Erwerbsarbeit und auf Entlastung bei der Familienarbeit ein entsprechender *Anspruch auf Familienarbeit* und auf Entlastung von der Erwerbsarbeit entsprechen muß, ist aus liberal-feministischer Sicht zu verneinen. Der Anspruch auf gleiche Beteiligung an der Erwerbsarbeit ist von ganz anderem Gewicht als ein gleicher Anspruch auf Familienarbeit. Nicht durch die Arbeit im Haushalt wird sozialer Status und finanzielle Unabhängigkeit gewonnen. Nicht diese Form der Selbstverwirklichung bedarf des besonderen gesetzlichen Schutzes. Sondern es muß *einseitig* der Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zur Erwerbsarbeit etabliert werden, der bisher durch die tatsächlichen Rahmenbedingungen überkommener Aufgabenverteilung in der Ehe nicht durchsetzbar war.

### c) Lohnanspruch bei Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Ehepartners

Arbeitet eine Ehepartnerin im Beruf oder Gewerbe des Ehepartners mit, so unterscheidet sich ihre Leistung von derjenigen einer anderen Person allenfalls bezüglich der Motivation, nicht aber in qualitativer Hinsicht: wer seinem Ehepartner im Beruf oder Gewerbe hilft, leistet *Arbeit*<sup>707</sup>. Diese Arbeit ist aus liberal-feministischer Sicht der am fremden Arbeitsplatz geleisteten Arbeit gleichzustellen. Der Verzicht darauf, an einem fremden Arbeitsplatz tätig zu sein, darf nicht zu einem Verlust gleichstellungsrelevanter finanzieller Unabhängigkeit führen.

Aus diesen Überlegungen heraus ist es *de lege ferenda* nötig, die derzeit noch unterschiedlichen Ansprüche des mitarbeitenden Ehegatten (Entgelt, angemessene Entschädigung, angemessener Betrag zur freien Verfügung) durch einen *einheitlichen Lohnanspruch* zu ersetzen<sup>708</sup>. Dies betrifft auch die im Rahmen von Art. 164 ZGB geleistete Arbeit, die insofern grundsätzlich nicht mehr als Beitrag zum Unterhalt zählt<sup>709</sup>. Wo

<sup>707</sup> So Hasenböhler, S. 388 (Hervorhebung i.O.).

<sup>708</sup> So auch die Vorschläge von Bretscher, S. 194 ff.; C. Kaufmann, Gleichstellung, S. 227 ff. Zu erwägen ist auch der Vorschlag Gernhubers (S. 203 f.), der die Mitarbeit als einen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu ergänzenden Vertrag sui generis (Kooperationsvertrag) sieht. Allerdings ist die Umsetzung seines Vorschlags in eine Gesetzesnorm relativ schwierig.

<sup>709</sup> Art. 164 ZGB müßte also geändert werden, indem der Halbsatz „oder dem anderen in Beruf oder Gewerbe hilft“ gestrichen wird.

die Arbeit aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses geleistet wurde, bleibt dieses maßgeblich. Besteht kein anderes Rechtsverhältnis – also auch keines, welches gestützt auf den hypothetischen Parteiwillen als zustande gekommen gilt – und rechtfertigt es sich ausnahmsweise nicht, die Mitarbeit als Lohnarbeit zu qualifizieren, dann kann über die Bestimmungen zur ungerechtfertigten Bereicherung ein Ausgleich erreicht werden.

Der engen persönlichen Beziehung zwischen den Ehegatten kann insoweit Rechnung getragen werden, als bei einer finanziellen Notlage des Arbeitgeber-Ehegatten Sonderregelungen eingreifen können, z.B. die gesetzliche Einräumung von Zahlungsfristen, wie sie das Eherecht für Schulden zwischen Ehegatten bereits kennt (z.B. Art. 203 ZGB)<sup>710</sup>. Eine Neufassung könnte etwa folgenden Inhalt haben:

Art. 165 [Mitarbeit des Ehepartners im Beruf oder Gewerbe des anderen]

(1) Arbeitet ein Ehepartner im Beruf oder Gewerbe des anderen mit, so hat ihm der andere Ehepartner den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist<sup>711</sup>.

(2) Der Lohnanspruch fällt dahin, wenn der mitarbeitende Ehegatte seine Leistung aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses geleistet hat<sup>712</sup>.

(3) Bereitet die Lohnzahlung dem verpflichteten Ehepartner ernstliche Schwierigkeiten, so kann er verlangen, daß ihm Zahlungsfristen eingeräumt werden<sup>713</sup>.

---

<sup>710</sup> Weitergehend der Vorschlag von *Bretscher* (S. 197), welche das Recht zur Aufschubung von Lohnzahlungen dem richterlichen Ermessen unterstellen will.

<sup>711</sup> Vgl. dazu Art. 321 I OR.

<sup>712</sup> Vgl. dazu Art. 165 III ZGB.

<sup>713</sup> Vgl. dazu Art. 203, 218, 235, 250 II ZGB. Auf das Erfordernis der ernstlichen Gefährdung der ehelichen Gemeinschaft kann m.E. verzichtet werden. Werden solche Forderungen geltend gemacht, ist es um das Wohl der Gemeinschaft in der Regel sowieso nicht mehr gut bestellt. Und soweit es um das *gemeinsame eheliche Wohl* geht, kann der Gläubigerin oder dem Gläubiger durchaus zuge-  
traut werden, daß ihr oder ihm kein exzessiver Selbsterstörungstrieb innewohnt. Auch auf den ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit der Sicherstellung der Forderung kann verzichtet werden: Wo ernstliche finanzielle Schwierigkeiten bestehen, gibt es auch nichts sicherzustellen.

#### 4. Zusammenfassung zum liberal-feministischen Ansatz im Eherecht

Aus liberal-feministischer Sicht liegt in der Unterlassung des Eherechts, sich *ausdrücklich* zur Erwerbstätigkeit beider Ehepartner zu bekennen, eine Diskriminierung, weil damit die Ausgrenzung von Frauen aus der Erwerbsarbeit und somit der 'status quo' der Hausfrauenehe mit seiner stereotypen Rollenverteilung begünstigt wird. Die psychologische und finanzielle Abhängigkeit von Frauen innerhalb der Ehe wird so rechtlich gestützt.

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen stellen demgegenüber klar, daß *beide* Ehepartner den gleichen Anspruch auf Erwerbstätigkeit haben. Wenn dieser Anspruch wahrgenommen wird, so folgt daraus außerdem ein Anspruch auf entsprechende Entlastung bei der Familienarbeit. Indem das Gesetz diese Entlastung ausdrücklich regelt, leistet es einen Beitrag zur Bekämpfung des traditionsbedingten Mißstandes, daß Frauen in vielen Fällen *neben* der Erwerbsarbeit noch die gesamte Hausarbeit übernehmen oder aufgrund der übermäßigen Familienarbeit einer Erwerbstätigkeit gar nicht nachgehen können. Und es stellt gleichzeitig klar, daß ein Anspruch von Frauen auf Erwerbstätigkeit nicht etwa deshalb ausgeschlossen ist, weil sie nach traditioneller Rollenverteilung primär für die Haushalts- und Kinderbetreuung zuständig wären.

Gesetzestexte haben eine *Leitbildfunktion*. Dieser Leitbildfunktion wird das Eherecht aus liberal-feministischer Sicht nur durch eine deutliche Stellungnahme zugunsten der Chancengleichheit bei der Erwerbstätigkeit im Rahmen des Eheverbandes gerecht<sup>714</sup>. Sodann kann diesen Normen im Falle der Eheauflösung einige praktische Relevanz zukommen<sup>715</sup>. Zu denken ist hier etwa an einen schuldrechtlichen Anspruch für Arbeitsleistungen im Beruf oder Gewerbe des Ehepartners sowie an den Anspruch zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses.

*Insgesamt zeigt sich die liberal-feministische Kritik des Eherechts also als ein Programm, das auf die Integration von Frauen in den Erwerbsarbeitsprozess*

---

<sup>714</sup> Zur Leitbildfunktion eherechtlicher Normen vgl. ZK-Bräm, N 3 zu Art. 167; Hausheer, Revision, S. 225. Vgl. auch Tuor/Schnyder/Schmid (S. 203) zum Einfluß eherechtlicher Normen auf das Verhalten der Beteiligten.

<sup>715</sup> Zur Relevanz familienrechtlicher Normen bei der Eheauflösung vgl. Voegeli/Willenbacher (S. 259), die auch festhalten, daß juristische Regelungsangebote während des Bestehens einer Ehe nicht genutzt werden.

*ausgerichtet ist.* Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen vermögen die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung als „durchwegs letzlicher Grund für alle Geschlechterdiskriminierung“<sup>716</sup> nicht schlagartig aufzuheben<sup>717</sup>. Wirtschaftliche und soziale Rahmenbedingungen lassen sich durch das Eherecht nicht direkt ändern. Der Beitrag, den ein normatives Leitbild liberal-feministischer Prägung im Eherecht leistet, darf aber andererseits auch nicht unterschätzt werden. Für eine (Rechts)Politik der kleinen Schritte sind feministische Leitbilder im Recht eine unabdingbare Voraussetzung. Schon allein dadurch, daß im Eherecht ein Anspruch auf Chancengleichheit nicht nur stillschweigend zugelassen, sondern ausdrücklich formuliert wird, verbessern sich die Aussichten für Frauen, langfristig zu einer Normalität gleicher Erwerbschancen zu gelangen.

Schon das geltende Eherecht hat sich im Zeitpunkt seiner Inkraftsetzung nicht damit begnügt, die herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen positivrechtlich zu verankern<sup>718</sup>. Auf dieser Linie fordert der liberal-feministische Ansatz im Recht weitergehend Impulse zur kritischen Überprüfung des alten Rollenbildes und ein zukunftsweisendes Bekenntnis zur *Aufhebung der geschlechtspezifischen Arbeitsteilung*.

### **III. Relational-feministische Kritik des Eherechts – ungenügende Würdigung der Familienarbeit**

Für den relationalen Feminismus bedeutet tatsächliche Gleichheit im Recht die Anerkennung und Würdigung weiblicher Differenz durch das

---

<sup>716</sup> Haller-Zimmermann, Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, S. 308.

<sup>717</sup> Vgl. Gerhard, Gleichheit, S. 108: „Gegen die Verwirklichung der Gleichberechtigung stehen Gewohnheiten und die Macht des Faktischen. Dieser Widerstand, der von subjektiven Dispositionen (Rollenverhalten, Routinen, Bequemlichkeitsbedürfnissen und Herrschaftsinteressen) bis zur materiellen Basis unserer Eigentumsverhältnisse reicht, ist kaum zu unterschätzen.“

<sup>718</sup> Vgl. Haller-Zimmermann, Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, S. 309. Man denke beispielsweise an das ursprünglich in allen Kantonen bestehende Institut der Geschlechtsvormundschaft oder die äußerst umstrittene Einrichtung des Eheschutzrichters.

Recht<sup>719</sup>. Aus relational-feministischer Sicht bedeutet das Engagement von Frauen im innerhäuslichen Bereich nicht unbedingt etwas Negatives; tendenziell weibliche Werte wie Ganzheitlichkeit, Empathie, Personenbezogenheit, Rücksichtnahme und Kooperation können sich im Familienbereich besser als anderswo entfalten<sup>720</sup>. Eine Gleichheit in dem Sinne, daß gleich viele Frauen wie Männer gleich viel Zeit mit der Erwerbsarbeit verbringen und umgekehrt gleich viele Männer wie Frauen in der Haushaltsführung und Kinderbetreuung aktiv werden (liberal-feministische Zielsetzung), entspricht also nicht der relational-feministischen Vorstellung von einer gleichen Würdigung der ehelichen Beiträge unter Anerkennung und Wahrung geschlechtsspezifischer Leistung im familiären Bereich.

Wie aber verhält es sich mit der gleichen Würdigung der von Frauen geleisteten Familienarbeit im geltenden Recht? Die Würdigung von Arbeit drückt sich in unserer Gesellschaft primär in Geld aus. Die Verwirklichung der gleichheitlichen Koexistenz der typisch weiblichen und typisch männlichen Arbeitsbereiche ist daher daran zu messen, inwieweit beide Ehepartner aus ihrer je unterschiedlichen Tätigkeit vergleichbare ökonomische Resultate erzielen<sup>721</sup>. *Der relational-feministische Prüfstein für das Eherecht besteht mithin in der Frage, ob dieses die Gleichstellung von Familien- und Erwerbsarbeit im Sinne einer gleichen finanziellen Würdigung sicherstellt*<sup>722</sup>.

---

<sup>719</sup> Vgl. oben S. 36 f. (Erster Teil, II.2.b.bb., relationale Rechtskritik).

<sup>720</sup> Zum Haushalt als Ort eigenständiger weiblicher Kultur vgl. z.B. *Rabuzzi*, insb. S. 43 ff.

<sup>721</sup> *Lenze*, S. 82.

<sup>722</sup> Hier ergeben sich Berührungspunkte zwischen der relational-feministischen Rechtskritik und dem marxistischen Feminismus sowie dem Ökofeminismus. Für die marxistischen Feministinnen ist Hausarbeit produktive Arbeit im Marx'schen Sinne (vgl. dazu das inzwischen legendäre Manifest von *Mariarosa Dalla-Costa* und *Selma James*, 'Le pouvoir des femmes et la subversion sociale', insb. S. 41 ff.). Sie muß daher bezahlt werden. Daneben dient die Forderung nach Lohn für Hausfrauenarbeit als zentraler Angriff auf das Kapital, das auf die Gratisarbeit der Frauen angewiesen ist, und auf den Staat, der für die Kontrolle dieser Gratisarbeit zuständig ist. Für eine kritische Auseinandersetzung mit der marxistisch-feministischen Forderungen nach einem Lohn für Hausarbeit siehe *Lenze*, S. 53 ff.; *MacKinnon*, *Feminist Theory of the State*, S. 63 ff.; *Wolf-Graaf*, S. 176 ff., 221, 245 f. Für die Ökofeministinnen bedingt die Reproduktionsarbeit (Leben schaffen) von Frauen ein anderes – nämlich ein konstruktives und nicht ein destruktives – Verhältnis zur Umwelt und zum menschlichen Sein. Siehe

## 1. Ansatzpunkte der relational-feministischen Diskriminierungsthese

### a) Die Zielsetzung – Gleichstellung von Familienarbeit und Erwerbsarbeit

Daß die Familienarbeit eine grundsätzlich geldwerte und in ihrem Wert bestimmbare Leistung ist, hat das Recht längst anerkannt. So führte beispielsweise die Schadensersatzpflicht beim Tod oder der Invalidität des haushaltsführenden Ehepartners zu einer Judikatur, in der die Familienarbeit nach Zeit und Art bewertet und justiziabel beziffert wird<sup>723</sup>. Der Haushaltsschaden enthält also bereits ein Modell für die rechtliche Bewertung der Familienarbeit.

Zentral für die finanzielle Würdigung der Familienarbeit nach geltendem Eherecht ist Art. 164 ZGB, wonach dem haushaltsführenden Ehepartner für seine Arbeit ein 'angemessener Betrag zur freien Verfügung' zusteht. Diese formell geschlechtsneutrale Norm hat angesichts der tatsächlichen Verhältnisse eine geschlechtsspezifische Arbeitsleistung zum Gegenstand – die *Hausfrauenarbeit*<sup>724</sup>. STAMM identifiziert als *ratio legis*

---

dazu z.B. *D'Eaubonne*, S. 220 f. Um die Beherrschung der destruktiven Produktion durch die konstruktive Reproduktion zu sichern, brauchen die Frauen gesellschaftliche Macht. Hierzu gehört auch eigenes Geld, um mehr Bewegungsraum zu haben. Vgl. z.B. das Diskussionspapier der Frauen aus München und Frankfurt am Frauenkongreß Mannheim (1975), zitiert bei *Wolf-Graaf*, S. 186.

<sup>723</sup> Die Rechtsprechung geht vom Aufwand aus, den der Ausgleich der ausfallenden Hausarbeit durch eine nach den üblichen Ansätzen zu entschädigende Ersatzkraft verursacht hätte. Siehe dazu BGE 108 II 439 E. 3d; BGE 113 II 350 E. 2a; BGE 117 II 623 E. 7; BGer, Urt. v. 13.12.1994, plädoyer 2/1995, S. 58 ff.; Entscheidung der Direktion der Justiz des Kantons Zürich vom 27.7.1994, SJZ 91 (1995), S. 55 ff. Für einen Überblick zur Ersatzfähigkeit und Bemessung des Hausfrauenschadens im schweizerischen, deutschen und österreichischen Recht vgl. *Roberto*, S. 212 ff.

<sup>724</sup> Vgl. dazu die Studie von *Kellerhals u.a.* sowie die Studie von *Höpflinger u.a.*, die belegen, daß es nach wie vor dem schweizerischen Ehealltag entspricht, daß die Hausarbeit und Kinderbetreuung überwiegend von Frauen geleistet wird. *Kellerhals u.a.*, insb. Tafel IV, S. 161; *Höpflinger u.a.*, S. 119 ff. (Befragung 1988). Zur innerehelichen Aufgabenverteilung im allgemeinen vgl. die umfassende Zusammenstellung der empirischen Untersuchungen bei *Leuba*, S. 12 ff. Weitere Nachweise zu empirischen Studien finden sich bei *Stamm*, S. 12. Vgl. zudem Botschaft, BBl 1979 II 1252; ZK-Bräm, N 8 zu Art. 164 ZGB; C. Kaufmann, Gleichstellung, S. 221.

des Art. 164 ZGB drei Grundideen: (1) die materielle Verwirklichung der formellen Gleichstellung der Ehegatten, wie sie bezüglich des Unterhalts in Art. 163 ZGB vorgesehen ist; (2) die Aufhebung der finanziellen Abhängigkeit der haushaltsführenden Ehepartnerin; (3) die Gleichstellung von Hausfrauen und Frauen, die einer außerhäuslichen Tätigkeit nachgehen<sup>725</sup>. Auch im Rahmen der parlamentarischen Debatte ist Art. 164 ZGB als *zentrales Moment der Gleichberechtigung* bezeichnet worden<sup>726</sup>. In der Tat wird mit dieser Bestimmung der in Art. 163 ZGB festgehaltenen Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbsarbeit eine über die ideologische Gleichstellung hinausgehende, tatsächliche Wirkung zuerkannt. Indem Art. 164 ZGB die Hausarbeit und Kinderbetreuung mit einem finanziellen Anspruch verknüpft, trägt er auch der relational-feministischen Forderung nach der rechtlichen Würdigung der typisch weiblichen Tätigkeiten Rechnung.

#### b) Die Verwirklichung – Familienarbeit als Liebesdienst

Aus relational-feministischer Sicht ist an der geltenden Regelung Kritik anzubringen. Wenn gemäß Art. 164 ZGB die Arbeit der haushaltsführenden Ehepartnerin mit einem 'angemessenen Betrag' entschädigt werden soll, so ist damit eine Angemessenheit *nach* Berücksichtigung aller ehelichen Ausgaben gemeint<sup>727</sup>. Berechnet wird also auf der Grundlage dessen, was nach sämtlichen Gemeinschaftsausgaben übrig bleibt. Bei der Entscheidung, welcher Teil des Einkommens zuvor für welche Dinge der Ehegemeinschaft ausgegeben wird, hat der haushaltsführende Ehepartner – der in aller Regel ein biologisch weibliches Individuum ist – kein Mitspracherecht, sondern muß sich den Entscheidungen des erwerbstätigen Ehepartners fügen<sup>728</sup>. Dies bedeutet auch: Wer den Haus-

---

<sup>725</sup> Stamm, S. 13 f.

<sup>726</sup> Vgl. AmtlBull NR 93 (1983), S. 645 ff.

<sup>727</sup> BGE 114 II 306 E. 4a; Hausheer/Reusser/Geiser, N 19 zu Art. 164 ZGB; Hegnauer, S. 19; Stamm, S. 97.

<sup>728</sup> Ein ausdrückliches Mitspracherecht sieht das geltende Eherecht nicht vor. Es kann auch nicht den Art. 159 oder 163 ZGB entnommen werden. Zwar haben gemäß Art. 159 II ZGB die Ehepartner das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren. Daraus kann unter Umständen bei unmäßigen Gemeinschaftsausgaben eine Pflichtverletzung resultieren. Ein subjektives Recht auf Mitsprache bei den Gemeinschaftsausgaben kann aus dieser Bestimmung indessen nicht abgeleitet werden. Art. 163 ZGB statuiert sodann die

halt führt, beeinflusst nicht, ob *überhaupt* ein frei verfügbarer Betrag übrigbleibt oder in welcher Höhe ein solcher anfällt. Zum Beispiel kann sich der erwerbstätige Ehepartner zum Kauf eines teuren (Familien)Autos entschließen und damit die finanziellen Mittel der ehelichen Gemeinschaft vollständig ausschöpfen, so daß für die haushaltsführende Ehepartnerin dann ein 'angemessener Betrag' überhaupt nicht oder jedenfalls nur noch in geringer Höhe anfällt<sup>729</sup>.

Doch selbst wenn ein frei verfügbarer Rest vorhanden ist, stellt sich aufgrund der Unbestimmtheit des Art. 164 ZGB noch immer die Frage, welcher Anteil daran nach dem geltenden Eherecht ein 'angemessener Betrag' sei. Die in den parlamentarischen Beratungen geäußerte Zielvorstellung, die Ehegatten sollten mit diesem Betrag finanziell in etwa auf gleichen Fuß gestellt werden<sup>730</sup>, wurde im selben Zug dahingehend eingeschränkt, daß die Angemessenheit des Betrags zur freien Verfü-

---

Rücksichtnahme auf das Wohl der Gemeinschaft bezüglich der *Art* der Beitragsleistungen, nicht bezüglich der Höhe der Ausgaben für die Familie. Schließlich stehen dem Mitspracherecht auch die güterrechtlichen Bestimmungen im Wege. Unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung steht jedem Ehegatten das alleinige Verfügungs-, Nutzungs- und Verwaltungsrecht über seine Errungenschaft zu (Art. 201 ZGB), also auch die Verfügung über den Arbeitserwerb (Art. 197 II Ziff. 1 ZGB). Dasselbe gilt für die Gütertrennung (Art. 247 ZGB). Vgl. die Kritik zum fehlenden Mitspracherecht bei der Verwendung des Einkommens zur Deckung der ehelichen Lasten bei *Bretscher*, S. 188; *C. Kaufmann*, Gleichstellung, S. 225. Art. 166 III ZGB vermag keine Abhilfe zu schaffen, da es hier nicht darum geht, für die Gemeinschaft Ausgaben zu tätigen, sondern diese zu verhindern, damit noch ein Betrag zum Teilen übrig bleibt.

<sup>729</sup> Bezüglich der sozialen Wirklichkeit der Entscheidungsgewalt bei Ehepaaren kommt die Studie von *Blumenstein/Schwarz* (S. 56, insb. Tabelle 2) zum Ergebnis, daß in Beziehungen, die nach dem männlichen Versorgerprinzip strukturiert sind, es die überwiegende Zahl der Paare als normal erachtet, daß der Mann die wichtigen – also auch die finanziell bedeutsamen – Entscheidungen trifft. Zudem wurde die Meinung geäußert, das Geld was man verdiene, dürfe man auch behalten. Zu den methodischen Grundlagen dieser Studie vgl. Fn. 676. Die Befragung der Ehepaare bei *Kellerhals u.a.* ergab demgegenüber, daß mehrheitlich beide Partner über die Ausgaben gemeinsam entscheiden. Allerdings entschieden die Männer doch in zahlreichen Beziehungen über gewisse Ausgaben (insb. Fahrzeug) alleine, während dies auf Frauenseite praktisch nicht vorkam. Vgl. *dies.*, Tabelle IV/25, S. 181.

<sup>730</sup> Vgl. AmtlBull NR 93 (1983), S. 649 f. In BGE 114 II 306 E. 4a hält das Bundesgericht fest, daß nach der Deckung der Grundbedürfnisse jeder Ehepartner Anspruch auf einen gleichen angemessenen Betrag zur freien Verfügung habe.

gung stark vom konkreten Einzelfall abhängen<sup>731</sup> und jedenfalls eine hälftige Teilung lediglich dann gerechtfertigt sei, wenn der Überschuss nur begrenzt für zusätzliche Bedürfnisse reiche<sup>732</sup>. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht in diese Richtung. Zwar wird festgehalten, eine hälftige Teilung sei anzustreben, doch wird sofort einschränkend bemerkt, sie finde dort ihre Grenze, wo der verbleibende Überschuss mehr ausmache, als es die Wahrung des Lebensstandards der Ehegatten erfordere<sup>733</sup>. Lässt also das Einkommen dem erwerbstätigen Ehepartner Raum für die Vermögensbildung, so bleibt ihm dieser Einkommensteil vollständig erhalten. Diese Ansicht hat auch in der Lehre überwiegend Zustimmung gefunden<sup>734</sup>.

Zusammenfassend kann über die Leitlinie zur Auslegung der Angemessenheit des 'angemessenen Betrags' folgendes gesagt werden: hälftige Teilung nur bei kleinen Beträgen, ansonsten weniger als die Hälfte für die haushaltsführende Ehepartnerin. *Der 'angemessene Betrag zur freien Verfügung' hat mithin Alimentations- und nicht Gleichstellungscharakter.* Hinzu kommt, daß mit solch unklaren Leitlinien die Entscheidung über die Angemessenheit des Betrages zur freien Verfügung faktisch demjenigen Ehepartner zukommt, der ihn leistet, also dem erwerbstätigen. Die finanzielle Würdigung der Arbeit der haushaltsführenden Ehepartnerin ist damit nicht garantiert. Die geltende Regelung nimmt vielmehr in Kauf, daß das tradierte Verständnis der kostenlosen Haushaltsführung und Kinderbetreuung sowie die finanzielle Vormachtstellung des erwerbstätigen Ehepartners weiterhin Rechtswirklichkeit bleibt, statt diesen Mißstand aktiv zu bekämpfen<sup>735</sup>.

Sodann kann der Anspruch aus 164 ZGB nur geltend gemacht werden,

---

<sup>731</sup> BBl 1979 II 1253; AmtlBull StR 91 (1981), S. 77; AmtlBull NR 93 (1983), S. 645 ff; ZK-Bräm N 22 zu Art. 164 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser N 18 zu Art. 164 ZGB.

<sup>732</sup> Gerwig (AmtlBull NR 93 (1983), S. 650) spricht von hälftiger Teilung bei einem finanziellen Freiraum im Bereich von zweihundert bis dreihundert Franken.

<sup>733</sup> BGE 114 II 31 E. 8.

<sup>734</sup> Siehe Hausheer/Reusser/Geiser, N 22 zu Art. 164; Hegnauer, S. 20; Hegnauer/Breitschmid, Rz. 16.45; Stamm, S. 117. Als Hauptargument wird vorgebracht eine hälftige Teilung eines größeren Überschusses würde die güterrechtliche Auseinandersetzung vorwegnehmen. Kritisch Bretscher, S. 188 (zum Vorentwurf); C. Kaufmann, Gleichstellung, S. 224 (zur geltenden Regelung). Kritisch zum deutschen Recht des 'angemessenen Unterhalts' Lenze, S. 109.

<sup>735</sup> Zum Phänomen der ungleichen Einkommensverteilung innerhalb der Familie vgl. M. Young, Distribution of Income, S. 305 ff.

wenn die haushaltsführende Ehepartnerin nicht aus eigenen Einkünften über genügend finanzielle Mittel verfügt, um in gleichem Maße finanziell unabhängig zu sein wie ihr Partner<sup>736</sup>. Wer Einkünfte aus Vermögen oder aus Erwerbsarbeit erzielt und daneben den Haushalt führt, hat also grundsätzlich keinen Anspruch auf einen Betrag zur freien Verfügung gemäß Art. 164 ZGB<sup>737</sup>. Aus relational-feministischer Sicht ist dies problematisch. *Wenn Familienarbeit als echte Arbeit gewürdigt werden soll, so darf das Entgelt (hier: der angemessene Betrag) nicht davon abhängen, ob die haushaltsführende Ehepartnerin daneben über andere Einkünfte verfügt; für die Bewertung ihres Arbeitsbeitrags sind die sonstigen Einkünfte irrelevant*<sup>738</sup>.

Schließlich gibt aus relational-feministischer Sicht auch die Ausgestaltung des Art. 164 ZGB als Anspruchsnorm Anlaß zu Kritik. Erfolgt die Ausrichtung dieses Betrages nicht ganz und gar freiwillig, so werden die Frauen in die Rolle der Anspruchstellerinnen verwiesen. Dies, obwohl sie – gemäß relational-feministischer These – das individualistische Anspruchsdenken tendenziell nicht in gleichem Maße internalisiert haben wie Männer. Mit anderen Worten: *Art. 164 ZGB verlangt von Frauen, daß sie, um die Würdigung ihrer Differenz zu erreichen, sozialtypisch männliche Verhaltensmuster annehmen.*

Erste rechtssoziologische Anhaltspunkte für die Schwierigkeiten von

<sup>736</sup> Art. 164 II ZGB und dazu BGE 114 II 306 E. 4a.

<sup>737</sup> BGE 114 II 306 E. 4a; *Bräm*, N 9 zu Art. 164 ZGB; *Deschenaux/Steinauer*, *Droit matrimonial*, S. 62; *Hausheer/Reusser/Geiser*, N 24 zu Art. 164 ZGB; *Hegnauer*, S. 19; *Stamm*, S. 68, 76 ff.; *Stoessel*, S. 261. Vgl. immerhin *Bräm*, *Geiser* und *Stamm*, die bei voller Erwerbstätigkeit beider und ausschließlicher Haushaltsführung durch einen Ehepartner der geleisteten Familienarbeit insofern Rechnung tragen wollen, als die Hausarbeit als primärer Beitrag zum gemeinsamen Unterhalt zählt und demzufolge die finanziellen Beiträge des haushaltsführenden Ehepartners zu kürzen sind. *ZK-Bräm*, N 9 zu Art. 164 ZGB; *Geiser*, *Eherecht*, S. 45; *Stamm*, S. 68. Dennoch: ein direkter finanzieller Anspruch gestützt auf Art. 164 ZGB ist ausgeschlossen und die Lösung bleibt schon deshalb unbefriedigend. Zudem besteht in der Praxis die Gefahr, daß das regelmäßig tiefere Einkommen aus Voll- oder Teilwerbsarbeit der Ehefrau als Zusatzeinkommen gesehen wird, mit dem die laufenden Haushaltsausgaben und die Versorgung der Kinder gedeckt werden.

<sup>738</sup> Zur parallelen Problematik im alten wie im neuen Scheidungsrecht, welches bei den Rentenansprüchen der kinderbetreuenden Ehepartnerin regelmäßig deren eigene Einkünfte berücksichtigt und die damit verbundene Doppelbelastung ignoriert, siehe *Binkert*, S. 215 ff.

Frauen, Recht in ihren privaten Beziehungen durchzusetzen, haben ergeben, daß Ehefrauen ihre eigenen Wünsche und Ansprüche regelmäßig zurückstellen, weil sie Konflikte befürchten und sie sich andererseits für den Frieden in der Ehe verantwortlich fühlen<sup>739</sup>. Gerade die Geltendmachung eines Betrags zur freien Verfügung ist aber konfliktrichtig, so daß die Gefahr besteht, daß Frauen – um des Friedens willen – einen solchen Anspruch gar nicht geltend machen. Noch weniger wahrscheinlich ist, daß sie zu seiner Durchsetzung den Gang zum Eheschutzrichter (Art. 172 ZGB) antreten, solange sie der Ehe noch eine Überlebenschance einräumen. Die gerichtliche Geltendmachung des Betrags zur freien Verfügung ist denn auch kaum Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen<sup>740</sup>.

Wenn aber die Bestimmung in Art. 164 ZGB den haushaltsführenden Ehepartnerinnen Ansprüche zugesteht, ohne sich in Ansehung sozialtypisch weiblicher Verhaltensweisen um deren Durchsetzung zu kümmern, setzt er sich aus relational-feministischer Sicht dem Vorwurf der geschlechtsbezogenen Diskriminierung aus.

### c) Ergebnis zum geltenden Eherecht – Defizite aus relational-feministischer Sicht

Hinsichtlich der finanziellen Würdigung der typischerweise von Frauen geleisteten Familienarbeit ergeben sich vier Kritikpunkte: Erstens be-

---

<sup>739</sup> So die Ergebnisse des Forschungsprojekts der Universität Bremen zum Thema 'Durchsetzung gleichen Rechts für Frauen'. Zu dieser Untersuchung allgemein vgl. oben Fn. 432. Weil Friede herrschen soll, „muß man Einschränkungen machen, sonst gibt es ein Chaos“, welches es „auf Kosten einer Ehe“ nicht geben darf. Man „denkt an die Kinder“ und „wenn in einer Ehe nur Streit herrscht und was weiß ich was, dann sind die Kinder arm dran“. Verantwortlich für den Frieden fühlen sich vor allem die Frauen. Der Friede geht „auf Kosten der Frau ... und der Mann steht fein da“, doch ändern läßt sich das schwer, denn „er ist gewöhnt, das letzte Wort zu haben“. Vgl. die Auszüge aus den Gruppengesprächen bei *Gerhard, Gleichheit*, S. 186.

<sup>740</sup> ZK-Bräm, N 3 zu Art. 164 ZGB. Einer 1991 veröffentlichten Studie der Eidgenössischen Frauenkommission ist zu entnehmen, daß in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Genf und Waadt bis Ende 1990 der Art. 164 ZGB nie angewandt wurde. In Zürich wurde bis Ende 1989 in keinem Eheschutzbegehren ein Betrag zur freien Verfügung verlangt, ohne daß gleichzeitig ein Begehren um Getrenntleben gestellt worden wäre. *Eidg. Kommission für Frauenfragen, Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts*, S. 8, 71, 115.

stimmen sich Existenz und Höhe des finanziellen Ausgleichs nach dem Betrag, welcher nach der Begleichung der ehelichen Lasten übrig bleibt; das Gesetz räumt aber der haushaltsführenden Ehepartnerin bei der Verwendung des Einkommens zur Begleichung dieser Lasten kein Mitspracherecht ein. Zweitens unterläßt es der Gesetzgeber, die hälftige Teilung des übrigbleibenden Freibetrages zu verfügen und beläßt die finanzielle Würdigung der Familienarbeit faktisch dem Ermessen des erwerbstätigen Partners. Drittens widerspricht die Einschränkung, daß bei der Festsetzung des Betrags zur freien Verfügung die Einkünfte der haushaltsführenden Ehepartnerin berücksichtigt werden können, der Forderung nach einer Anerkennung der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung. Und viertens führt die Ausgestaltung der Bestimmung als Anspruchsnorm zu einer latenten Diskriminierung von Frauen, weil diese, sobald der Betrag nicht freiwillig ausgerichtet wird, auf die männliche Anspruchshaltung verwiesen werden, was faktisch die Durchsetzung ihrer Rechte verhindert. Folglich vermag Art. 164 ZGB in seiner geltenden Fassung der relational-feministischen Forderung nach gleicher Würdigung von Familien- und Erwerbsarbeit nicht umfassend Rechnung zu tragen<sup>741</sup>.

## 2. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung der relational-feministischen Zielsetzung *de lege lata*

Angesichts des Befundes, daß im geltenden Eherecht die Familienarbeit der Erwerbsarbeit noch nicht gleichgestellt ist, bleibt zu untersuchen, ob nicht eine um die feministische Sicht erweiterte Auslegung des geltenden Art. 164 ZGB für die relational-feministische Zielsetzung fruchtbar gemacht werden kann.

Bisherige Auslegungsleitlinie für den 'angemessenen Betrag' ist, daß nur bei kleineren Überschüssen hälftig geteilt wird, im übrigen der Erwerbstätige aber weniger als die Hälfte abgibt. Diese Interpretation ist keinesfalls zwingend. Vielmehr ist angesichts der gleichen Würdigung der Ehegattentätigkeiten davon auszugehen, daß bei traditioneller Rollen-

---

<sup>741</sup> Zu den diskriminierenden Folgen der in Art. 164 ZGB enthaltenen Grundkonzeption über die Familienarbeit in der scheidungsrechtlichen Auseinandersetzung vgl. die umfassende rechtssoziologische Untersuchung von *Binkert*.

teilung der angemessene Betrag zur freien Verfügung immer in der Hälfte des Einkommensüberschusses besteht<sup>742</sup>.

Gegen eine solche Auslegung wurde vorgebracht, daß sie die güterrechtliche Auseinandersetzung der Errungenschaftsbeteiligung (ordentlicher Güterstand) vorwegnehmen würde und deshalb der Gesetzssystematik widerspräche<sup>743</sup>. Eine solche Kritik übersieht, daß das hälftig zu teilende Arbeitseinkommen nur einen Teil der güterrechtlich relevanten Errungenschaften bildet. Die hälftige Teilung macht einen Ausgleich der Errungenschaften aus anderen Quellen, etwa aus Kapitalerträgen, nicht überflüssig. Ein systematischer Widerspruch wäre aber erst gegeben, wenn das Institut des ehelichen Güterrechts derart ausgehöhlt würde, daß für seine Normen kein Anwendungsbereich verbliebe. Außerdem fließen die ersparten Überschüsse in die Errungenschaft ein und müssen bei der Auseinandersetzung erneut geteilt werden<sup>744</sup>. Die güterrechtliche Auseinandersetzung bleibt folglich auch bei der hier vorgeschlagenen Auslegung des Art. 164 ZGB notwendig. Vor allem aber muß dem Verweis auf das eheliche Güterrecht entgegengehalten werden, daß mit Art. 164 ZGB der Grundsatzentscheid zugunsten der wirtschaftlichen Partnerschaft während der Ehe bereits gefällt wurde. Wollte man das ausschließliche Verfügungsrecht des erwerbstätigen Ehepartnes über sein Einkommen als unantastbar verstehen, wäre für eine Bestimmung wie die des Art. 164 ZGB kein Platz. Ist der Grundsatzentscheid aber gefällt, so rechtfertigt es sich nicht, das Gebot der Gleichstellung der Beitragsarten je nach der Summe, die zur Verfügung steht, differenziert anzuwenden. Die Angemessenheit des Betrags zur freien Verfügung muß also dahingehend verstanden werden, daß immer eine hälftige Teilung des Überschusses vorzunehmen ist.

Die relational-feministische Auslegung von Art. 164 ZGB gebietet außerdem die hälftige Teilung des Einkommens *vor Begleichung der ehelichen Lasten*. Nur so kann verhindert werden, daß der erwerbstätige Partner allein bestimmen kann, ob nach seinen vorgängigen Gemeinschaftsausgaben (Beispiel: teures Familienauto) überhaupt noch etwas zum Teilen übrigbleibt. Daß die Ehepartner ihre Anteile insgesamt oder zum Teil wieder zusammenlegen müssen, um die notwendigen Gemeinschaftsausgaben zu bestreiten, spricht nicht gegen diese Lösung.

<sup>742</sup> So auch *Curti* (Eherecht, S. 152) für den Fall der getrennt lebenden Ehepartner.

<sup>743</sup> BGE 114 II 31 E. 8; *Hegnauer*, S. 20; *Hegnauer/Breitschmid*, Rz. 16.45; *Stamm*, S. 117.

<sup>744</sup> *Curti*, Eherecht, S. 151.

Es bedeutet einen psychologischen und praktischen Unterschied, ob die haushaltsführende Ehepartnerin über den Betrag, der ihr für die geleistete Familienarbeit zusteht, *effektiv* verfügen kann oder nicht.

Allerdings stellt sich hier die Frage nach dem Widerspruch mit den Normen des Güterrechts erneut. So fragt sich, ob die hälftige Teilung des Einkommens mit den Bestimmungen in Art. 197 II Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 201 ZGB vereinbar wäre, wonach jedem Ehepartner zunächst das alleinige Verfügungs-, Nutzungs- und Verwaltungsrecht über seinen Arbeitserwerb zusteht. Unvereinbar mit den güterrechtlichen Bestimmungen wäre diese Auslegung des Art. 164 ZGB dann, wenn für erstere kein Anwendungsbereich mehr verbliebe. Dies ist aber nicht der Fall. Wohl drängt die hälftige Teilung des Einkommens vor der Begleichung der ehelichen Lasten den Anwendungsbereich der güterrechtlichen Bestimmungen zurück. Diese bleiben aber in denjenigen Fällen maßgeblich, in denen die haushaltsführende Ehepartnerin keinen Anspruch auf einen Betrag gestützt auf Art. 164 I ZGB hat. Dies ist (gemäß geltendem Recht) dann der Fall, wenn sie selbst über erhebliche Erwerbseinkünfte oder Kapitalerträge verfügt (Art. 164 II ZGB). Im Falle der Anwendung der Bestimmung in Art. 164 II ZGB, die allerdings aus relational-feministischer Sicht kritikwürdig ist<sup>745</sup>, verbleibt dem erwerbstätigen Ehepartner die Verfügungsgewalt über sein gesamtes Einkommen, so wie es Art. 197 II Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 201 ZGB vorsieht.

Im übrigen ist angesichts der Zielsetzung des Gesetzgebers bezüglich der Gleichstellung von Familien- und Erwerbsarbeit nicht einzusehen, warum die güterrechtlichen Bestimmungen eine restriktive Auslegung von Art. 164 ZGB gebieten sollten. Die Bestimmungen in Art. 164 ZGB und in Art. 197 II Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 201 ZGB stehen nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinander, sondern es kommt ihnen grundsätzlich die gleiche Bedeutung zu. Führt man sich indessen die Zielsetzung des Reformgesetzgebers vor Augen, so gebietet Art. 164 ZGB eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der güterrechtlichen Regelung.

Im Ergebnis zeigt sich, daß *de lege lata* immerhin ein Teil der relational-feministischen Forderungen erfüllbar ist. Ungelöst bleiben indes andere Probleme. So bleibt es beispielsweise bei der Regel von Art. 164 II ZGB, wonach bei der Bemessung des Betrages zur freien Verfügung die eige-

---

<sup>745</sup> Vgl. oben S. 231 ff. (1.b., Familienarbeit als Liebesdienst).

nen Einkünfte der haushaltsführenden Ehepartnerin zu berücksichtigen sind<sup>746</sup>. Zudem bleibt es dabei, daß das Eherecht es den haushaltsführenden Ehepartnerinnen überläßt, für die Durchsetzung ihres Entschädigungsanspruches zu sorgen und damit der relationalen Ausrichtung vieler Frauen nicht Rechnung trägt. Allein durch Auslegung ist die relational-feministische Gleichstellung folglich nicht vollständig zu erreichen.

### 3. Relational-feministische Forderungen *de lege ferenda*

Die von relational-feministischer Seite geforderte Würdigung der weiblichen Differenz durch das Recht bedeutet unter anderem, daß aus typisch weiblicher Tätigkeit keine – also auch keine finanziellen – Nachteile erwachsen dürfen. Hierfür gibt es bereits eine Reihe von Reformvorschlägen, die im folgenden auf ihre relational-feministische Eignung hin untersucht werden sollen. Zunächst wird vorgeschlagen, den finanziellen Ausgleich für die Arbeit im innerhäuslichen Bereich durch die Einführung eines Hausfrauenlohns (a) zu leisten. Weiter ist an eine Gleichstellung durch Änderung des Güterrechts (b) oder an eine gesetzliche Klarstellung des bereits erörterten hälftigen Anspruchs am Erwerbseinkommen des berufstätigen Ehegatten zu denken (c).

#### a) Hausfrauenlohn

Zur Sicherung der angestrebten Gleichstellung ist zunächst an einen Hausfrauenlohn zu denken<sup>747</sup>, wobei als Zahlungspflichtige neben dem erwerbstätigen Ehepartner auch dessen Arbeitgeber oder der Staat in Betracht kommen<sup>748</sup>. Lohnforderungen gegenüber dem Ehemann würden die Ehegemeinschaft durch ein antagonistisches Lohnarbeitsverhältnis befrachten und fügen sich schon deshalb nicht in die relational-

---

<sup>746</sup> Zur Berücksichtigung der Doppelbelastung über die Bestimmung in Art. 163 ZGB vgl. oben Fn. 737.

<sup>747</sup> Vgl. *Bock/Duden*, S. 185: „Erst wenn die Produktion und Reproduktion der Arbeitskraft wie jede andere Arbeit entlohnt wird, wird sie als Arbeit sichtbar und wertvoll.“ Vgl. weiter *C. Kaufmann*, Gleichstellung, S. 105.

<sup>748</sup> Zum Ganzen ausführlich *Lenze*, S. 82 ff.

feministische Zielsetzung ein<sup>749</sup>. Lohnforderungen gegenüber dem Arbeitgeber des erwerbstätigen Ehepartners sind – ohne daß der Wert der Hausarbeit genau ermittelt werden müßte<sup>750</sup> – jedenfalls vom Umfang her realistischerweise nicht finanzierbar. Dasselbe gilt auch für den Staat als letzten möglichen Adressaten der Lohnforderung für Hausarbeit<sup>751</sup>. Insgesamt kann der Hausfrauenlohn darum nicht als ein realistisches Mittel angesehen werden, um die Familienarbeit finanziell gleich zu würdigen wie die Erwerbsarbeit.

#### b) Ordentlicher Güterstand der laufenden Errungenschaftsbeteiligung

Die Gleichstellung könnte auch durch einen gesetzlichen Güterstand der laufenden Errungenschaftsbeteiligung angestrebt werden<sup>752</sup>. Dabei wird die Errungenschaft nicht erst im Zeitpunkt der Beendigung der Ehe, sondern *laufend* geteilt. Auch die ehelichen Ausgaben werden stets zu gleichen Teilen übernommen. Jedem Ehegatten steht dadurch das alleinige Recht an der ihm gehörenden Hälfte der Errungenschaft zu<sup>753</sup>. Von der Gütergemeinschaft unterscheidet sich dieser neue Güterstand

<sup>749</sup> Zu einer anderen Kritikrichtung, nach der das Einkommen für einen Hausfrauenlohn nicht ausreicht, siehe etwa *Hausheer/Reusser/Geiser*, N 7 zu Art. 164 ZGB; *Stamm*, S. 55. Nach den Richtlinien der kantonal-zürcherischen Arbeitsgemeinschaft für hauswirtschaftliche Bildungs- und Berufsfragen betrug 1985 der Mindestlohn einer Hausangestellten mit Berufskennntnissen und Erfahrung zwischen Fr. 2'060.-- und Fr. 2'380.-- pro Monat; *Stamm*, S. 55 Fn. 267. Der private Hausfrauenlohn wird von der Lehre im Ergebnis einstimmig abgelehnt, vgl. *ZK-Bräm*, N 7 zu Art. 164 ZGB; *Hausheer/Reusser/Geiser*, N 7 zu Art. 164 ZGB; *Hegnauer/Breitschmid*, Rz. 16.47; *Stamm*, S. 54 f.; *Weimar*, S. 206.

<sup>750</sup> Zum Mindestlohn für eine Hausangestellte vgl. die vorangehende Fußnote.

<sup>751</sup> Ein entsprechender Vorschlag findet sich z.B. bei *Littleton* (*Sexual Equality*, S. 1301, 1331), die den haushaltsführenden Personen einen staatlich garantierten Mindestlohn zusprechen will. Der staatlichen Finanzierung der Familienarbeit stehen folgende, im Auftrag des deutsche Bundesministeriums für Jugend, Familie und Gesundheit ermittelte Zahlen entgegen: Im Jahre 1982 hatte die von allen Haushaltsmitgliedern geleistete Familienarbeit einen Wert von DM 1,8 Billionen. Bezogen auf das Bruttosozialprodukt machte dies einen Anteil von 65% aus; *Küsselberg u.a.*, S. 246.

<sup>752</sup> Vgl. hierzu *Hunziker/Kaufmann*, S. 6; *C. Kaufmann*, Gleichstellung, S. 225, 251.

<sup>753</sup> Im Einzelnen *C. Kaufmann*, Gleichstellung, S. 251. Dieser Güterstand wurde bereits von 1894 *Emily Kempin* vorgeschlagen, vgl. *dies.*, S. 19.

dadurch, daß nicht beide Ehegatten einen gleichzeitigen Zugriff auf die Errungenschaft als Gesamtgut haben. Jeder hat einen ausschließlichen Zugriff nur auf seinen eigenen Teil; dieser Teil aber ergibt sich immer hälftig aus den jeweiligen Errungenschaften.

Die laufende Errungenschaftsbeteiligung hat relational-feministische Vorteile. Sie stellt sicher, daß die haushaltsführende Ehepartnerin finanziell entschädigt wird. Da jeder Ehepartner bzw. jede Ehepartnerin zudem einen Anspruch auf genau die Hälfte des vorhandenen Erwerbseinkommens erhält, ist das Mitspracherecht bei ehelichen Ausgaben besser gewährleistet.

Allerdings trifft der Güterstand der laufenden Errungenschaftsbeteiligung die relational-feministische Zielsetzung nur zum Teil. Dieser geht es um die Gleichstellung von Familienarbeit und Erwerbsarbeit. Gegenüber dieser Zielsetzung bleibt die laufende Errungenschaftsbeteiligung einerseits zurück. Denn eine Ehepartnerin, die erwerbstätig ist und darüber hinaus primär die Familienarbeit leistet, müßte nicht nur die Hälfte aller Einkünfte aus Erwerbsarbeit erhalten, sondern für ihre Familienarbeit noch *zusätzlich* entschädigt werden. Andererseits schießt die laufende Errungenschaft über das Ziel einer aus relational-feministischer Sicht geforderten gleichen Würdigung der Hausarbeit hinaus, da sie egalisierende Folgen für die *gesamte* Vermögenssituation der Ehepartner und nicht bloß für deren Erwerbs- bzw. Familientätigkeit hat. Wenn beispielsweise der Ehemann Mieteinkünfte aus eigenem Grundbesitz erhält, die ganz unabhängig von seiner Erwerbsarbeit regelmäßig anfallen, so wäre eine gleiche Verteilung dieser Einkünfte relational-feministisch nicht zu fordern. Denn die Hausarbeit wäre schon dann gleich gewürdigt, wenn sie nur genauso gut entgolten wird wie die Erwerbsarbeit des anderen Ehegatten.

Die laufende Errungenschaftsbeteiligung mag derjenige Güterstand sein, welcher die weitestgehende Gleichstellung der Ehepartner verwirklicht<sup>754</sup>. Ein Gebot relational-feministischer Forderungen im Ehe-recht ist er hingegen nicht.

---

<sup>754</sup> So Gerwig (S. 6), gleichzeitig Präsident der vorberatenden Kommission des Nationalrats.

### c) Häufige Teilung des Erwerbseinkommens

Die gleiche Würdigung von Erwerbs- und Familienarbeit könnte schließlich dadurch angestrebt werden, daß das Erwerbseinkommen (und nur dieses!) *vor Begleichung der ehelichen Ausgaben hälftig geteilt wird*. Dies ist teils bereits *de lege lata* möglich, kann aber nur durch Gesetzesänderung auch auf eine Würdigung solcher Hausarbeit erstreckt werden, die neben einer eigenen Erwerbsarbeit der haushaltsführenden Ehepartnerin geleistet wird<sup>755</sup>. Auch zur Klarstellung und Rechtssicherheit ist eine Gesetzesänderung der bloßen Interpretationslösung vorzuziehen. Ein entsprechender Vorschlag zur Neufassung des Art. 164 ZGB findet sich bei BRETSCHER<sup>756</sup>:

Art. 164 [Familienarbeit]

(1) Sofern nur einer der Ehepartner den Haushalt besorgt oder die Kinder betreut<sup>757</sup>, hat er vor Begleichung der ehelichen Lasten einen Anspruch auf die Hälfte am Einkommen des anderen.

(2) Beide Ehepartner sind verpflichtet, ihren Einkommensanteil in gleichem Umfang für die Tragung der ehelichen Lasten zu verwenden.

Für den Normalfall der alleinigen Haushaltsführung durch die nicht erwerbstätige Ehefrau bietet Absatz 1 der Neufassung eine aus relational-feministischer Sicht angemessene Lösung für die Gleichstellung in der Ehe. Die Hausarbeit wird immer genau so bewertet wie die Erwerbsarbeit. Die Ehepartner werden also mit ihrem Anteil an der gemeinschaftlichen Arbeit genau gleich gewürdigt. Auch für den zweiten häufigen Fall der Aufgabenteilung führt diese Regelung noch zu sachgerechten Ergebnissen: Wenn beide Ehepartner einer Vollzeit-Erwerbsarbeit nachgehen, aber nur einer von beiden die Familienarbeit übernimmt (Doppelbelastung), so hat auch nur dieser einen Anspruch auf die Hälfte des Ehegatteneinkommens; und zwar *zusätzlich* zum eigenen Ein-

<sup>755</sup> Siehe oben S. 236 ff. (2., Möglichkeiten *de lege lata* a.E.).

<sup>756</sup> Bretscher, S. 189 f.; eine gleiche Erwägung trifft Lenze (S. 108) für das deutsche Recht.

<sup>757</sup> Der Beitrag für die Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Ehegatten entfällt, da dieser – gemäß der liberal-feministischen Forderung *de lege ferenda* – als Lohnanspruch behandelt werden soll.

kommen. Die aus relational-feministischer Sicht problematische Einschränkung des Art. 164 II ZGB, wonach der Anspruch auf einen Betrag zur freien Verfügung nur dann besteht, wenn die haushaltsführende Person nicht über eigene Einkünfte verfügt, wird bei der vorgeschlagenen Neufassung ersatzlos gestrichen.

Was hingegen die Regelung über die hälftige Teilung der ehelichen Ausgaben in Absatz 2 der Neufassung betrifft, so scheint eine freie Beitragsvereinbarung gemäß Art. 163 ZGB insoweit sachgerechter, als dort arbeitsunabhängige Einkünfte (etwa solche aus Vermögen) berücksichtigt werden können. Absatz 2 der von BRETSCHER vorgeschlagenen Neufassung ist nach der hier vertretenen Ansicht entbehrlich.

Unter den bisherigen Änderungsvorschlägen entspricht der Vorschlag BRETSCHERS noch am ehesten den relational-feministischen Forderungen. Dennoch kann die Regelung nicht in jeder Hinsicht befriedigen. Sie bleibt beispielsweise wirkungslos, wenn die Ehepartnerin oder der Ehepartner zwar den größten Teil der Hausarbeit erledigt, aber nicht – wie nach der Regelung vorausgesetzt – die Hausarbeit *insgesamt* übernimmt. Die gleiche Würdigung der Hausarbeit wird also nicht durchgehend erreicht. Auch das Problem der Ausgestaltung des Art. 164 ZGB als Anspruchsnorm bleibt ungelöst. Im Ergebnis trägt der Vorschlag zwar tendenziell relational-feministische Züge, kann aber das Anliegen einer 'Gleichheit in der Differenz' nicht vollständig verwirklichen.

#### **d) Die Ideallösung aus relational-feministischer Sicht**

Keiner der existierenden Vorschläge (Hausfrauenlohn, laufende Errungenschaftsbeteiligung, hälftige Teilung des Erwerbseinkommens) trägt der Forderung nach einer Gleichstellung der geschlechtsspezifischen Beitragsarten vollständig Rechnung. Deshalb fragt sich, wie eine *Ideallösung* aus relational-feministischer Sicht aussehen müsste, die sowohl den bisher unberücksichtigt gebliebenen Mischsituationen (beide leisten Familienarbeit, aber ein Ehepartner leistet mehr davon) als auch der geringen Konfliktbereitschaft von Frauen bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche Rechnung trägt.

*Eine erste Annäherung an die relational-feministischen Ideallösung bietet ein Ehemodell, welches von der Verantwortlichkeit jedes Ehepartners für die Hälfte der Familienarbeit ausgeht. Einigen sich die Ehepartner auf eine Aufgabenteilung, bei der einer von beiden zusätzlich zu der von ihm ge-*

schuldeten Hälfte an Familienarbeit einen Teil der Familienarbeit des anderen übernimmt (vgl. Art. 163 ZGB), so ist diese Mehrarbeit durch einen Anteil am Arbeitseinkommen des anderen auszugleichen. Zum Beispiel: Übernimmt ein Ehepartner den gesamte Familienarbeitsanteil der Partnerin, so erwächst ihm daraus der Anspruch auf die Hälfte ihres Erwerbseinkommens. Er erhält gewissermaßen das *Surrogat* für die Zeit, die der Partnerin bei der Familienarbeit erspart geblieben ist. Bei einem geringeren Mehraufwand ist der Anteil am Erwerbseinkommen der Partnerin entsprechend zu reduzieren. Leistet ein Ehepartner beispielsweise 90% der Familienarbeit so sind darin 40% für die Partnerin enthalten, so daß ein Anspruch auf 40% des Erwerbseinkommens entsteht (bei 80% werden 30% für die Partnerin geleistet etc.). Beteiligen sich indes die Ehepartner – wie im Ausgangsmodell vorgesehen – je zur Hälfte an der Familienarbeit, so findet kein Ausgleich statt.

Daneben wären zur Umsetzung der Ansprüche für Familienarbeit in Ansehung der Schwierigkeiten von Frauen, Recht in ihren privaten Beziehungen durchzusetzen, *flankierende Maßnahmen im Schuldvertragsrecht* zu überlegen. Der Großteil aller Erwerbstätigen steht in einem Lohnarbeitsverhältnis. Es könnte also die Arbeitgeberschaft im Wege einer bußgeldbewehrten Arbeitsrechtsregelung verpflichtet werden, bei Zahlung von Arbeitseinkommen der haushaltsführenden Ehepartnerin direkt einen Anteil des Erwerbseinkommens auszurichten<sup>758</sup>. *Auszugehen wäre von der grundsätzlichen Pflicht, den Netto-Lohn von verheirateten Arbeitnehmenden zur Hälfte direkt an deren Ehepartner oder Ehepartnerin zu bezahlen.* Abweichungen von der hälftigen Zahlungspflicht könnten aufgrund einer bei der Arbeitgeberschaft eingereichten schriftlichen Erklärung des nicht im Arbeitsverhältnis stehenden Ehepartners bzw. der nicht im Arbeitsverhältnis stehenden Ehepartnerin oder aufgrund einer Anordnung der Eheschutzrichterin erfolgen.

Die Ausarbeitung eines detaillierten Systems arbeitsrechtlicher Maßnahmen zur Sicherstellung des finanziellen Ausgleichs für die Familienarbeit würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, geht es hier doch vor allem darum, die *Stoßrichtung* der relational-feministischen Kritik im

---

<sup>758</sup> Für eine ähnliche – allerdings nicht bußgeldbewehrte Regelung – siehe die von 1993 bis 1996 geltende Übergangsbestimmung in Art. 5 I lit. a des Bundesbeschlusses über die Leistungsverbesserung in der AHV und der IV sowie ihrer Finanzierung, SR 831.100.1, wonach die Ehepaarrente den Ehegatten je zur Hälfte und getrennt auszubezahlen war.

Eherecht darzustellen. Diese zielt darauf ab, die gleiche Würdigung der typisch weiblichen Produktionsarbeit so zu gestalten, daß es zu ihrer Durchsetzung des individuellen Anspruchsdenkens und der Konfliktbereitschaft nicht bedarf.

Die Verwirklichung dieser relational-feministischen Ideallösung begegnet *Schwierigkeiten praktischer Art*. Die prozentuale Festlegung der familiären Mehrarbeit einer Ehepartnerin oder eines Ehepartners dürfte nicht immer leicht fallen. Sodann bedingt die Veränderung dieser Arbeit immer auch eine Neubeurteilung der Ausgleichsansprüche im Rahmen der Einkommensverteilung. Schließlich ist die Direktzahlung von Ehepartnerinnen- oder Ehepartneranteilen allenfalls im Kernbereich der Erwerbsarbeit, also im Individualarbeitsrecht, denkbar<sup>759</sup>. Vorbehaltlich zahlreicher Einzelfragen könnte aber beispielsweise an folgende eherechtliche Regelung gedacht werden:

Art. 164 [Entschädigung der Familienarbeit]

Leistet eine Ehepartnerin oder ein Ehepartner mehr als die Hälfte des für die Besorgung des Haushalts und die Betreuung der Kinder notwendigen Arbeitsaufwandes, so hat sie oder er für denjenigen Teil, der die Hälfte des Gesamtarbeitsaufwandes übersteigt, Anspruch auf einen entsprechenden Anteil am Erwerbseinkommen des oder der anderen.

#### 4. Ergebnis zum relational-feministischen Ansatz im Eherecht

Die tatsächliche Gleichstellung der Frauen durch gleiche Würdigung der typisch weiblichen Tätigkeiten erfordert eine Gleichstellung der Familien- mit der Erwerbsarbeit. Die Bestimmungen des Eherechts sind aus relational-feministischer Sicht defizitär, weil sie die reale Gleichstellung nicht bewirken. Reformvorschläge zum Hausfrauenlohn und zur Güterstandsänderung sind unbefriedigend. Es bleibt allein die *hälftige*

---

<sup>759</sup> Diese beträfe aber immerhin 82.5% der erwerbstätigen Männer und 89% der erwerbstätigen Frauen, vgl. *Bundesamt für Statistik 1997a*, S. 53.

*Erwerbseinkommensteilung*, die durch eine Neufassung des Art. 164 ZGB realisiert werden könnte. Aus relational-feministischer Sicht muß dabei die direkte, staatlich kontrollierte Zahlung des Arbeitgebers an die Stelle eines bloßen Anspruchs treten, um eine effiziente Durchsetzung zu sichern.

#### **IV. Radikal-feministische Kritik des Eherechts – die Ehe als Risikosphäre männlicher Dominanz**

Für den radikalen Feminismus bedeutet tatsächliche Gleichheit die Aufhebung des Machtungleichgewichts zwischen Männern und Frauen. Männliche Macht äußert und perpetuiert sich insbesondere in Formen *sexueller Dominanz*<sup>760</sup>. Die radikal-feministische Kritik des Schuldvertragsrechts hat gezeigt, daß Frauen in vertraglichen Näheverhältnissen der Gefahr sexueller Mißhandlung (namentlich der sexuellen Belästigung bis hin zur Vergewaltigung) besonders stark ausgesetzt sind; sie können sich dem Zugriff von Männern, seien es Mitarbeiter oder Vorgesetzte, nur schwer entziehen. Dadurch entstehen latente Machtungleichgewichte in der Vertragsrealität. Für das Schuldvertragsrecht führen diese Machtungleichgewichte zu der radikal-feministischen Forderung nach einer Schutzgesetzgebung bei allen Schuldverträgen.

Die Ehe ist ein rechtliches Näheverhältnis *par excellence*. Sie ist somit ein besonderer Risikofaktor für die Perpetuierung des geschlechtsbezogenen Machtungleichgewichts<sup>761</sup>. Eine radikal-feministische Analyse des Eherechts fragt deshalb, inwieweit eherechtliche Normen vor männlicher Dominanz nicht ausreichend schützen oder sie gar begünstigen.

---

<sup>760</sup> Siehe oben S. 19 ff. (Erster Teil, I.3.e., radikaler Feminismus).

<sup>761</sup> Vgl. dazu insbesondere *Pateman, Sexual Contract*, S. 154 ff. Zur radikal-feministischen Sicht der Familie als einer zentralen Institution des Patriarchats vgl. die Darstellung bei *Godenzi, Gewalt*, S. 122.

## 1. Ansatzpunkte der radikal-feministischen Diskriminierungsthese

Untersucht man das Eherecht auf Elemente männlicher Dominanz, so fällt auf, daß die Ehe als sexueller Vertrag konzipiert ist, der negative (Ehebruchsverbot) und positive sexuelle Pflichten (Beischlafsgebot) beinhaltet (a). Die sexuellen Ehepflichten wirken sich auf Ehefrauen und Ehemänner unterschiedlich aus (b). Dies gibt Anlaß zur Frage, ob die geschlechtsspezifischen Auswirkungen der sexuellen Ehepflichten zur Festschreibung der geschlechtsbezogenen Machtdisparität beitragen (c).

### a) Die Ehe als sexueller Vertrag

*Die Ehe ist nicht nur tatsächliche, sondern rechtlich sanktionierte Geschlechtergemeinschaft.* Zu den nicht verhandelbaren ehelichen Pflichten (Art. 159 II und III ZGB) gehört einerseits, daß die Partner keinen Beischlaf außerhalb der Ehe haben (aa) und andererseits, daß sie sich innerhalb der Ehe dem Partner nicht ohne sachlichen Grund sexuell verweigern (bb). Darin zeigt sich der Charakter der Ehe als eines *sexuellen* Vertrags.

#### aa) Negative sexuelle Pflicht (Verbot des Ehebruchs)

Bis im Jahre 1989 bildete der Ehebruch, d.h. der „Beischlaf eines Ehegatten mit einer dritten Person anderen Geschlechts“<sup>762</sup>, einen Straftatbestand<sup>763</sup>. Im (noch) geltenden Scheidungsrecht steht er im Katalog der Ehescheidungsgründe an erster Stelle<sup>764</sup>. Ist ein Ehebruch erwiesen, wird die eheliche Zerrüttung vermutet<sup>765</sup>. Wird die Vermutung nicht durch den Beweis des Gegenteils beseitigt, so *muß* die Ehe auf das Begehren der klagenden Partei hin geschieden werden. Zur Auflösung

---

<sup>762</sup> BGE 25 II 761 E. 4

<sup>763</sup> Vgl. Art. 214 aStGB.

<sup>764</sup> Im kanonischen Recht bildete er als einziger den Anspruch auf dauernde Trennung: ZK-Egger, N 19 zu Art. 137 ZGB.

<sup>765</sup> Die Rechtsprechung hat den absoluten Scheidungsgrund des Ehebruchs insoweit relativiert, als eine Scheidungsklage dann abzuweisen ist, wenn der Beweis erbracht ist, daß der Ehebruch nicht die Zerrüttung der Ehe bewirkte; vgl. BGE 98 II 162 f.; 108 II 26 E. 2c. Dazu statt vieler *Hegnauer/Breitschmid*, Rz. 9.17. So dann wurde der Straftatbestand des Ehebruchs 1990 ersatzlos gestrichen; BG vom 23 Juni 1989, AS 1989, S. 2449.

der Lebensgemeinschaft Ehe genügt es also im Regelfall, wenn der sexuelle Zugriff auf den Ehepartner oder die Ehepartnerin tatsächlich oder auch nur scheinbar<sup>766</sup> nicht mehr in Ausschließlichkeit gewährleistet ist. Im revidierten Eherecht stellt der Ehebruch keinen eigenständigen Scheidungsgrund mehr dar<sup>767</sup>. Da der Grundsatz der Ehe als ausschließliche Geschlechtsgemeinschaft auch im neuen Recht unangestastet bleibt, wird der Ehebruch in Zukunft unter den Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit fallen<sup>768</sup>.

Die Verletzung der ehelichen Treupflicht ist ein Enterbungsgrund<sup>769</sup>. Sie begründet außerdem ein Rückforderungsrecht bei Schenkungen<sup>770</sup>. Und sie führt zu einem Anspruch aus Persönlichkeitsverletzung gegen den am Ehebruch beteiligten Dritten<sup>771</sup>. Diese 'Außenwirkung' des Ehebruchs ist keinesfalls eine schweizerische Besonderheit<sup>772</sup>.

---

<sup>766</sup> Vgl. dazu BGE 88 II 244 f. Dort hielt das Bundesgericht fest, daß der Ehepartner mit seiner außerehelichen Freundschaft zu einer anderen Frau schuldhaft die tiefe Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse herbeigeführt habe, auch wenn nicht als erwiesen gelten könne, daß er mit der Frau auch sexuell verkehrt habe. Die Ehefrau stünde dennoch nach außen als die Betrogene da. Der Schein sei in solchen Dingen nicht minder wichtig als die für die Ehefrau nicht erkennbare Wirklichkeit; der Ehemann sei verpflichtet, den bösen Schein zu verhindern.

<sup>767</sup> Das neue Recht sieht die Scheidung auf Begehren beider Ehepartner (Art. 111), die Scheidung nach vierjähriger Trennung (Art. 114), und die Scheidung bei Unzumutbarkeit der Weiterführung der Ehe vor (Art. 115). Das neue Scheidungsrecht ist am 26. Juni 1998 verabschiedet worden. Es wird voraussichtlich im Juni 1999 in Kraft treten. Für die neuen Bestimmungen vgl. BBl 1998 II 3491 ff. sowie die von P. Gauch herausgegebene Textausgabe des ZGB, 42. Auflage, Anhang XI.

<sup>768</sup> Art. 115 nZGB, siehe vorangehende Fussnote.

<sup>769</sup> Vgl. Art. 477 II ZGB. Ein Erblasser kann seine Tochter enterben, weil sie ihren Mann und ihre Kinder verlassen hat: BGE 46 II 9 f.; *Druery*, S. 64.

<sup>770</sup> Vgl. Art. 249 II OR und dazu BGE 113 II 258; *Honsell-Vogt*, N 11 zu Art. 249 OR.

<sup>771</sup> Vgl. BGE 109 II 6 E. 2. Bei den vergleichbaren Fällen der 'Verleitung zum Vertragsbruch' ist die Rechtsprechung hinsichtlich des Anspruchs gegen den außerhalb des Vertrags stehenden Dritten hingegen sehr zurückhaltend; vgl. nur BGE 114 II 97 E. 4a.aa. Einen Genugtuungsanspruch gegen den ehebrecherischen Dritten ablehnend: *Stark*, S. 515 ff., 533.

<sup>772</sup> Ablehnend allerdings die deutsche Rechtsprechung: Der deutsche Bundesgerichtshof lehnt Schadensersatzansprüche für Ehestörung sowohl gegen den ungetreuen Ehepartner als auch gegen den Dritten generell ab; vgl. BGH, NJW 1956, S. 1149 ff.; NJW 1957, S. 671 ff.; NJW 1967, S. 2008. Zustimmend *Lange-Klein*, N 17 zu §§ 1354-1355 BGB; teilweise *K.H. Schwab*, S. 1149 f.; Ablehnend *MünchK -Wacke*, N 40 zu § 1353 BGB.

In zahlreichen US-amerikanischen Bundesstaaten gewährte das richterrechtliche 'common law' dem betrogenen Ehepartner gegen den beteiligten Dritten einen Geldanspruch wegen Zuneigungsentzugs<sup>773</sup>. In Irland wurde noch im Jahre 1979 einem betrogenen Ehegatten ein Schadensersatzanspruch gegen den beteiligten Dritten gewährt. Anspruchsgrundlage war die sogenannte 'restitution', die bei Ansprüchen aus Eigentumsverletzung Anwendung findet<sup>774</sup>.

Zwar ist nach herrschender Auffassung die Ehe die umfassende geistig-seelische, körperliche und wirtschaftliche Lebensgemeinschaft<sup>775</sup>. Aber nur die Verletzung der körperlichen Lebensgemeinschaft (Ehebruch) setzt neben einem Scheidungsgrund auch noch das Klagefundament für einen Anspruch gegen einen Dritten (*Außenwirkung*)<sup>776</sup>. Die Außenwirkung des ehelichen Treueprinzips als sanktionierter Ehebruchsabwehr belegt die zentrale eherechtliche Bedeutung des Anspruchs auf ausschließlichen sexuellen Zugriff auf den Ehepartner. Schon das rechtfertigt es, von der Ehe als einem *sexuellen Vertrag* zu sprechen.

*bb) Positive sexuelle Pflicht (Gebot des Beischlafs)*

Die eheliche Lebensgemeinschaft bestand traditionell immer auch in der sexuellen Verfügbarkeit der Ehepartner<sup>777</sup>. Als positive sexuelle Pflicht zum Beischlaf bildete sie geradezu ein Charakteristikum des herrschen-

---

<sup>773</sup> Die Rechtslage hat sich aber in der Zwischenzeit geändert. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1981 stellte der Supreme Court des US-Bundesstaates Iowa fest, daß in 17 Einzelstaaten und im District of Columbia die Klage auf Zuneigungsentzug für obsolet erklärt wurde. In zahlreichen anderen Bundesstaaten war er rechtlich nie anerkannt. Siehe *Funderman v. Mickelson*, 304 N.W. 2d 790 (Iowa Sup. Ct. 1981).

<sup>774</sup> Siehe dazu *Pateman, Sexual Contract*, S. 122.

<sup>775</sup> Vgl. statt vieler *ZK-Bräm*, N 8 zu Art. 159 ZGB.

<sup>776</sup> Gerichtsentscheide, die gegenüber einem Dritten, der mit einem Ehepartner so engen geistigen Kontakt pflegt, daß die Ehe als geistig-seelische Gemeinschaft gefährdet ist, Schadensersatz- oder Genugtuungsansprüche gewährt, sind – soweit ersichtlich – noch nie gefällt worden.

<sup>777</sup> Vgl. hierzu G. *Hanisch*, S. 16: „Aus dem 17. Jahrhundert stammt jene, das Denken eines ganzen Zeitalters widerspiegelnde Erklärung des englischen Juristen *Hale*, wonach ein Ehemann nicht der Vergewaltigung seiner Ehefrau für schuldig erkannt werden könne, da ihr gegenseitiger Ehevertrag eine Einwilligungserklärung darstelle, mit der die Frau sich dem Mann dahingegeben habe und davon nicht mehr Abstand nehmen könne.“

den Eheverständnisses<sup>778</sup>. Der Beischlaf war weder durch Vereinbarung abdingbar<sup>779</sup>, noch genügte die Ehefrau ihren ehelichen Pflichten, wenn sie diesen mit Gleichgültigkeit ertrug<sup>780</sup>.

Auf der strafrechtlichen Ebene wurde bis in die jüngste Vergangenheit der Verfügungsanspruch von Ehemännern über den Körper ihrer Frauen durch strafrechtlichen Sanktionsverzicht begünstigt. Seit 1992 ist Vergewaltigung in der Ehe strafbar, allerdings nur auf Antrag der Ehefrau (Art. 190 II StGB). Die andauernde Verweigerung des Geschlechtsverkehrs ohne sachlichen Grund (z.B. Alter, HIV-Infektion) bleibt aber eine *eheliche Pflichtverletzung*<sup>781</sup>. Einige Stimmen in der Literatur bejahen gar im Einzelfall eine Pflicht zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr

---

<sup>778</sup> Vgl. noch BK-Bühler/Spühler, N 82 zu Art. 142 ZGB; Hegnauer/Breitschmid, Rz. 9.15.

<sup>779</sup> Vgl. BGE 77 II 208 f.: „Sein [des Ehemannes] Verlangen nach intimum ehelichen Verkehr und Kindern gehörte nach Natur, Sitte und Gesetz zum wesentlichen Inhalt der Ehe, während die grundsätzliche Verweigerung der Beklagten [Ehefrau] ehewidrig war; selbst ein diesbezügliches Versprechen des Mannes bei Eheschluss wäre als gegen die guten Sitten verstossend für ihn unverbindlich gewesen.“

<sup>780</sup> Vgl. (für das deutsche Eherecht) die Entscheidung des Bundesgerichtshof aus dem Jahre 1966, BGH, NJW 1967, S. 1078 f.: „Die Frau genügt ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit, daß sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen läßt. Wenn es ihr infolge Veranlagung oder aus anderen Gründen, zu denen die Unwissenheit der Eheleute gehört, versagt bleibt, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, so fordert die Ehe von ihr doch eine Gewährung in ehelicher Zuneigung und Opferbereitschaft und verbietet es, Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen.“ Zustimmend BK-Bühler/Spühler, N 83 zu Art. 142 ZGB; Diedrichsen, S. 218 ff; ders. in wörtlicher Übereinstimmung mit dem BGH bis 1991, vgl. Palandt-Diedrichsen (49. Aufl., 1991) N 5 zu § 1353 BGB. Nüchterner die herrschende Lehre, die sich zum 'Wie' des ehelichen Beischlafs nicht äußert, sondern sich damit begnügt, dessen Verweigerung nur in Ausnahmefällen zu erlauben. Vgl. Soergel-Lange, N 10 zu § 1353 BGB; Ermann-Heckelmann, N 5 zu § 1353 BGB; seit 1992 auch Palandt-Diedrichsen (50. Aufl., 1992), N 5 zu § 1353 BGB. Die Frage einer Rechtspflicht offenlassend: MünchK - Wacke, N 30 zu § 1353 BGB.

<sup>781</sup> ZK-Bräm, N 35 zu Art. 159 ZGB; BK-Spühler, Ergänzungsband, N 82 zu Art. 142 ZGB; Hegnauer/Breitschmid, Rz. 9.42. Für das deutsche Recht vgl. Palandt-Diedrichsen, N 5 zu § 1353 BGB: „Die Ehe ist Geschlechtsgemeinschaft und verpflichtet grundsätzlich zum ehelichen Verkehr“ (mit Verweis auf BGH, NJW 1967, S. 1078 f.). Vgl. in diesem Zusammenhang § 12 des bayerischen Landrechts von 1756(!), nach welchem zu den ehelichen Pflichten der Beischlaf gehört, „welcher ohne *rechtserhebliche* Ursache nicht verweigert werden darf.“

(Kindererzeugung als Ehepflicht)<sup>782</sup>. Daß der Geschlechtsverkehr einen zentralen Aspekt der ehelichen Gemeinschaft darstellt, zeigt auch eine Untersuchung über die häufigsten Scheidungsgründe, nach der 59% der Befragten als wichtigsten Grund für die Scheidung angaben, daß es sexuell nicht mehr klappe<sup>783</sup>. In diesem Zusammenhang sei auf die Anmerkung in einigen Kommentaren verwiesen, die betonen, gewisse Varianten des geschlechtlichen Umgangs seien nicht generell als unerträgliche Zumutungen an den anderen zu werten, sondern seien zum Teil willkommene Bereicherungen; im Scheidungsverfahren seien deshalb entsprechende Vorwürfe mit Vorsicht zu würdigen<sup>784</sup>.

Insgesamt ist festzuhalten, daß der Geschlechtsverkehr von den Ehepartnern als wichtiger Aspekt der Beziehung eingestuft wird und daß sodann *das Eherecht im Spannungsfeld zwischen sexueller Selbstbestimmung und ehelicher Pflichtenbindung die Grenze noch immer in Richtung Pflichtenbindung verschiebt*. Daß die resultierende Sexpflicht nicht ausnahmslos und jederzeit gilt (keine generelle Pflicht), ist für das Gesamtbild der ehelichen Pflichtenlage ohne Belang; jedenfalls besteht im Prinzip eine Pflicht zum ehelichen Beischlaf.

---

<sup>782</sup> So noch BGE 77 II 208 f. Dem Grundsatz nach auch JT 1937, S. 530 (mit der Einschränkung, daß die Vereinbarung zum geschützten Geschlechtsverkehr zulässig sei). Vgl. weiter BK-Bühler/Spühler, N 88 zu Art. 142 ZGB. Marelli (S. 160, 168) leitet die Kinderzeugungspflicht aus dem Vertrauensgrundsatz her, falls nicht eine abweichende Absprache vorliegt. Einschränkend zur Kinderzeugungspflicht nunmehr BK-Spühler (Ergänzungsband, N 86 zu Art. 142 ZGB). Differenzierend auch ZK-Bräm, N 40 zu Art. 159 ZGB.

<sup>783</sup> Vgl. dazu die Auswertung von Frey, S. 677 ff. (Auswertung von 205 Fragebögen).

<sup>784</sup> Hinderling, Zusatzband S. 7; Hinderling/Steck, S. 33. Zustimmend BK-Spühler, Ergänzungsband, N 84 zu Art. 142. Die von Hinderling/Steck zitierten Bundesgerichtsentscheide (87 II 2; 52 II 318) betreffen nicht Fälle von Varianten des geschlechtlichen Verkehrs, weshalb unklar bleibt, was damit genau gemeint ist. Gemäß den Autoren werden diese Varianten aber zuweilen in Scheidungsverfahren angeprangert. Hier ist – angesichts des enormen Ausmaßes der sexuellen Gewalt gegen Frauen in der Ehe sowie angesichts der Tatsache, daß die Pornographie-Industrie hauptsächlich männliche Kunden hat und das Hauptthema pornographischer Materials sich um männliche Dominanz (gang rape, fist fuck und vieles mehr) dreht – die Frage zu stellen, *wer* sich über solche Varianten beklagt und *auf welche Erfahrungssätze* die Autoren zurückgreifen, wenn sie meinen, diese Varianten beidseitig als Bereicherung empfunden wurden und der Vorwurf der Unzumutbarkeit erst im Nachhinein konstruiert wurde.

*cc) Zwischenergebnis*

Die Ehe vereint eine generelle negative sexuelle Pflicht (Ehebruchsverbot) mit einer prinzipiellen positiven sexuellen Pflicht (Beischlafsgebot). Die Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung findet so eine Stütze in den sexuellen Pflichten des geltenden Eherechts. Zwar toleriert das Recht es nicht länger, wenn die Beischlafspflicht mit Gewalt erzwungen wird. Ein solches Gewalt- und Selbstjustizverbot ändert aber nichts am bisherigen normativen Gebotensein der Ehe als intime Gemeinschaft und der damit implizierten sexuellen Gefügigkeit.

**b) Geschlechtsspezifische Auswirkungen der sexuellen Ehepflichten**

Die negativen und die positiven sexuellen Ehepflichten gewähren zwar *beiden* Ehepartnern einen grundsätzlichen und ausschließlichen Zugriff auf den Körper des anderen. Es bleibt aber zu untersuchen, ob diese formal geschlechtsneutralen Ansprüche bei genauerer Betrachtung nicht eine geschlechtsspezifische Wirkung in sich tragen.

*aa) Geschlechtsspezifische Wirkung des Ehebruchsverbots*

Ehebruch ist ein Scheidungsgrund. Bei der Scheidung verliert der ehebrecherische Partner seine Renten- und Unterhaltsansprüche (Art. 150, 151 ZGB). Die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung führt dazu, daß jede Kürzung oder Aberkennung von Unterhalts- und Rentenansprüchen Frauen im Regelfall weit gewichtiger trifft als Männer. Frauen riskieren, ihre wirtschaftliche Lebensbasis zu verlieren, während Männer lediglich mit einer erhöhten Rentenpflicht rechnen müssen. Doch auch bei einer verschuldensunabhängigen Rentenzusprechung, wie sie das neue Scheidungsrecht vorsieht<sup>785</sup>, ist der wirtschaftliche Einschnitt für Frauen in der Regel tiefer als für Männer. Eine an sechs erstinstanzlichen Gerichten durchgeführte Untersuchung anhand von 777 Scheidungsakten hat ergeben, daß – unabhängig von der Verschuldensfrage – die überwiegende Zahl der geschiedenen Frauen unmittelbar nach der Scheidung in finanzieller Hinsicht generell schlechter dastehen

---

<sup>785</sup> Art. 125 nZGB. Zum neuen Scheidungsrecht vgl. oben, Fn. 767.

als ihr vormaliger Ehepartner<sup>786</sup>.

Frauen können es sich also trotz geschlechtsneutral formulierter Normen des Eherechts weniger gut leisten, mit ehebrecherischem Verhalten einen Scheidungsgrund zu setzen oder aus dem ehebrecherischen Verhalten ihres Ehegatten die Scheidungskonsequenz zu ziehen. Insofern kann hinsichtlich des Ehebruchverbots festgehalten werden, daß diese negative sexuelle Pflicht Frauen und Männer in unterschiedlichem Maße trifft.

*bb) Geschlechtsspezifische Wirkung der Beischlafspflicht*

Auch die positive sexuelle Ehepflicht (Beischlafpflicht) gilt formell für beide Ehepartner gleichermaßen. Schon die Rechtsprechung macht aber deutlich, daß die Beischlafpflicht als Fallgruppe der '*unwilligen Ehefrau*' auftritt<sup>787</sup>. Die sexuelle Anspruchshaltung gehört zudem zu den Sozialisationsinhalten männlicher Geschlechtsidentität; nur mit Blick auf die tradierten Bilder besitzergreifender Männlichkeit und verfügbarer Weiblichkeit ist die Alltäglichkeit sexueller Gewalt in der Ehe überhaupt erklärbar<sup>788</sup>. Das Phänomen der sexuellen Gewalt gegen Ehe-

---

<sup>786</sup> *Binkert*. Als Beispiel: In den 143 Fällen, in denen einer Frau mit mündigen und/oder unmündigen Kindern Mittel zugesprochen wurden, die das Existenzminimum nicht deckten, resultierte für deren Ex-Ehemänner in 48 Fällen ein Überschuf von mehr als Fr. 1000.-- und in 32 Fällen ein Überschuf von mehr als Fr. 500.--. In 20 Fällen vermochten die Männer das Existenzminimum knapp und in 24 Fällen knapp nicht zu decken. Nur in 15 Fällen resultierte ein klares Minus von bis zu Fr. 500.--; *Binkert*, S. 177 f.

<sup>787</sup> Siehe die zitierten Entscheide BGE 77 II 208 f. und BGH, NJW 1967, S. 1078 f. Vgl. auch OGer ZH, ZR 50 (1951) Nr. 119a, 64 (1965) Nr. 78, wo es darum ging, daß die Frau infolge Frigidität den Geschlechtsverkehr ablehnte. In beiden Fällen hielt das Obergericht fest, die mangelnde Befriedigung der Frau beim Geschlechtsverkehr (Frigidität) habe keine wesentliche Beeinträchtigung des Sexualverkehrs zur Folge. In casu wurde die Scheidungsklage des Mannes, der sich über Gefühlskälte der Frau beklagt hatte, dennoch gutgeheifien (ZR 1951, Nr. 119a), während sich in der abgelehnten Scheidungsklage der Frau die Feststellung findet, es sei erwiesen, daß viele Frauen infolge ihrer Geschlechtskälte geschlechtlich nicht normal empfinden, ohne daß deswegen ohne weiteres vom Vorliegen eines Scheidungsgrundes die Rede sein könne. Die Ansicht, daß die Frigidität der Frau nicht notwendigerweise eine Beeinträchtigung des Sexualverkehrs zur Folge habe, findet sich auch bei BK-Bühler/Spühler N 85 zu Art. 142 ZGB.

<sup>788</sup> Sexuelle Mißhandlung in der Ehe ist die wahrscheinlich häufigste Form sexual-

frauen macht auch deutlich, daß es durchweg *Männer* sind, welche ihr Interesse an der Geschlechtergemeinschaft 'Ehe' geltend machen und vor allem auch durchsetzen<sup>789</sup>. Vor dem Hintergrund der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung wird so der weibliche Körper zur Ware, dessen Benutzung als Ausgleich zur finanziellen Versorgung durch den Mann beansprucht wird<sup>790</sup>. Vor allem aber zeigte sich im Rahmen der Studien zur sexuellen Gewalt, daß das Bewußtsein um den Beischlaf als Ehepflicht viele Frauen denken läßt, sie hätten kein Recht zum Widerstand gegen ungewollten Geschlechtsverkehr, so daß sie sich den sexuellen Wünschen ihres Ehepartners auch gegen ihren Willen fügen<sup>791</sup>.

---

ler Gewalt; vgl. *Godenzi*, Gewalt, S. 170. Faßt man die empirischen Studien in diesem Bereich zusammen, so variiert die Anzahl der Frauen, die in der Ehe sexuellen Gewalt erfahren haben, zwischen 8% und 20%. Vgl. die Studien von *Godenzi/Helminger* (10-20%), zitiert in *Godenzi*, Gewalt, S. 141, 172. Siehe weiter *Finkelhor/Yllö*, S. 66 (10%); Demoskopie-Institut Allensbach (18%), zitiert in *Helmken*, S. 49 f.; *Russel*, S. 57 (14%). Bei Umfragen in Frauenhäusern gaben rund die Hälfte der verheirateten Frauen an, von ihren Männern auch sexuell mißhandelt worden zu sein. Siehe dazu den in *Sozialamt der Stadt Zürich* (S. 16) zitierten Abschlußbericht der wissenschaftlichen Begleitung des Modellprojekts Frauenhaus Berlin. *Russel* (S. 153 ff.) kommt in ihrer Studie, die 930 nach dem Zufallsprinzip ausgesuchte Frauen im US-amerikanischen Bundesstaat Kalifornien umfaßt, zum Schluß, daß auf jede außereheliche Vergewaltigung zwei Vergewaltigungen innerhalb der Ehe entfallen. Zur Rolle des Männlichkeitskonzepts für die Entstehung und Aufrechterhaltung sexueller Gewalt siehe *Heiliger/Engelfried*, S. 66 ff.

<sup>789</sup> Untersuchungen, die einen Vergleich zwischen körperlicher Frauengewalt und körperlicher Männergewalt zulassen, dokumentieren ein Verhältnis von 1: 11; 1:12; 1:14 bis hin zu 1:66. Siehe die Zusammenfassung der Studien bei *Godenzi*, Gewalt, S. 165 f.

<sup>790</sup> *Heiliger/Engelfried*, S. 83. *Beechofer/Parrot* berichten, dass bei einer Befragung ein Drittel der Teenager angab, es sei in Ordnung, wenn der Mann in der Beziehung etwas Gewalt anwende, um die Frau zur Sexualität zu zwingen, wenn er zuvor 'viel Geld' ausgegeben habe. Unter 'viel Geld' verstanden die Teenager 10 Dollar. *Beechofer/Parrot*, S. 22, zitiert in: *H.J. Schneider*, S. 307.

<sup>791</sup> So das übereinstimmende Fazit bei *Burgard*, S. S. 259; *Russel*, S. 53; *Godenzi*, Gewalt, S. 170; *Maier*, S. 78 f.; *Sozialamt der Stadt Zürich*, S. 16; *Heiliger/Engelfried*, S. 62 ff.. Konkret: „Man darf sich ja, wenn man verheiratet ist, einem Mann nicht verweigern“. Oder: „Daß ich vergewaltigt wurde, nein, aber daß ich nicht gefragt wurde, ja. Nein sagen hätte nichts genutzt, es gab einfach keinen Weg, um nein zu sagen. Dann wäre ich vielleicht geschlagen worden.“ Oder: „In unserer Ehe hieß die Regel: dreimal pro Woche. Mittwoch war fest, sonst konnte ich frei wählen. Freitag, Samstag oder Sonntag. Ein normaler Mann braucht das, sagte mein Mann. Ich hatte keine Möglichkeit zu sagen, ich will das nicht.“

Da es also durchweg Frauen sind, die dem Zwang zum Geschlechtsverkehr unterworfen werden, und sich viele von ihnen diesem Zwang aufgrund des internalisierten Verständnisses der Ehe als Geschlechtergemeinschaft beugen, ist festzuhalten, daß die eheliche Beischlafspflicht Frauen in ungleich stärkerem Ausmaß trifft als Männer.

cc) *Ergebnis zu den geschlechtsspezifischen Auswirkungen der sexuellen Ehepflichten*

Sowohl die negative wie auch die positive sexuelle Ehepflicht trifft Frauen in stärkerem Ausmaß als Männer. Dies rechtfertigt es, von einer geschlechtsspezifischen Wirkung der formal geschlechtsneutral formulierten Ehepflichten zu sprechen.

**c) Zur Machtrelevanz der sexuellen Ehepflichten**

Angesichts der Feststellung, daß die sexuellen Ehepflichten geschlechtsspezifische Auswirkungen haben, ist aus radikal-feministischer Perspektive zu fragen, ob sie das Gebot der Geschlechtergleichheit verletzen. Dies wäre dann der Fall, wenn die unterschiedlichen Auswirkungen gleichzeitig dazu führen würden, das *Machtungleichgewicht* zwischen den Geschlechtern aufrechtzuerhalten oder zu verstärken<sup>792</sup>. Dies ist für die negative sexuelle Ehepflicht zu verneinen (aa), für die positive sexuelle Ehepflicht hingegen zu bejahen (bb).

aa) *Zur Machtrelevanz der negativen sexuellen Ehepflicht*

Eine Beziehung zeichnet sich durch ungleiche Machtverhältnisse aus, wenn nicht beide Beteiligten über eine annähernd gleiche Möglichkeit des Rückzugs aus derselben verfügen<sup>793</sup>. Da die Scheidung für Frauen aufgrund der vorherrschenden geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung

---

Auch aus den Richterköpfen ist der Anspruch auf beliebigen Zugriff auf die Ehefrau noch nicht ganz verschwunden. Eine Frau gab an, der Richter hätte zu ihren Vorwürfen sexuellen Mißbrauchs gesagt: „Ja, gute Frau, sie sind verheiratet, das ist halt so.“ Auszüge einer an der Universität Zürich durchgeführten zweiwöchigen Telephonaktion. Siehe dazu *Godenzi, Bieder und Brutal*, S. 85, 87.

<sup>792</sup> *MacKinnon*, *Sexual Harassment*, S. 117; *dies.*, *Theorie der Gleichheit*, S. 374; *dies.*, *Feministische Jurisprudenz*, S. 8 ff.; vgl. auch *Baer*, *Belästigung*, S. 240, 317.

<sup>793</sup> *Goodin*, insb. S. 197.

regelmäßig schlimmere finanzielle Konsequenzen hat als für ihre Männer, verfügen sie *de facto* nicht über die annähernd gleichen Möglichkeiten des Rückzugs aus der Ehe. *Somit besteht während der Ehe tendenziell ein Machtungleichgewicht zulasten der Frauen*<sup>794</sup>. Daß dieses allgemeine Machtungleichgewicht auch im speziellen Bereich des Monogamiegebots vorhanden ist und dort faktisch geschlechterdifferente Erlaubnistatbestände produziert, ist nicht auszuschließen. Darüber hinaus kommen gerade in diesem Bereich auch geschlechtsspezifische Rollenerwartungen und Rollenselbstverständnisse stark zum Tragen: Daß ein 'richtiger Mann' auch Affairen hat, daß er eben 'so etwas braucht' ist eine Ansicht, die nicht nur bei Männern verbreitet ist<sup>795</sup>.

Damit ist aber noch nichts über die Machtrelevanz der negativen sexuellen Ehepflichten gesagt. Vielmehr zeigt sich, daß es nicht das Ehebruchsverbot ist, welches das ungleiche Machtverhältnis zwischen den Geschlechtern herbeiführt oder unterstützt, sondern daß es umgekehrt das aufgrund der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung bereits bestehende ungleiche Machtverhältnis ist, das zu einer geschlechtsspezifischen Wirkung des Ehebruchverbotes führt. Ob zudem diese objektive Ungleichheit in tatsächlicher Hinsicht dazu führt, daß Frauen weniger Ehebrüche begehen oder daß sie sich eher gezwungen fühlen, das ehebrecherische Verhalten ihres Partners zu dulden, muß mangels entsprechender empirischer Forschung offen bleiben. Fest steht, daß ungeachtet der negativen finanziellen Konsequenzen Frauen häufiger ein Scheidungsbegehren stellen als Männer<sup>796</sup>. Weiter kann auch ohne Rückgriff auf empirische Untersuchungen gesagt werden, daß bei einem Scheidungsbegehren die emotionalen Aspekte eine wesentliche Rolle spielen. Wo das Zusammenleben in grundlegender Weise gestört ist, wird eine Scheidung trotz aller wirtschaftlichen Schwierigkeiten zur erwägenswerten Alternative. Die Frage, ob die negative sexuelle Ehepflicht zu einem Machtgewinn der Männer führt, ist also zu verneinen.

---

<sup>794</sup> *Moller Okin, Verletzbarkeit durch Ehe, insb. S. 280. Moller Okin kommt daher in ihrer Analyse der Ehe aus der Gerechtigkeitsperspektive zu dem Schluß, daß diese eine ungerechte Institution ist.*

<sup>795</sup> *Slupnik, Weibliche Moral, S. 222*

<sup>796</sup> *Scheidungsverfahren werden überwiegend von Frauen initiiert. Siehe Binkert, S. 199 Fn. 43. Zu den Ursachen dieser atypischen 'Rechtsaktivität' von Frauen vgl. Slupnik, Weibliche Moral, S. 223 ff.*

bb) *Zur Machtrelevanz der positiven sexuellen Ehepflicht*

Die eheliche Beischlafspflicht trifft nicht nur Frauen in stärkerem Ausmaß als Männer, sondern sie stützt auch die männliche Dominanz. Denn einerseits begünstigt sie erzwungene Sexualität, die grundsätzlich eine Machtausübung darstellt (1). Andererseits trägt sie nach radikal-feministischer These auch dort, wo ihr freiwillig nachgelebt wird, zur Geschlechterhierarchie bei (2).

(1) *Zur Machtrelevanz erzwungener Sexualität*

Wo Frauen aufgrund ihres internalisierten Verständnisses einer sexuellen Ehepflicht den Geschlechtsverkehr erdulden, obwohl sie ihn nicht wollen, liegt erzwungene Sexualität vor. Männer, die von der jederzeitigen Verfügbarkeit ihrer Ehefrauen ausgehen und ihre sexuellen Ansprüche ohne Rücksichtnahme auf deren Bedürfnisse durchsetzen, üben sexuelle Gewalt aus. Studien, die sich mit dem Motiv für sexuelle Gewalt in der Ehe befassen, schreiben dem Machtmotiv des Mannes eine zentrale Bedeutung zu: „Es scheint, als ob viele Männer in der Sexualität am stärksten das Bedürfnis nach Dominanz verspüren oder am ehesten glauben, einer gesellschaftlichen Norm nach Stärke entsprechen zu müssen. Sexualität ist dabei nicht einfach mehr natürliches Geschehen, sondern gesellschaftliche Konstruktion, geprägt durch Machtstrukturen und geprägt durch ein enges, kaum mehr auftrennbares Verhältnis zur Gewalt“<sup>797</sup>. *Sexuelle Gewalt ist also nicht irgendeine Form von Gewalt, sondern eine, die auf das Engste mit männlichem Machtdenken verbunden ist.* Indem das Eherecht die Ehe als positive Geschlechtergemeinschaft deklariert, schafft es Freiräume für sexuelle Gewalt und stützt damit auch die Geschlechterhierarchie.

---

<sup>797</sup> *Godenzi, Gewalt*, S. 178. Vgl. *Russel*, S. 357: „A 'real man' gets what he wants, when he wants, particularly with his wife, and even more particularly, in his sexual relations with her.“ In der von *Godenzi* durchgeführten Untersuchung gaben über die Hälfte der Frauen zu Protokoll, Männer hätten sie aus Machtbedürfnissen vergewaltigt; *Godenzi, Gewalt*, S. 172. *Russel* kommt in ihrer US-amerikanischen Studie zum gleichen Schluß; vgl. *dies.*, S. 153 ff. Die Verknüpfung von Machtbedürfnis und sexueller Gewalt wird auch durch Studien über außer-eheliche Vergewaltigung bestätigt. So sollen 70% der verurteilten sexuellen Gewalttäter angegeben haben, die Vergewaltigung aus einem Verlangen nach Macht begangen zu haben. Siehe dazu den Hinweis bei *Maier*, S. 46.

## (2) Zur Machtrelevanz konsensualer Sexualität

Neben der sexuellen Gewalt als Instrument der Konsolidierung männlicher Machtansprüche entwickelt sich aus radikal-feministischer Sicht die Dominanz nicht erst dort, wo sexuelle Kontakte in Gewalt umschlagen. Sexualität wird vielmehr auch im konsensualen Bereich – also auch im gewaltlosen Zustand einer Idealehe – als Dominanz und Subordination ausgelebt. Was im Zusammenhang mit den Motiven für die sexuelle Gewalt in der Ehe angesprochen wurde, ist für die radikal-feministische Analyse von zentraler Bedeutung: *Sexualität, männliche Macht und weibliche Subordination stehen in einem untrennbaren Zusammenhang.*

Aus radikal-feministischer Sicht muß aus der Gesamtbetrachtung der sozialen Phänomene der Vergewaltigung, der körperlichen Gewalt gegen Ehefrauen (wife battering), der sexuellen Belästigung, der Prostitution und der Pornographie<sup>798</sup> gefolgert werden, daß die sexuelle Macht über Frauen für die männliche Sexualrolle konstitutiv ist<sup>799</sup>. Vergewaltigung ist in erster Linie ein Dominanzgebaren<sup>800</sup>; die Praxis der Massenvergewaltigungen als Unterwerfungsritual der Sieger in Bosnien-Herzegowina wie in allen Kriegen zuvor könnten eine deutlichere Sprache nicht sprechen. Auch die sexuelle Belästigung erfolgt primär aus Machtmotiven. Die Prostitution als Möglichkeit, sich den Körper einer (in aller Regel weiblichen) Person zur Befriedigung sexueller Bedürfnisse zu erkaufen, gibt dem Benutzer ein Machtgefühl. Das Grundthema pornographischer Darstellungen kreist um sexuelle Dominanz und Subordination<sup>801</sup>. Für MACKINNON folgt aus der Verknüpfung von Machtgefühl und sexueller Erregung, daß die sexuelle Macht über Frauen den Kern dessen ausmacht, was Männer gemeinhin als Sex begreifen

---

<sup>798</sup> Donnerstein/Berkowitz (S. 710 ff.) kommen in ihrer Studie zum Ergebnis, daß der Konsum von pornographischem Material (in denen das Opfer die Vergewaltigung im Regelfall auch als erregend empfindet) die sexuelle Aggressivität der Konsumenten steigert. Gemäß Godenzi (Gewalt, S. 179) finden sich bei fast allen empirischen Untersuchungen zur sexuellen Gewalt in Paarbeziehungen Hinweise, welche die Rolle der Pornographie unterstreichen.

<sup>799</sup> Vgl. dazu MacKinnon, *Feminist Theory of the State*, S. 126 ff.; *dies.*, *Feminism Unmodified*, S. 85 ff.; Schenk, *Feministische Herausforderung*, S. 126.

<sup>800</sup> Godenzi, *Bieder und Brutal*, S. 116, 127.

<sup>801</sup> Godenzi, *Gewalt*, S. 180.

und empfinden<sup>802</sup>. Männliche Sexualität wird zu erotisierte Dominanz, weibliche Sexualität zu erotisierte Unterwerfung<sup>803</sup>. Hierarchie ist nicht nur sexy, sie ist für das Verständnis von Sexualität konstitutiv<sup>804</sup>.

Solange sich das Verständnis von Sexualität an Bildern orientiert, welche männliche Dominanz und weibliche Subordination projizieren, kann es aus radikal-feministischer Sicht den gleichgestellten Geschlechtsverkehr nicht geben. Auch dem 'normalen' Sex begegnet der radikal-feministische Ansatz darum mit Skepsis. Die Grenze zwischen Geschlechtsverkehr und Vergewaltigung wird als fließend angesehen<sup>805</sup>. Beides sind Formen männlicher Dominanz und weiblicher Unterwerfung, ob sie nun rechtlich durch das Element der Einwilligung unterschieden werden oder nicht.

*Verknüpft man die geschlechtsspezifische Wirkung der Beischlafspflicht mit dem radikal-feministischen Verständnis der Sexualität, so erhält die Ehe als positive Geschlechtergemeinschaft eine diskriminierende Konnotation. Wenn Geschlechtsverkehr nicht losgelöst von sexueller Hierarchie gedacht werden kann und die Pflicht zum Geschlechtsverkehr in erster Linie*

---

<sup>802</sup> Vgl. MacKinnon, *Feminist Theory of the State*, S. 127: „The male sexual role ... centers on aggressive intrusion on those with less power. Such acts of dominance are experienced as sexually arousing, as sex itself. They therefore are.“

<sup>803</sup> Versuche mit Männern und Frauen, denen Vergewaltigungsszenen gezeigt wurden, ergaben, daß Frauen solche Szenen dann als erregend empfanden, wenn das Opfer einen Orgasmus hatte und keine Schmerzen zeigte, während bei Männern die Kombination von Orgasmus und Schmerz beim Opfer die höchste Erregung auslöste. Siehe dazu die Studie von Malamuth/Heim/Freshbach, S. 399 ff. Auch andere Studien kommen zu diesem Ergebnis; vgl. die Nachweise bei MacKinnon, *Feminist Theory of the State*, S. 144.

<sup>804</sup> Zu anderen Theorien der unmittelbaren Verknüpfung von Macht und Sexualität, Unterwerfung und Weiblichkeit vgl. z.B. die Analyse des Philosophen und Sozialhistorikers Edmund Leites (S. 157 ff), der aus dem Dilemma des Sexualitätsverständnisses als spontaner Lust einerseits und Beständigkeit andererseits die gegensätzlichen Geschlechterrollen ableitet, die dem Mann Triebhaftigkeit und Machtwillen zuweisen. Auch Rommelsbacher (S. 11 ff.) schreibt der Zuweisung des Masochismus als weibliches Geschlechtsmerkmal eine primäre Rolle bei der Erotisierung männlicher Herrschaft zu.

<sup>805</sup> Vgl. MacKinnon, *Feminist Theory of the State*, S. 146: „Compare victims' reports of rape with womens' report of sex. They look a lot alike. Compare victims' reports of rape with what pornography says is sex. They look a lot alike. In this light, the mayor distinction between intercourse (normal) and rape (abnormal) is that the normal happens so often that one cannot get anyone to see anything wrong with it.“

Frauen betrifft, so unterstützt das Eherecht mit seinem Verständnis der Ehe als einer positiven Geschlechtsgemeinschaft den Bestand der männlichen Machtposition. Indem das Eherecht die Prägung der Ehe als eines sexuellen Vertrags anerkennt, fördert es mittelbar die männliche Sexual- und Sozialdominanz<sup>806</sup>.

cc) *Zwischenergebnis*

Sowohl erzwungene als auch konsensuale Sexualität steht nach radikal-feministischer Sicht in einem kaum auflösbaren Zusammenhang mit männlicher Dominanz und weiblicher Subordination. Während es bei sexueller Gewalt gegen Ehefrauen relativ klar erkennbare Machtmotive sind, die mittels der gewaltsamen Verfügung über den Körper der Frau einen Kontrollanspruch wahrnehmen, wirken im konsensualen Bereich die Machtstrukturen auf einer subtileren Ebene, indem Dominanz und Subordination mit männlicher bzw. weiblicher Sexualität assoziiert werden. *Die Ehe als primärer Tatort männlicher Sexualgewalt und tatsächlicher Geschlechtergemeinschaft wird so zur Risikosphäre männlicher Dominanz.* Da die eheliche Beischlafpflicht diese Dominanz mittelbar fördert, stellt sie aus radikal-feministischer Sicht eine geschlechtsbezogene Diskriminierung dar.

c) **Ergebnis zum geltenden Eherecht – Defizite aus radikal-feministischer Sicht**

Das rechtliche Verständnis der Ehe als eines sexuellen Vertrages trägt aus radikal-feministischer Sicht zur Instrumentalisierung der Ehe für die männliche Dominanz bei. Die negativen und die positiven Ehepflichten gewähren zwar beiden Ehepartnern einen grundsätzlichen und ausschließlichen Zugriff auf den Körper des anderen. Diese formal geschlechtsneutralen Ansprüche tragen aber bei genauerer Betrachtung geschlechtsspezifische Wirkungen in sich. Indem das Eherecht die Prägung der Ehe als eines sexuellen Vertrags anerkennt, fördert es die männliche Sexual- und Sozialdominanz und trägt somit zur faktischen Diskriminierung von Frauen bei.

---

<sup>806</sup> Zum Zusammenhang zwischen „sexueller Verfügung durch Ehemänner über Ehefrauen und der Konstruktion Ehe“ vgl. auch *Heiliger/Engelfried*, S. 63 m.w.N.

## 2. Möglichkeiten einer weitergehenden Berücksichtigung der radikal-feministischen Zielsetzung *de lege lata*

Das Eherecht kann schon angesichts der umfassenden Natur des Dominanzproblems keine vollständige Lösung zum Abbau der Geschlechterhierarchie anbieten. Was der Radikal-Feminismus als sexuell begründeten Machtüberschuß von Männern brandmarkt, kann letztlich nur durch grundlegende soziale Veränderungen bewältigt werden. Ein Schritt in die richtige Richtung ist aber auch im Rahmen des Eherechts möglich. Aus radikal-feministischer Sicht darf es ein eheliches Recht zum sexuellen Zugriff auf die Ehepartnerin, wie relativierend dieser Anspruch auch immer formuliert sei, nicht geben. Ein solches Recht verstärkt die männliche Sexualdominanz und die korrespondierende weibliche Subordination. *Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht muß folglich einen absoluten Vorrang vor dem traditionell geprägten Bild der ehelichen Lebensgemeinschaft als Geschlechtergemeinschaft erhalten.* Konkret bedeutet dies, daß es auch in der Ehe jederzeit möglich bleiben muß, Geschlechtsverkehr abzulehnen, ohne daß dies als Ehewidrigkeit wahrgenommen und sanktioniert wird. Wo ein Recht auf das 'Nein' auch innerhalb der Ehe besteht, kann im Scheidungsfalle die Verweigerung nicht mehr als Schuldfaktor im Sinne von Art. 151, 142 II ZGB berücksichtigt werden<sup>807</sup>.

Dies ist bereits im Rahmen des geltenden Eherechts möglich. Zwar enthält das Gesetz das Gebot der negativen Geschlechtergemeinschaft, indem es den Ehebruch als Scheidungsgrund aufführt. Es schreibt aber an keiner Stelle die Ehe als positive Geschlechtergemeinschaft vor. Aus Sicht des Radikal-Feminismus ist die zurückhaltende Relativierung der ehelichen Beischlafspflicht im Schrifttum äußerst unbefriedigend. In Lehre und Rechtsprechung müßte unzweideutig formuliert werden: „*Es besteht keine Rechtspflicht zum Geschlechtsverkehr*“.

## 3. Radikal-feministische Forderungen *de lege ferenda*

Zwar bedarf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung keiner positiven

---

<sup>807</sup> Dem entsprechend das neue Scheidungsrecht, vgl. Art. 125 nZGB. Zum neuen Scheidungsrecht vgl. oben, Fn. 767.

Gesetzesänderung, sondern kann bereits *de lege lata* als rechtlicher Grundsatz statuiert werden. Allerdings bleibt es dennoch bei der unterschiedlichen Behandlung der Verletzung dieses Rechts innerhalb und außerhalb der Ehe, da die erzwungene Sexualität in der Ehe im geltenden Recht nur auf Antrag strafbar ist. *Die Ausgestaltung der ehelichen Vergewaltigung als Officialdelikt ist aus radikal-feministischer Sicht eine weitere Forderung zur Sicherung der sexuellen Selbstbestimmung der Frau*<sup>808</sup>. Nur das klare Bekenntnis des Gesetzgebers zum Unrechtscharakter des erzwungenen Geschlechtsverkehrs innerhalb der Ehe eröffnet überhaupt eine Chance, eine abschreckende, im voraus gestaltende Wirkung zu erzielen. Wenn zudem die Annahmen der klassischen Kriminologie, nach der Individuen Vor- und Nachteile ihres Handelns abwägen, zutrifft, so könnte eine 'Kostenerhöhung' der sexuellen Gewalt zur gewünschten Abschreckungswirkung beitragen<sup>809</sup>.

#### **4. Zusammenfassung zum radikal-feministischen Ansatz im Eherecht**

Ausgehend von der radikal-feministischen These einer allgegenwärtigen männlichen Dominanz bildet die Ehe als ausgesprochen intensives Näheverhältnis eine besondere Risikosphäre für weibliche Subordination. Indem das Eherecht von der grundsätzlichen Beischlafspflicht der Ehepartner ausgeht, trägt es zur Perpetuierung der geschlechtsbezogenen Machtdisparität bei. Die Natur des Dominanzproblems verhindert deren Beseitigung allein durch eherechtliche Normen. Das Eherecht kann aber im Sinne der radikal-feministischen Erkenntnisse zur Verminderung der männlichen Sexualdominanz beitragen, indem es wenigstens dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht einen absoluten Vorrang vor dem Modell der Ehe als Geschlechtsgemeinschaft einräumt und das Sanktionsinstrumentarium entsprechend anpaßt.

---

<sup>808</sup> Die Gleichstellung befürwortend *Baurmann*, S. 37 ff.; *Frommel*, S. 244 f.; *Paetow*, S. 201 ff.; *Maier*, S. 130.

<sup>809</sup> *Godenzi*, *Gewalt*, S. 409.

## **V. Ergebnis zur feministischen Kritik des Statusvertrags 'Ehe'**

### **1. Die Kritik – Ungenügende Verwirklichung der Gleichstellung**

Die Eingangsfrage, ob das seit 1988 geltende formal partnerschaftliche Ehemodell den Gleichstellungskonzeptionen der drei rechtsrelevanten feministischen Ansätze genügt, ist zu verneinen.

Fragt man mit der liberal-feministischen Rechtskritik, wie sich das Ehe-recht zur realen Teilnahme von Frauen am Erwerbsleben stellt, so zeigt auch das neue Eherecht Defizite, da es erstens darauf verzichtet, das Recht auf Erwerbsarbeit ausdrücklich zu statuieren und zweitens ein Leitbild zur Gleichverteilung der inner- und außerhäuslichen Arbeit vermissen läßt. Damit begünstigt es die Orientierung an der traditionellen Rollenverteilung. Fragt man mit der relational-feministischen Rechtskritik, ob das Eherecht die Gleichwertigkeit des typisch weiblichen Tätigkeitsbereiches der Familienarbeit mit dem typisch männlichen der Erwerbsarbeit anerkennt, so ist das neue Eherecht auch in dieser Hinsicht defizitär. Denn der finanzielle Ausgleich für die Familienarbeit ist mit dem Betrag zur freien Verfügung (Art. 164 ZGB) nicht ausreichend gewährleistet. Geht man mit der radikal-feministischen These davon aus, daß der Kern des sozialen Machtungleichgewichts zwischen den Geschlechtern in der sexuellen Dominanz von Männern über Frauen liegt, so stützt die rechtliche Sicht von der Ehe als positive Geschlechtergemeinschaft den Bestand der männlichen Machtposition.

### **2. Die Forderung – Verstärkte Nutzung der Steuerungskapazitäten eherechtlicher Normen**

Der Befund eines eherechtlichen Gleichstellungsdefizits führt bei jedem der untersuchten feministischen Ansätze zu Forderungen nach Korrekturen im Rahmen des geltenden Rechts oder durch ein neues Recht. Allerdings drängt sich angesichts des primär symbolischen Charakters der hier behandelten eherechtlichen Bestimmungen die Frage auf, was sol-

che Reformen denn überhaupt leisten können<sup>810</sup>. LUCKE nennt in diesem Zusammenhang drei Aspekte der Einflußnahme: Die 'Leitbildfunktion', den 'Sperrklingeneffekt' und die 'Appellfunktion' von Eherechtsnormen<sup>811</sup>.

Gesetzestexte haben immer auch eine gewisse *Leitbildfunktion*<sup>812</sup>. Insbesondere in der Phase der Diskussion um ihre Verwirklichung können sie zur Bewußtseinsbildung und zur Verhaltensänderung beitragen. Weiter können die Normen des gesetzlichen Ehemodells auch in anderen Rechtsgebieten Orientierungsfunktion übernehmen: So erhöht beispielsweise das klare Bekenntnis des Gesetzgebers zur Gleichstellung von Familienarbeit- und Erwerbsarbeit im Eherecht unter anderem die Plausibilität von Erziehungsgutschriften im Rahmen der sozialen Versicherung. Sodann entfalten rechtliche Bestimmungen einen gewissen *Sperrklingeneffekt*: während weitergehende Maßnahmen möglich bleiben, setzt sich das Zurückfallen hinter die rechtlich festgelegte Position einem massiven Legitimationszwang aus. Schließlich nimmt das Eherecht als Soll-Ordnung auch eine *appellative Funktion* wahr, indem es denen, die sich zur Eheschließung entscheiden, die Zielsetzung einer partnerschaftlichen Ehe klar vorgibt.

Diese *Steuerungskapazitäten* gilt es aus feministischer Sicht bei der Frage um die Wirksamkeit des eherechtlichen Modells zu beachten und entsprechend zu nutzen.

---

<sup>810</sup> Im Rahmen der bestehenden Ehe erlangen die rechtlichen Bestimmungen über deren Wirkungen kaum je Relevanz. Im Rahmen der Ehetrennung oder der Eheauflösung ändert sich die Situation. Ein Anwendungsbeispiel bietet der liberal-feministische Reformvorschlag; seine Verwirklichung würde bedeuten, daß ein schuldrechtlicher Anspruch auf Vergütung der im Bewerbe oder Beruf des anderen geleisteten Arbeit und der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis besteht.

<sup>811</sup> Lucke, S. 182 f.

<sup>812</sup> Zur Leitbildfunktion rechtlicher und eherechtlicher Normen vgl. oben, Fn. 684.





## VIERTER TEIL GESAMTBETRACHTUNG

Die vorliegende Arbeit hatte zum Ziel, die Themen und Methoden der feministischen Jurisprudenz deskriptiv-analytisch zu bearbeiten. Dazu mußte zunächst einmal eine Inhaltsbestimmung des Feminismus-Begriffs vorgenommen werden. In der dabei gefundenen Definition *ist Feminismus die praktische und theoretische Auseinandersetzung mit dem Phänomen männlicher Vorherrschaft und weiblicher Nachrangigkeit im Geschlechterverhältnis*. Diese Auseinandersetzung wird von vielfältigen, in unterschiedlichen Disziplinen und Ideologien verwurzelten Ansätzen belebt, denen gemeinsam ist, daß sie in ihrer Analyse der sozialen Wirklichkeit sowie in den daraus resultierenden Gestaltungsforderungen eine spezifische Frauenperspektive einnehmen. Der Begriff 'Frau' wird dabei nicht als biologische, sondern als soziale Kategorie verstanden.

Der Feminismus hat in der Rechtswissenschaft die Entwicklung einer feministischen Jurisprudenz angestoßen. *Die feministische Jurisprudenz macht das Recht zum Gegenstand der feministischen Analyse: sie fragt, vereinfacht ausgedrückt, nach der geschlechtlichen Relevanz von Recht*. Feministische Jurisprudenz schließt dabei Rechtskritik, Rechtsdogmatik und Rechtstheorie ein. Nicht alle feministischen Ansätze beschäftigen sich maßgeblich mit dem Recht und seiner Wissenschaft. Und unter denjenigen Ansätzen, die das Recht zum Gegenstand ihrer Analyse machen, setzen sich wiederum nicht alle mit der Frage nach der konkreten Ausgestaltung eines geschlechtergerechten Rechts auseinander. Zu den rechtsrelevanten feministischen Ansätzen, die sich nicht mit einer negativen Bestandsaufnahme diskriminierender Normen und Praxen begnügen, sondern die darüber hinaus Recht als einen zu reformierenden Bereich und als Instrument zur Reform begreifen, gehören der liberale, der relationale und der radikale Feminismus.

Diese drei feministischen Ansätze, die hier für eine *feministische Kritik des Vertragsrechts* zugrundegelegt wurden, weisen trotz unterschiedlicher Konzeptionen darüber, was die männliche Vormachtstellung im Recht ausmacht und wie sie behoben werden soll, Gemeinsamkeiten auf, die als Essentialia einer feministischen Rechtskritik gelten können (I). Daneben sollen aber die Differenzen nicht verschwiegen werden. Dies um so mehr, als der Blick auf das Trennende auch die Stärken und Schwächen der jeweiligen Ansätze offenlegt (II). Auch im Rahmen ei-

ner solchen Kritik an der Kritik darf aber nicht vergessen werden, daß die feministische Jurisprudenz sich in erster Linie durch ihre Methode, nämlich der Rechtsanalyse aus Frauensicht, auszeichnet; ihre Ergebnisse und Lösungsvorschläge sind nicht ein für allemal fixiert, sondern entsprechend den sich wandelnden Gesellschaftsverhältnissen immer wieder der Neuüberprüfung und Neuformulierung zugänglich (III).

## **I. Die eine feministische Jurisprudenz und die vielen Feminismen – Gemeinsamkeiten der verschiedenen feministischen Rechtskritiken**

Trotz unterschiedlichster Prämissen und Schlußfolgerungen der hier behandelten feministischen Ansätze ist diesen gemeinsam, daß sie den geschlechtlichen Neutralitätsanspruch des Vertragsrechts verneinen (1) und daß sie eine Vision von einem geschlechtergerechten Recht entwickeln (2).

### **1. Neutralitätskritik**

Zu den Gemeinsamkeiten der drei vorgestellten feministischen Ansätze im Recht gehört, daß dessen geschlechtliche Neutralität hinterfragt und das Geschlecht im Gegenzug zum Ausgangspunkt der Rechtsanalyse gemacht wird. Dabei wird sichtbar, daß das Vertragsrecht überwiegend auf männliche Lebenswirklichkeiten und Sichtweisen abstellt, während es weibliche Erfahrungen und Bedürfnisse vernachlässigt. Je nach Ansatz zeigt sich die geschlechtsbezogene Parteilichkeit des Vertragsrechts in anderer Ausgestaltung.

#### **a) Liberal-feministischer Ansatz**

Aus liberal-feministischer Sicht zeigt sich die geschlechtsbezogene Parteilichkeit des Vertragsrechts besonders im breiten Anwendungsbereich der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit und im eherechtlichen Verzicht auf ein Leitbild, das die Gleichverteilung der Familienarbeit statuiert. Die privatautonome Gestaltung von Schuldverträgen und ehelicher Arbeitsteilung bieten in der männlichen Lebenswirklichkeit kaum Probleme.

me; Männer gehören nicht zu den Opfern geschlechtsbezogener Diskriminierungen im Erwerbsleben und sie bedürfen auch keiner positiven Maßnahmen, um trotz vorhandener Familienarbeit weiterhin am Erwerbsleben teilzunehmen. Aus Frauensicht dagegen führt die Ausgestaltung dieser Freiheiten zur Benachteiligung von Frauen im erwerbsrelevanten Vertragsgeschehen und zur Privilegierung der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung im Rahmen des Statusvertrags 'Ehe'.

#### **b) Relational-feministischer Ansatz**

Aus relational-feministischer Sicht zeigt sich die geschlechtsbezogene Parteilichkeit des Vertragsrechts besonders darin, daß das Schuldvertragsrecht von eigeninteressierten, anspruchsbewussten Vertragssubjekten ausgeht und daß das Ehegesetz auf die Statuierung einer effektiven Gleichstellung der Familienarbeit mit der Erwerbsarbeit verzichtet. Denn ein Schuldvertragsrecht, welches dem sozialtypisch weiblichen Personen- und Beziehungsdenken die rechtliche Relevanz abspricht, privilegiert sozialtypisch männliche Verhaltensmuster und führt gleichzeitig zu einer latenten Schlechterstellung von Frauen in der Vertragsrealität. Sodann spiegelt ein Ehegesetz, das nicht einen effektiven finanziellen Ausgleich für die Familienarbeit garantiert, die Sichtweise wieder, daß die sozialtypisch männliche Erwerbsarbeit höher zu bewerten sei als die sozialtypisch weibliche Familienarbeit.

#### **c) Radikal-feministischer Ansatz**

Aus radikal-feministischer Sicht zeigt sich die geschlechtsbezogene Parteilichkeit des Vertragsrechts besonders darin, daß die Phänomene der sexuellen Belästigung im vertraglichen Näheverhältnis und der sexuellen Gewalt in der Ehe erst seit kurzem vom Recht überhaupt wahrgenommen werden. In beiden Fällen sind nicht Männer, sondern überwiegend Frauen auf rechtlichen Schutz angewiesen. Die männliche Sichtweise prägt aber diese Problembereiche weiter. So wird mit dem Persönlichkeitsrecht ein individuelles, mit symmetrischen Fiktionen arbeitendes Recht als Instrument gegen sexuelle Belästigung gewählt. Damit wird verschwiegen, daß sexuelle Belästigung Begründungsmoment, Perpetuierung und Ausdruck der Ungleichheit von *Frauen* ist. Auf der Ebene des Ehegesetzes ändert sodann die strafrechtliche Sanktionierung der Vergewaltigung in der Ehe nichts daran, daß das Ehegesetz den potentiell asymmetrischen Charakter der Geschlechtsbeziehung

verkennt und mit der Ausgestaltung der Ehe als sexuellem Vertrag dem Ehemann nach wie vor einen rechtlich gestützten Zugriff auf den Körper der Ehefrau gewährt.

#### d) Ergebnis zur Neutralitätskritik

Feministische Rechtskritik untersucht das Recht „im Lichte weiblicher Interessen und Erfahrungen.“<sup>813</sup> Unter dieser Perspektive erweist sich die geschlechtliche Neutralität des Vertragsrechts sowohl in der 'öffentlichen' Sphäre des Marktes als auch in der 'privaten' Sphäre der Familie trotz weitgehender formeller Gleichstellung und geschlechtsneutraler Formulierung als Illusion.

## 2. Zielsetzung eines geschlechtergerechten Rechts

Neben der gemeinsamen Neutralitätskritik verbindet den liberalen, den relationalen und den radikalen Feminismus die Zielsetzung, an der Formulierung eines geschlechtergerechteren Vertragsrechts aktiv teilzunehmen.

Diese Zielsetzung zeigt sich in den jeweiligen Vorschlägen der einzelnen Ansätze zur Änderung der Vertragsrechtsdogmatik (*de lege lata*) und des positiven Vertragsrechts (*de lege ferenda*). *Trotz der jeweils eigenen Gleichstellungskonzeption eines jeden Ansatzes sind ihre konkreten Änderungsvorschläge zum Vertragsrecht weitgehend kompatibel.* Das beweist sich auch in den rechtspolitischen Tagesdebatten, in denen bei aller Verschiedenheit im Ausgangspunkt gewisse Reformen – etwa die des Gleichstellungsgesetzes – unter Feministinnen unterschiedlicher Couleur auf Zustimmung stoßen. Dasselbe gilt auch für Frauenförderungsmaßnahmen im Erwerbsleben: Zwar sind diese primär ein Anliegen moderner liberaler Feministinnen, welche solche Maßnahmen als unverzichtbares Mittel zur Verwirklichung substantieller Gleichheit sehen. Sie entsprechen aber auch der radikal-feministischen Forderung nach Machtgleichheit oder der relational-feministischen Forderung nach der Anerkennung weiblicher Differenz im Berufsleben. Auch die sexuelle Belästigung oder die sexuelle Gewalt in der Ehe werden – obwohl zen-

---

<sup>813</sup> Dahl, Frauenrecht, S. 23.

traler Gegenstand radikal-feministischer Rechtskritik – vom liberal- und vom radikal-feministischen Ansatz als Phänomene bestehender Geschlechterungleichheit wahrgenommen; Schutznormen können in diesem Bereich mit allgemeiner Zustimmung rechnen. Ferner sind die Normen über die rechtliche Anerkennung emotionaler Beeinträchtigungen, die Erweiterung des schuldrechtlichen Rationalitätsprinzips auf relationale Werte oder die Forderung nach einer wirklichen Gleichstellung von Familien- und Erwerbsarbeit zwar Anliegen des Relationalfeminismus. Dennoch gehören sie nicht zu den Vorschlägen, die von den anderen feministischen Richtungen als konkrete Rechtsänderungen abgelehnt würden.

So kann der hier erarbeitete Katalog an konkreten Reformvorschlägen als eine Art gemeinsamer Nenner verschiedener feministischer Richtungen und als *praktischer Ertrag* der Untersuchung gesehen werden. Als *theoretischer Ertrag* bleibt festzuhalten, daß die Unterschiede zwischen den feministischen Richtungen im Rahmen ihrer Anwendung auf konkrete Rechtsfragen nicht zwingend zu unvereinbaren Lösungsvorschlägen führen.

## II. Die Kritik an der Kritik - Präferenzargumente zu den einzelnen Ansätzen

Die soeben beschworene weitgehende Widerspruchsfreiheit feministischer Jurisprudenz findet ihre Grenze im jeweiligen Gleichstellungsverständnis der einzelnen Rechtskritiken und damit auch in der Formulierung einer feministischen Gesamtstrategie zur Verwirklichung eines geschlechtergerechten Vertragsrechts (1). Welche Gleichheitskonzeption den Vorzug verdient, ist vorliegend nicht zu entscheiden. Ziel dieser Arbeit war es, die verschiedenen feministischen Perspektiven im Vertragsrecht darzustellen und konkret-dogmatische Lösungen vorzuschlagen, nicht aber, 'richtige' von 'falschen' Feminismen zu unterscheiden. Dennoch kann in einer Gesamtbetrachtung auf eine 'Kritik der Kritik' nicht gänzlich verzichtet werden, sondern es ist zumindest jeder Ansatz kurz auf seine wichtigsten Stärken und Schwächen hin zu beleuchten (2 bis 4).

## 1. Die vielen Feminismen – zum Fehlen einer feministischen Gesamtstrategie

Wenngleich die konkreten Reformvorschläge der einzelnen feministischen Richtungen im Vertragsrecht nebeneinander bestehen können, so kann über die *Unterschiede im Grundsätzlichen* dennoch nicht hinweggesehen werden. So mag zwar die relational-feministische Forderung nach einer Gleichstellung der Familienarbeit mit der Erwerbsarbeit als Einzelforderung dem liberal-feministischen oder dem radikal-feministischen Ansatz nicht entgegenstehen. Dies ändert aber nichts daran, daß letztere die These einer geschlechtsspezifischen Wertorientierung ablehnen und eine Gesamtstrategie, welche nicht auf die Ablösung der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung gerichtet ist, für falsch halten.

Deutlich zeigt sich die unterschiedliche Orientierung von liberal- und relational-feministischem Ansatz, wenn man deren jeweilige Zielrichtung im Schuldvertrags- und im Eherecht vergleicht: Während der relational-feministische Ansatz das Schuldvertragsrecht auf familienorientierte Werte wie Beziehungs- und Personenorientiertheit verpflichten will, fordert der liberal-feministische Ansatz, daß das Schuldvertragsrecht mit seiner marktwirtschaftlichen Orientierung im Eherecht Einzug hält. Vereinfacht ausgedrückt: Die einen wollen den Markt so gestalten wie die Familie, während die anderen die Familie so gestalten wollen wie den Markt<sup>814</sup>.

Mit Blick auf die radikal-feministische Kritik mag zwar das Phänomen der sexuellen Belästigung von allen Feminismusrichtungen als Problem des Geschlechterungleichgewichts wahrgenommen werden. Während aber sowohl der liberal- wie auch der relational-feministische Ansatz die sexuelle Belästigung als Anomalie sehen, stellt sie für den radikal-feministischen Ansatz nur den sichtbaren Auswuchs einer notwendig asymmetrischen Vertragsbeziehung zwischen Frauen und Männern dar.

*Die Differenzen zwischen den jeweiligen Gleichstellungskonzeptionen können schon deshalb nicht einfach bereinigt und wegdefiniert werden, weil sie eng mit dem je eigenen Verständnis von Weiblichkeit der einzelnen Ansätze verknüpft sind.* Dies läßt sich vor dem Hintergrund dieser Untersuchung leicht exemplifizieren: Weil der liberal-feministische Ansatz davon ausgeht, daß Männer und Frauen sich in ihrer Wertorientierung nicht unterschei-

---

<sup>814</sup> Vgl. Olsen, *The Family and the Market*, S. 1497 ff.

den, nimmt er die Prämissen des Vertragsrechts als gegeben an und orientiert sich in seinem Gleichheitsverständnis an einer materiellen Gleichheit *innerhalb* der bestehenden Rechtsstruktur. Weil der relational-feministische Ansatz eine spezifisch weibliche Moralität propagiert, bedeutet für ihn Gleichstellung im Recht die Schaffung eines *anderen* Rechts unter Einbeziehung relationaler Werte, also gerade nicht der Wandel innerhalb der bestehenden Rechtsstruktur. Weil schließlich nach der radikal-feministischen These das Frausein in erster Linie mit Machtlosigkeit gleichgesetzt wird, bedeutet Gleichstellung das Verbot sozialer Hierarchisierung. Recht wird in diesem Kontext als *Instrument* zum Abbau der Geschlechterhierarchie eingesetzt.

Die unterschiedlichen Weiblichkeits- und die daraus folgenden Gleichstellungskonzeptionen führen deshalb zu gegensätzlichen Auffassungen davon, wie das Recht abstrakt zur feministischen Zielsetzung tatsächlicher Geschlechtergleichheit in Beziehung gesetzt werden soll: *Gleichstellung im geltenden Recht, in einem neuen, weiblichen Recht oder instrumentell vermittelt durch ein bewusst anti-hierarchisches Recht.*

Die unterschiedlichen Gleichstellungskonzeptionen der hier untersuchten feministischen Ansätze im Recht geben aber auch Anlaß zum Vergleich. Da der Blick auf das Trennende die jeweiligen Stärken und Schwächen der einzelnen Ansätze verstärkt offenlegt, können die Unterschiede zwischen den feministischen Rechtskritiken als Ausgangspunkt für eine 'Kritik an der Kritik' dienen.

## **2. Zur Kritik an der liberal-feministischen Rechtskritik - Angleichung statt Gleichheit?**

Der liberal-feministische Ansatz im Recht fordert primär die Abschaffung von Normen und rechtlich gebilligten Praxen, welche die gleichberechtigte Teilnahme der Frauen im Erwerbsleben verhindern. Die Teilnahmebedingungen bleiben, abgesehen von gewissen Flexibilisierungsmaßnahmen (z.B. Teilzeitarbeit) und der Schaffung von Kompensationsbedingungen (z.B. Quoten), unberührt. *Der liberal-feministische Ansatz enthält keine Vision eines grundsätzlich anderen Rechts, sondern will die tatsächlich gleiche Partizipation innerhalb des geltenden.* Gerade weil er nur insoweit rechtskritisch ist, als das Recht den Frauen Männerprivilegien verweigert, konnte dieser Ansatz bisher die meisten Erfolge (Art. 4 II BV, Gleichstellungsgesetz) verbuchen. Weil er aber die Werte, welche hinter diesen Privilegien stecken, als gegeben akzeptiert, setzt sich der

liberal-feministische Ansatz auch der Kritik aus, er praktiziere eine Angleichung an die Männerwelt und sein Versprechen einer Geschlechtergerechtigkeit könne nur von denjenigen Frauen in Anspruch genommen werden, die männliche Verhaltensweisen an den Tag legten oder zur Anpassung bereit seien<sup>815</sup>.

In der Tat fehlen dem liberal-feministischen Ansatz die Argumentationsmuster zur Bewältigung geschlechtsbezogener Ungleichheit, wenn – wie im Falle der geschlechtsspezifische Wahrnehmung von Belästigungshandlungen – Frauen und Männer unterschiedlich empfinden oder sich unterschiedlich verhalten. Auch fällt es aus der liberal-feministischen Werte schwer, die zurückhaltende Haltung von Frauen bei der Mobilisierung des Rechts für Gleichbehandlungsforderungen zu thematisieren. Denn dies erfordert eine Auseinandersetzung mit dem Befund eines geschlechtsspezifischen Verhältnisses zum Recht und folglich mit der These weiblicher Differenz, die der liberale Feminismus ja gerade ablehnt. So gesehen führt der liberal-feministische Ansatz zu einer unvollständigen Analyse der rechtlichen Stellung der Frau im Vertragsrecht. Insofern ist auch die Kritik berechtigt, der liberal-feministische Ansatz werde mit seiner Konzentration auf die Erweiterung männlicher Privilegien auf die Frauen der weiblichen Lebenswirklichkeit nicht *umfassend* gerecht.

Andererseits ist zu bedenken, daß die liberal-feministische Forderung zwar in erster Linie die Teilnahme der Frauen am Erwerbsleben zum Gegenstand hat, daß aber daraus mittelbar auch die Forderung nach einer Neuverteilung der traditionell den Frauen zugewiesenen Familienarbeit folgt. *Die liberal-feministische Forderung läuft so letztlich auch auf die Durchbrechung der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung hinaus.* Soweit weibliche und männliche Denk- und Verhaltensmuster sozial bedingt sind, kann die gleichmäßigere Verteilung der Familienarbeit auf Männer und Frauen zur Aufhebung der männlichen Vormachtstellung in allen relevanten Bereichen des sozialen, politischen und wirtschaftlichen Lebens führen.

Allerdings ist zum liberal-feministischen 'End-Ziel' der Durchbrechung der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung folgendes anzumerken: Die bisherigen Erfolge der liberal-feministischen Politik bestanden maßgeblich darin, den Frauen den traditionell männlichen Bereich der

---

<sup>815</sup> MacKinnon, *Feminist Theory of the State*, S. 225 ff.

Erwerbsarbeit zu eröffnen. Der zweite Schritt, nämlich die Partizipation der Männer in den traditionell weiblichen Bereichen, hat hingegen bisher nur in äußerst beschränktem Maße stattgefunden. Während sich die Lebenswirklichkeit von Frauen in den letzten dreißig Jahren massiv verändert hat, ist die Lebenswirklichkeit der Männer praktisch dieselbe geblieben. Bei genauerem Hinsehen ist es vor allem der (Sozial-)Staat, der den Frauen den Schritt in die 'andere' Sphäre erlaubt hat, indem er einerseits Infrastrukturen (z.B. Kinderkrippen) zur Verfügung stellt, die den Frauen die Erwerbsarbeit erlauben, und indem er die traditionell von Frauen geleistete *soziale* Arbeit (Alten- und Krankenpflege, Jugendfürsorge etc.) nunmehr als Erwerbsarbeit behandelt<sup>816</sup>. Die eigentliche Frage um die geschlechtsspezifische Rollenverteilung ist also nach wie vor ungeklärt<sup>817</sup>. Ob der liberal-feministische Ansatz angesichts des drohenden Abbaus des Sozialstaats weiterhin auf Erfolgskurs bleiben kann, bleibt offen.

### 3. Zur Kritik an der relational-feministischen Rechtskritik – Perpetuierung der Geschlechterstereotypen?

Die relational-feministische Rechtskritik fordert die Würdigung weiblicher Werte im Recht. Eine Stärke der Hervorhebung geschlechtsspezifischer Unterschiede im Bezug auf Wert- und Verhaltensmuster liegt darin, daß sie Impulse für ein eigenständiges Selbstbewußtsein von Frauen gibt. *Statt immer den männlich besetzten Standard als Referenz für einen 'Normalmenschen' sehen zu müssen, erlaubt es der Relational-Feminismus den Frauen, ihre eigene, positive Identität zu entwickeln*, ohne sich erst von gewohntem Rollenverhalten loszusagen<sup>818</sup>. Damit wird eine weitere Stärke der relational-feministischen Perspektive deutlich: sie berücksichtigt die tendenzielle Unterschiedlichkeit von Männern und

---

<sup>816</sup> Diesen Gedanken verdanke ich dem Referat von C. Klinger anlässlich der 7. Feministische Juristinnentagung 1998.

<sup>817</sup> So auch Meier-Seethaler, S. 219: „Die Forderung nach Neuverteilung der Arbeit wird bisher noch immer einseitig im Namen der Chancengleichheit für die Frauen erhoben. So können die an sich bitter nötigen Entlastungsprojekte wie Kinderkrippen, Tageskindergärten und Tageschulen vom Kern des Problems ablenken, nämlich von der *Auflösung der Rollenklischees beider Geschlechter, auch desjenigen des Mannes.*“ (Hervorhebung i.O.).

<sup>818</sup> Sokol, S. 294.

Frauen, die sich zumindest in der derzeitigen sozialen Realität nicht leugnen läßt. Indem der relational-feministische Ansatz diese Realität aufgreift und sie zum Ausgangspunkt seiner Rechtsanalyse macht, vermag er bisher unberücksichtigte Diskriminierungen von Frauen als solche zu benennen. Der Relational-Feminismus setzt insoweit einen richtigen Kontrapunkt zu liberal-feministischen Egalisierungsbemühungen und radikal-feministischer Geschlechterkampfmoral.

Zudem erhalten weibliche Denk- und Verhaltensmuster in dem Maße, in dem der relationale Feminismus mit seinem Programm der 'Relationalisierung' des Rechts erfolgreich ist, *Wertsetzungskompetenz*. Damit gewinnt die tendenziell weibliche Orientierung auch für Männer an Attraktivität. Schließlich verhilft die Fokussierung auf die Geschlechterdifferenz zu einer allgemeinen Differenz-Sensibilität, die dem geltenden Recht angesichts der zunehmenden kulturellen Vielfalt der Normadressaten ganz allgemein zugute kommen könnte.

Andererseits liegt in der These einer geschlechterdifferenten Identität auch ein beachtliches *Mißbrauchspotential*. Denn diese läßt sich – wie dies ein US-amerikanisches Gerichtsurteil bereits gezeigt hat<sup>819</sup> – leicht dafür benutzen, Frauen weiterhin zu benachteiligen<sup>820</sup>. Die Diskriminierung wird dabei zu einem 'Kompliment', verbunden mit einem Appell an die höhere Moral von Frauen, die sich in ihrer humaneren Orientierung nicht so leicht von den Verlockungen des individualistisch-kapitalistischen Systems blenden lassen (sollen). Theorien einer geschlechterdifferenten Moral laufen daher Gefahr, daß in der Rechtswirklichkeit ihre positive Besetzung der weiblichen Differenz für die Legitimation einer anhaltenden Hierarchie zwischen den Geschlechtern mißbraucht wird.

Auch bietet die Ethik der Fürsorge kein Instrumentarium zur Analyse

---

<sup>819</sup> In *EEOC v. Sears, Roebuck & Co.* hatte die 'Equal Employment Opportunity Commission' geklagt, weil die Warenhauskette Sears diejenigen Abteilungen, in denen die lukrativen Kommissionsverkäufe stattfanden, fast ausschließlich mit Männern besetzt hatte. Sears hielt dem erfolgreich entgegen, daß die weiblichen Verkäuferinnen aufgrund ihrer Personenbezogenheit und Beziehungsorientiertheit es vorziehen würden, in weniger kompetitiven Abteilungen zu arbeiten. Eine der Expertinnen für Sears, die Historikerin *Rosenberg*, benutzte die Werke *Gilligans* und anderer relationaler Feministinnen zur Untermauerung der These, daß Frauen und Männer nicht das gleiche Interesse und den gleichen Ehrgeiz im Bezug auf die Karriere im Erwerbsleben aufbrächten.

<sup>820</sup> Siehe *Nagl-Docekal*, Gleichbehandlung, S. 14 f.

und Verurteilung vom Diskriminierungsphänomen der Sexualisierung von Frauen durch Pornographie, Belästigung oder Vergewaltigung. Dazu bedarf es der Begriffe von 'Selbst', von 'Abgrenzung' und von 'Recht' viel eher als der Begriffe von 'Verbindung', 'Empathie' und 'Einführung'<sup>821</sup>.

Zudem riskiert der relationale Feminismus, die geschlechtsspezifische Wertorientierung zu einer anthropologischen Tatsache hochzustilisieren und damit *vorgefundene Geschlechterstereotypen zu zementieren*. Die Zuweisung relationalen Verhaltens an Frauen mag zwar eine treffende Beschreibung der jetzigen Realität sein; doch kann angesichts der geschichtlichen Kontingenz sozialen Verhaltens daraus nicht folgen, daß diese Wertorientierung naturgegeben sei. Die Betonung geschlechtsspezifischer Geschlechtscharaktere läßt sich auf das ausgehende 18. Jahrhundert, ihre Verfestigung auf die im Zuge der Industrialisierung erfolgte geschlechtsspezifische Arbeitsteilung beim gebildeten Bürgerstand zurückverfolgen<sup>822</sup>. Indem weibliche Fürsorglichkeit ein geschichtliches Produkt und damit ein kontingenter Faktor ist, und sie zudem als Mittel zur ideologischen Absicherung patriarchalischer Herr-

---

<sup>821</sup> „A conception of self as defined not through separation from but through interconnection with others is oddly unhelpful in deciding what is morally wrong with rape, abuse, and sexual harassment.“ *Moody-Adams*, S. 203. Vgl. zu diesem Kritikpunkt auch *Pauer-Studer*, S. 36.

<sup>822</sup> Vgl. z.B. *Hausen*, die eindrücklich nachzeichnet, wie erst im ausgehenden 18. Jahrhundert an die Stelle von *Standesdefinitionen* – also solchen, die sich auf Rechte, Pflichten und Verrichtungen innerhalb des Hauses bezogen – die *Charakterdefinitionen* von Mann und Frau traten. *Hausen* führt dies auf das Bestreben zurück, auch nach der französischen Revolution den eingeschränkten und untergeordneten Aktionsspielraum von Frauen zu legitimieren. Denn mit der Erfindung der Geschlechterpolarität konnten die von der Aufklärung als Ideal entworfene vernünftigen Persönlichkeit in eine männliche und weibliche Persönlichkeit unterteilt und damit die für wünschenswert erachtete männliche Vormachtstellung in Gesellschaft und Familie aufrechterhalten werden. Im Zuge der Industrialisierung konnte die Idee der Geschlechterpolarität nur an Attraktivität gewinnen: nicht nur hielt sie die bürgerlichen Frauen vom Arbeitsmarkt fern, sondern die den Frauen zugewiesenen Eigenschaften konnten so als erstrebenswert definiert und gleichzeitig in den außerfamilialen Gesellschaftsstrukturen als Störfaktoren eliminiert werden. Vgl. zur historischen Kontingenz der weiblichen und männlichen Geschlechtscharaktere und deren Instrumentalisierung zur Beibehaltung patriarchaler Herrschaftsstrukturen auch *Grossenbacher*, S. 80 ff.; *Mesmer*, S. 38 ff.; *Klein*, S. 73 ff.

schaft entlarvt werden muß<sup>823</sup>, wird sie als Grundlage einer spezifisch weiblichen Ethik der Fürsorge verdächtig. Sie vermag insoweit eine Theorie der Geschlechtergerechtigkeit samt dazugehöriger Rechtskritik nicht überzeugend zu begründen<sup>824</sup>.

Auch theorieimmanent sieht sich der Relational-Feminismus einem Einwand ausgesetzt: Wenn die weibliche Identität so eng mit den der Frau zugewiesenen Aufgaben in der Privatsphäre verknüpft ist, dann ist die Forderung nach der Anreicherung des Rechts um sozialtypisch weibliche Werte bei gleichzeitiger Beibehaltung der Rollenverteilung keine überzeugende Strategie zur Verwirklichung der Geschlechtergerechtigkeit<sup>825</sup>. Vielmehr müßte auch der relationale Feminismus die gleichmäßigere Verteilung der häuslichen Verantwortung auf Frauen und Männer anstreben. Die mit der Haus- und Familienarbeit verbundene Hoffnung auf eine 'Relationalisierung' der männlichen Identität verspricht hier viel eher einen Wandel Wertmaßstäbe im Recht, als er durch die Beibehaltung der Rollenverteilung realistisch ist.

#### **4. Zur Kritik an der radikal-feministischen Rechtskritik - Unentrinnbare Opferrolle der Frauen?**

Die radikal-feministische Rechtskritik fordert die Aufhebung der geschlechtsspezifischen Machtungleichheit. Da im radikal-feministischen Verständnis das Geschlecht nicht losgelöst von Hierarchie gedacht werden kann, bedingt dies gleichzeitig den Abschied von Geschlechtsrollenbilder jedwelcher Art. Die Frage nach den Unterschieden zwischen Männern und Frauen wird angesichts einer Situation sozial konstruierter Geschlechtlichkeit als unlösbar erkannt und dadurch letztlich auch überwunden. *Der radikal-feministische Ansatz bietet insoweit einen Ausweg*

---

<sup>823</sup> Vgl. dazu *MacKinnon, Feminism Unmodified*, S. 39: „Women value care because men have valued us according to the care we give them, and we could probably use some. Women think in relational terms because our existence is defined in relation to men.“

<sup>824</sup> Kritisch zu einem 'weiblichen Recht' aus diesen Gründen auch *Gerhard, Gleichheit*, S. 206.

<sup>825</sup> An dieser Stelle sei auch nochmals das Stichwort der 'Feminisierung der Armut' aufgeworfen, welche zu weiten Teilen als Ausfluß der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung gesehen werden muß. Vgl. dazu *Mahrer*, S. 259.

aus der Dichotomie von Gleichheit und Differenz<sup>826</sup>.

Eine weitere Stärke der Dominanztheorie liegt darin, daß sie mit ihrer Bezugnahme auf die Machtungleichheit zwischen den Geschlechtern im Rahmen von Gleichbehandlungsfragen eine überzeugende Analyse der unterschiedlichen Bedeutung gleicher Situationen je nach der geschlechtlichen Zuordnung ermöglicht. Denn wenn Frauen an ihrem Arbeitsplatz ein Pinup von Männern aufhängen oder einen auf Frauen beschränkten Verein gründen, dann hat das durch die Einbettung in den Rahmen männlich dominierter Sozialbeziehungen eine andere *Bedeutung*, als wenn Männer entsprechendes tun. Solche Bedeutungsunterschiede können weder mit liberal-, noch mit relational-feministischer Perspektive gleich befriedigend erfaßt werden wie im radikalen Feminismus.

Außerdem vermag der radikale Feminismus besser als die anderen Ansätze frauenspezifische Wirklichkeiten als Diskriminierung zu benennen. Bei einem Konzept von Gleichheit als Verbot unsachlicher Differenzierung (liberaler Feminismus) oder als Verbot der Abwertung weiblicher Differenz (relationaler Feminismus) fallen nämlich ganz wesentliche Unterdrückungsmechanismen aus der Gleichstellungsproblematik heraus. Es sind dies all jene, die zur Verdinglichung von Frauen beitragen, etwa die Pornographie und die Prostitution, aber auch die sexuelle Gewalt gegen Frauen. Eine 'Gleichheit in der Differenz' hilft hier nicht weiter. Ebenso wenig werden diese Praxen durch das Verbot unsachlicher Differenzierung erfaßt. Denn dieses setzt voraus, daß Frauen und Männer sich in der gleichen Situation befinden und sodann ein Geschlecht trotz dieser vergleichbaren Situation anders behandelt wird. Wo aber eine Situation überhaupt nur auf Frauen zutrifft, fehlt es an der Vergleichsmöglichkeit und somit an der Möglichkeit einer Feststellung unsachlicher Differenzierung. Damit wird ignoriert, daß die Konzeption von Frauen als Objekte sexueller Begierde, die man(n) sich erkaufen (Pornographie, Prostitution) oder mit Gewalt aneignen kann (Vergewaltigung) und die vor allem jederzeit auf ein solches Objekt reduzierbar sind (sexuelle Belästigung), der Gleichstellung der Geschlechter in fundamentalster Weise entgegensteht<sup>827</sup>. *Die Verdinglichung von*

---

<sup>826</sup> Nagl-Docekal, Gleichheit, S. 18.

<sup>827</sup> Zu den Studien, die belegen, daß die Vergewaltigungsprävalenz in einer Gesellschaft in dem Maße abnimmt, in dem egalitäre Geschlechtsrollendefinitionen an Einfluß gewinnen, vgl. die Nachweise bei Godenzi, Gewalt, S. 162; Heili-

*Frauen verhindert ihren Status als Subjekt und damit ihre Anerkennung als Gleichberechtigte.* Gleichstellungskonzepte, welche diese Phänomene nicht als Diskriminierung wahrnehmen, werden der Geschlechterproblematik nicht gerecht und vermögen letztlich auch kein überzeugendes Programm für eine geschlechtergerechte Gesellschaft zu entwerfen.

Allerdings hat auch die radikal-feministische Analyse ihre Schwächen. Zunächst ist fraglich, ob die Konstruktion von Sexualität als Hierarchie wirklich als Motor für alle anderen gesellschaftlichen Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern angesehen werden kann<sup>828</sup>. Ob die Sexualität als Hierarchie die gesellschaftliche Ungleichheit bewirkt oder umgekehrt die bestehende Ungleichheit das hierarchische Verständnis von Sexualität ermöglicht: Diese Frage nach dem Huhn und dem Ei auf der Ebene des Geschlechterverhältnisses läßt sich nicht in der Eindeutigkeit beantworten, die der radikal-feministische Ansatz praktiziert.

Problematisch erscheint auch die Annahme, daß Frauen aus ihrer Subordination grundsätzlich nicht heraustreten können (*Unentrinnbarkeitsthese*)<sup>829</sup>. Auf der Erkenntnisebene wird damit erklärungsbedürftig, wie es überhaupt zu einer weiblichen Perspektive kommen kann<sup>830</sup>. Auf der ideologischen Ebene entsteht die Schwierigkeit, daß eine feministische Strategie der kleinen Schritte von vornherein entwertet wird. Wenn die männliche Dominanz jeden Aspekt des Geschlechterverhältnisses durchdringt und somit ein geschlossenes System darstellt, muß jeder emanzipatorische Ansatz, der nicht auf die vollständige Überwindung der sozialen Rahmenbedingungen abzielt, als illusionär erscheinen. Die stufenweise Besserstellung von Frauen seit der Suffragettenbe-

---

ger/Engelfried, S. 65.

<sup>828</sup> Vgl. zu diesem Kritikpunkt auch Sunstein, S. 847: „Women have been oppressed in nonsexual ways, and men receive much more from gender inequality than sex on their own terms.“

<sup>829</sup> MacKinnon verweigert die positive Skizzierung einer sozialen Ordnung, die frei von männlicher Dominanz ist: „Audiences want to hear about the design of life after male supremacy. [...] This requests a construction of the future in which the present does not exist, under existing conditions...the 'let's pretend' strategy is idealist and elitist both...maybe one reason why liberalism accomplishes so little is that it is designed to serve those who want to think or say or imagine they are doing good more than they want to do it.“ dies., *Feminism Unmodified*, S. 219. Zur Kritik an der Unentrinnbarkeitsthese siehe Cornell, *Sexual Difference*, S. 2247. Skeptisch auch Colker, S. 1154.

<sup>830</sup> Siehe Colker, S. 1151.

wegung im 19. Jahrhundert läßt sich dann schlecht als wirkliche Verbesserung würdigen; sie erscheint lediglich als eine andersartige Ausgestaltung der gleichbleibenden allumfassenden Dominanz von Männern. Insofern setzt sich der radikal-feministische Ansatz mit seiner praktischen und transformativen Rechtskritik in Widerspruch mit seiner eigenen theoretischen Grundlage. Auf der psychologischen Ebene schließlich läßt die Unentrinnbarkeitsthese kaum Raum für das notwendige weibliche Selbstbewußtsein zum aktiven Einsatz für mehr Geschlechtergerechtigkeit<sup>831</sup>.

## 5. Zur Kritik an allen Rechtskritiken - die Partialität der Weiblichkeitsvorstellung

Als Kritik gegenüber allen drei Ansätzen ist festzuhalten, daß deren jeweilige Weiblichkeitsvorstellung nur immer einen Ausschnitt der vorfindbaren Realität erfaßt. Damit werden alle drei Ansätze – je für sich genommen – weder der Verschiedenheit unter Frauen noch der Verschiedenheit der Situationen, in denen sich die Frage des Geschlechterverhältnisses stellt, gerecht. In der Einseitigkeit des jeweiligen Frauenbildes liegt eine Bevormundung der einzelnen Ansätze insoweit, als jede begrenzte Charakterisierung des Frauseins gleichzeitig ein Urteil über das Uncharakteristische andersartiger Weiblichkeit in sich trägt: Wer Frauen als Opfer sieht, hält Machtbewußtsein für ein falsches Bewußtsein (*false consciousness*); wer Frausein mit Beziehungsorientierung verbindet, hält aggressive Geschäftsfrauen für Opfer männlicher Erwartungen; wer frauliche Selbstverwirklichung in der Marktteilnahme sieht, hält Familienzentriertheit für ein Problem. *Frauen, die sich in der Absolutheit der jeweiligen Weiblichkeitsvorstellung nicht wiederfinden, bleiben so ausgegrenzt.* Damit wird gleichzeitig die volle Ausschöpfung der Handlungsoptionen zur Entwicklung einer selbstbestimmten weiblichen Identität verhindert. Feminismus als Bewegung, welche eine Geschlechtergerechtigkeit anstrebt, kann es sich aber nicht leisten, auf Handlungsoptionen zu verzichten.

---

<sup>831</sup> Siehe dazu *Cornell, Sexual Difference*, S. 2249; *Harris*, insb. S. 613. Differenzierter *Abrams, Sex Wars Redux*, S. 354 ff.f

### III. Schluß: Feministische Jurisprudenz als Prozeß

Abschließend gilt es, auf einen letzten Gesichtspunkt hinzuweisen: *Feministische Jurisprudenz sollte in erster Linie als Prozeß verstanden werden.* So hat beispielsweise erst die weitgehende Verwirklichung der formalen rechtlichen Gleichbehandlung der Geschlechter zu der Erkenntnis geführt, daß formal gleiches Recht noch keine tatsächliche Gleichstellung bewirkt. Gleichstellung ist ein Projekt, das mit einer Strategie der kleinen Schritte vorankommt. Insofern muß die feministische Jurisprudenz immer wieder auf Bedingungsänderungen und Problemverschiebungen reagieren und nach neuen Lösungsstrategien suchen.

Die Prozeßhaftigkeit der feministischen Jurisprudenz wird durch die verschiedenen feministischen Rechtskritiken zusätzlich unterstrichen. So hat erst der (zeitlich spätere) relational-feministische Ansatz die Problematik einer 'differenzblinden' liberal-feministischen Rechtskritik deutlich gemacht. Demgegenüber verhilft die radikal-feministische Analyse zur Einsicht, daß die weibliche Fürsorglichkeit das Resultat einer patriarchalischen Gesellschaftsordnung ist, welche Frauen in den Bereich der Haus- und Familienarbeit verdrängte, weshalb gegenüber der geschlechtsspezifischen Wertorientierung Skepsis angebracht ist.

So sehr die feministische Jurisprudenz aufgrund der in ihr vereinten Diskurse einem ständigen Erkenntniswandel unterworfen ist, so unverändert bleibt ihre *Methode der Rechtsanalyse aus geschlechtsspezifischer Sicht und ihr Ziel der Formulierung eines geschlechtergerechten Rechts.* Die Betonung von Methode und Perspektive mag diejenigen enttäuschen, die mit der Erwartung einer 'richtigen' feministischen Antwort auf rechtliche Einzelfragen an die feministische Jurisprudenz herantreten. Die Prozeßhaftigkeit ist aber gleichzeitig die größte Stärke und wichtigste Erkenntnis der bisherigen Entwicklung, denn sie sichert die dauerhafte Bedeutung feministischer Jurisprudenz jenseits tagespolitischer Probleme in einer durch positives Recht geprägten sozialen Ordnung. Wenn diese Anwendungsstudie ein solches Verständnis feministischer Jurisprudenz als eines ergebnisoffenen, verschiedene Perspektiven kombinierenden Prozesses vorführen konnte, hat sie jenseits der exemplarischen Lösungsvorschläge zum feministischen Vertragsrecht ihr wichtigstes Ziel erreicht.

## SACHVERZEICHNIS

- Affirmative Action 79 Fn. 288  
Animus-Based Discrimination 71  
Anspruchsdenken 132 ff., 138 ff.,  
150 f., 230  
Anstellungsdiskriminierung 77  
Arbeitsteilung 268, 271  
Arbeitsvertrag 60 ff., 192  
- Abschlußvermutung 214 f., 217  
- Anstellungsdiskriminierung 77  
- Arbeitszeugnis 223  
- Bestandsschutz 105  
- Gesamtarbeitsvertrag 222  
Assoziationsfreiheit 88  
Aufklärung 205  
Außerordentlicher Beitrag 215, 217,  
220 ff.  
Auslegung  
- 'status-quo'-orientierte ~ 94  
- feministische Rechtsdogmatik  
44 ff., 53  
- gleichstellungskonforme ~ 3, 59,  
74, 83  
- historische ~ 42, 75  
- Indeterminacy Critique 42  
- verfassungskonforme ~ 77  
- vernünftige Person 148
- Beischlafspflicht 244 ff.  
- Auswirkungen 248 f.  
- Machtrelevanz 252 ff.  
Berufsverband 90  
Beschaffungswesen 78 ff.  
Betrag zur freien Verfügung 215, 217,  
219, 226 ff., 230, 258  
Beweis 103 ff., 176 ff., 186, 189  
- Beweisbegriff 189  
- Beweiserleichterung 103 ff., 189 f.,  
192, 196 f.  
- Beweislast 116, 120, 176 ff., 186,  
189  
- Beweislastumkehr 94, 178 f.
- Beweismaß 176 ff., 186, 190  
- Glaubhaftmachung 104, 177, 179,  
196 f.  
- Gleichheitsrecht 178 f.  
- Persönlichkeitsrecht 179  
- sexuelle Belästigung 176 ff.  
Boycottrechtsprechung 85  
Bürgerschaftsfälle 149 Fn. 479
- Chancengleichheit  
- Begriff 35 Fn. 146  
- Beschaffungswesen 78 ff.  
- Bildungssektor 80  
- Gleichstellungsgesetz 76 ff.  
- Verfassungsrecht 75 f.  
- Völkerrecht 72 ff., 80  
Coiffeur 65, 67, 92  
Consciousness-Raising 48 f.  
Critical Legal Studies 1, 41 ff.  
Culpa in contrahendo 117
- Dekonstruktion 1, 22, 41  
Deliktshaftung 116 ff.  
Diskriminierung  
- Arbeitsverhältnis 60 ff., 83 f.  
- Dienstleistungen 65 ff.  
- Gesamtarbeitsvertrag 60  
- indirekte ~ 62, 194  
- Kaufvertrag 69  
- Konventionalstrafe 79  
- Lohnungleichheit 60  
- Männerdiskriminierung 78  
- Mitgliedschaft 63 ff., 84 ff.  
- Nachtarbeitsverbot 61  
- Preisdiskriminierung 65 ff., 84 ff.  
- soziale Hierarchisierung 38  
- Strafentschädigung 102  
- strukturelle ~ 63, 83, 107  
- unsachliche Differenzierung 38,  
273  
- Versicherungsprämien 68 f., 92 f.

- Diskriminierungsverbot
- Beweis 103 ff., 196 f.
  - Entschädigungspflicht 101 ff.
  - Gleichstellungsgesetz 76 ff., 96, 192 ff.
  - Kanada 67 Fn. 259, 96 Fn. 332
  - kodifiziertes ~ 94 ff.
  - Kontrahierungszwang 98 ff.
  - Kündigungsverbot 98 ff.
  - Radikaler Feminismus 192 ff.
  - USA 65 Fn. 244, 67 Fn. 259, 96 Fn. 332
  - Zivilgesetzbuch 194 ff.
- Dominanz 162, 198, 241. 255 ff., 272
- Dominierungsverbot 38 Fn. 159, 162 Fn. 520
- Doppelbelastung 9, 214
- Ehe
- Chancengleichheit 223
  - eheliche Gemeinschaft 227 Fn. 728, 242
  - Mitarbeitspflicht 214
  - sexuelle Gewalt 248 Fn. 788
  - sexuelle Pflichten 242 ff.
  - Vergewaltigung 245, 257
- Ehebruch 242 ff.
- Auswirkungen 247 f.
  - Machtrelevanz 252 ff.
  - Scheidungsgrund 242, 247
- Eherecht
- liberaler Feminismus 210 ff.
  - Patriarchat 204 ff.
  - radikaler Feminismus 241 ff.
  - relationaler Feminismus 224 ff.
  - weibliche Erwerbstätigkeit 212 ff.
- Eheschutzrichter 230
- Emanzipation 14
- Emotionalität 127 ff., 131
- Beeinträchtigung 127 ff.
  - emotionale Vernunft 147
- Erkenntnistheorie, feministische ~ 47 ff.
- Errungenschaftsbeteiligung 232, 236 f., 238
- Ethik der Fairneß 37
- Ethik der Fürsorge 15 f., 37, 130, 270 f.
- Ethik der Rechte 16
- Exemplary Damages 102
- Familienarbeit 18, 222, 224 ff.
- gesetzliches Leitbild 218 ff.
  - Gleichverteilung 213
  - marxistischer Feminismus 18
  - relationaler Feminismus 225 ff.
- Feminismus
- anarchischer ~ 24 f.
  - anti-essentialistischer ~ 22 f.
  - Eherecht 203 ff.
  - existentialistischer ~ 23 f.
  - Feminismusbegriff 5 f., 8, 10, 26 f.
  - Feministische Jurisprudenz 27 ff.
  - Frauenbewegung 5 ff. 10 f.
  - liberaler ~ 13 f.
  - marxistischer ~ 17 f.
  - ökologischer ~ 25
  - politische Theorie 161 Fn. 516
  - postmoderner ~ 21 f.
  - psychoanalytischer ~ 16 f.
  - radikaler ~ 18 f.
  - relationaler ~ 14 f.
- Feministische Erkenntnistheorie 47
- Feministische Jurisprudenz 27 ff.
- Begriff 29
  - Inhalte 28 f., 261
  - Prozeß 275
- Feministische Rechtsdogmatik 44 ff.
- Auslegung 46 f.
  - Begriff 28 f.
  - Systematisierung 44 ff.
- Feministische Rechtskritik
- Begriff 28
  - Critical Legal Studies 41 ff.
  - Essentialia 262 ff.
  - Grundlinien 29 ff.
  - liberaler Feminismus 33 ff., 262 f.

- Methode 29 ff.
- Neutralitätskritik 30 f., 262 ff.
- postmoderner Feminismus 39 ff.
- radikaler Feminismus 38 f., 263 f.
- relationaler Feminismus 36 ff., 263
- Zielsetzung 264 f.
- Feministische Rechtstheorie
  - Begriff 29
  - Erkenntnistheorie 47 ff.
  - Gerechtigkeitstheorie 49 f.
- Feministische Vernunftkritik 112 Fn. 370, 125 f.
- Feministische Wissenschaftskritik 11 f.
- Frau, Begriff der ~ 15, 20, 31 f., 261, 266 f.
- Frauenbewegung
  - alte ~ 6 ff.
  - Feminismus 5 ff.
  - Internationalisierung 8 f.
  - neue ~ 9 ff.
  - theoretische Dimension 10 f.
- Frauenförderung 105 ff.
  - Bildungssektor 80
  - Finanzhilfe 76
- Frauenforschung
  - Begriff 11
  - neue Frauenbewegung 10
- Frauenrecht 44 ff.
- Frauenstimmrecht 8
  
- Geburtenrecht 45
- Gender Tax 66
- Genugtuung 93, 98, 127 ff., 150, 152 ff., 195
  - Arten 153 f.
  - Diskriminierungsverbot 101 ff., 196
  - neue Voraussetzungen 152 ff., 196
  - Neuformulierung 153, 196
  - Revision 137 Fn. 440
  - sexuelle Belästigung 195 f.
- Gerechtigkeitstheorie, feministische ~ 49 f.
- Gericht
  - Klagen auf Betrag zur freien Verfügung 230
  - männliche Arena 144
- Gesamtarbeitsvertrag 222
- Geschlecht
  - Bedeutung 31 f.
  - Begriff der Frau 15, 20, 31 f., 261, 266 f.
  - Geschlechterdifferenz 14, 36, 109, 121, 132 Fn. 430, 230, 269 ff.
  - Geschlechtsverkehr 245 f., 254
  - Geschlechtsvormundschaft 204
  - Hierarchie 19, 181 f.
  - Neutralität des Vertragsrechts 82
  - sexuelle Belästigung 183
  - Sprache des Rechts 58, 78, 82
- Gesellschaftstheorien 161 Fn. 516
- Gesetz
  - Appellfunktion 259
  - Leitbildfunktion 223, 259
  - Sperrklingeneffekt 259
- Glaubhaftmachung 104, 177, 179, 186, 189, 196 f.
- Gleichstellung
  - Chancengleichheit 33
  - Dominierungsverbot 38 Fn. 159, 162 Fn. 520
  - Ergebnisgleichheit 45 Fn. 146
  - formellrechtliche ~ 57
  - Hierarchisierungsverbot 38, 43, 198
  - Konventionalstrafe 79
  - liberaler Feminismus 43, 59, 108, 273
  - radikaler Feminismus 38, 43
  - relationaler Feminismus 43
  - tatsächliche ~ 76, 178
  - unsachliche Differenzierung 38, 273
- Gleichstellungsartikel der BV 57, 75 f., 95 f., 178, 192

- Gleichstellungsgesetz 58, 76 ff., 96
- Beweis 76, 103, 186
  - Klagen 96 Fn. 329
  - Kontrahierungszwang 98 ff.
  - Kritik am ~ 98 f., 181, 186
  - Kündigungsverbot 98 ff.
  - liberaler Feminismus 76 ff.
  - radikaler Feminismus 180 ff., 192 ff.
  - Schlichtungsverfahren 141 Fn. 454
  - Sexualität 182 ff.
  - sexuelle Belästigung 180 ff.
  - Sprache 58, 78
- Gütergemeinschaft 236
- Güterrecht 222 ff.
- Gütertrennung 227 Fn. 728
- Haftpflichtrecht, Revision 118, 137  
Fn. 440
- Handels- und Gewerbebefreiheit 85
- Hausarbeit 18, 235 f., 224 ff.
- Hausfrau
- Hausfrauenarbeit 226
  - Hausfrauenehe 222
  - Hausfrauenlohn 18, 235 f.
  - Hausfrauenrecht 45
- Hierarchisierungsverbot 38, 43, 162, 198
- Hilfspersonenhaftung 194
- Homosexualität 23, 164, 183 f.
- Hostile Working Environment 184
- Indeterminacy Critique 42
- Indirekte Diskriminierung 62, 194
- Inkorporationstheorie 74
- Internationale Arbeitsorganisation 72 f.
- Kleideränderung 65
- Kleiderreinigung 66
- Konfliktbereitschaft 132 ff., 138 ff., 150 f., 155 ff.
- Konfliktlösung 133 ff.
- Kontextsensibilität 36, 123
- Kontrahierungszwang 93 f., 98 ff.
- Konventionalstrafe 79
- Krankentaggeldversicherung 61
- Kündigungsverbot 98 ff.
- Laufende Errungenschaftsbeteiligung 236 f.
- Leistungsstörung 132 ff.
- Leitbildfunktion 223
- Liberaler Feminismus 13 f., 59
- Arbeitsverhältnis 72 ff.
  - Chancengleichheit 33 ff.
  - Diskriminierungsthese 59 ff., 211 ff.
  - Diskriminierungsverbot, kodifiziertes ~ 95 ff.
  - Eherecht 210 ff.
  - Erwerbsleben 59, 212 ff., 216, 218 ff.
  - Familienarbeit 218 ff.
  - Forderungen *de lege ferenda* 95 ff., 217 ff.
  - Frauenförderungsmaßnahmen 105 ff.
  - Gleichstellungsgesetz 76 ff.
  - klassischer ~ 33 f.
  - Menschengleichheit 13 f.
  - moderner ~ 34 ff.
  - Möglichkeiten *de lege lata* 83 ff., 217
  - Neutralitätskritik 262 f.
  - Quoten 105 ff.
  - Rechtskritik 33 ff.
  - Schuldvertragsrecht 59 ff.
  - Sozialstaat 35
  - Vertragsfreiheit 262 f.
  - weibliche Erwerbstätigkeit 210, 218
- Liberalismusbegriff 33 Fn. 135
- Lohnanspruch für Hausarbeit 18, 235 f.
- Lohnleichheit 75 f.
- Gesamtarbeitsvertrag 60

- Statistiken 60
- Männerdiskriminierung 78
- Mediation 37, 155 ff.
  - Begriff 155 f.
  - Frauenfreundlichkeit 158
  - Mediationsgesetz 155 ff.
- Meinungsäußerungsfreiheit 188
- Menschengleichheit 13 f.
- Menschenwürde 33, 170 Fn. 550
- Mitgliedschaftsdiskriminierung 63 ff., 84 ff., 188
  - Kontrahierungszwang 93 f., 98 ff.
  - Kündigungsverbot 98 ff.
  - Persönlichkeitsrecht 88 ff.
  - Uno-Frauenübereinkommen 80 f.
  - USA 65 Fn. 244
  - Verbot *de lege lata* 84 ff.
- Mittelbare Drittwirkung 77, 85
- Mobbing 184
- Monopol 89
- Muntehe 204
- Nachtarbeitsverbot 61 f.
- Naturrecht 204 f.
- Neue Frauenbewegung 10
- Neutralitätskritik 30 f., 262 ff.
- Norwegisches Frauenrecht 44 ff.
- Öko-Feminismus 25 f.
- Ökonomische Analyse des Rechts 1
- Patriarchat 41
  - Begriff 18 f.
  - Eherecht 204 ff.
  - radikaler Feminismus 18
- Personenwürde 86
- Persönlichkeitsrecht
  - Assoziationsfreiheit 88
  - Grundrechte 85
  - Güterabwägung 87 ff.
  - Kontrahierungszwang 93 f., 98 ff.
  - Mitgliedschaftsdiskriminierung 85 ff., 88 ff.
- neues Diskriminierungsverbot 97 ff.
- Normzweck 86
- Preisdiskriminierung 85 ff., 91 ff.
- radikale Kritik 170 ff., 180
- Rechtfertigungsgründe 87
- sexuelle Belästigung 170 ff., 181 f.
- Vertragsfreiheit 88
- Vertragsverweigerung 85 ff.
- Politische Theorie 161 Fn. 516
- Pornographie 19, 169, 253
- Postmoderner Feminismus
  - Begriff 21 f.
  - Rechtskritik 39 ff.
- Poststrukturalismus 21
- Praktische Vernunft 127
- Preisdiskriminierung 65 ff., 84 ff., 188
  - Kontrahierungszwang 93 f., 98
  - Kündigungsverbot 98
  - Persönlichkeitsrecht 91 ff.
  - Uno-Frauenübereinkommen 80 f., 91
  - Verbot *de lege lata* 84 ff.
  - Vertragsverweigerung 84 f.
- Prostitution 169, 253
- Punitive Damages 102
- Quoten 105 ff., 267
  - liberaler Feminismus 107
  - Quoteninitiative 106
  - Verfassungsmäßigkeit 105 f.
- Radikaler Feminismus
  - Begriff 18 ff.
  - Diskriminierungsthese 163 ff., 242 ff.
  - Diskriminierungsverbot, kodifiziertes ~ 192 ff.
  - Eherecht 241 ff.
  - Forderungen *de lege ferenda* 190 ff., 256 f.
  - Geschlechterhierarchie 18 ff.

- Gleichstellungsgesetz 192 ff.
- Möglichkeiten *de lege lata* 188 ff., 256 f.
- Neutralitätskritik 263 f.
- Patriarchat 18
- Rechtskritik 38 f.
- Schuldvertragsrecht 161 ff.
- Sexualität 19, 252 ff.
- sexuelle Belästigung 163 ff.
- Rassendiskriminierung 91 f.
- Rationalitätskritik 111 ff.
- Rationalitätsverständnis 116
- Recht zur Berufsausübung 212, 217 f.
- Rechtsdogmatik, feministische ~ 44 ff.
- Rechtskritik, feministische ~ 29 ff.
- Rechtssoziologie 58 Fn. 220
- Rechtstheorie, feministische ~ 46 ff.
- Relationaler Feminismus 13 ff.
  - Anspruchsdenken 132 ff.
  - Diskriminierungsthese 110 ff., 225 ff.
  - Eherecht 224 ff.
  - Ethik der Fürsorge 15 f., 37, 130, 270 f.
  - Familienarbeit 225 ff.
  - Forderungen *de lege ferenda* 151 ff., 234 ff.
  - Genugtuung 127 ff., 152 ff.
  - Konfliktbereitschaft 132 ff.
  - Liberalismus 160 f., 200
  - Möglichkeiten *de lege lata* 145 ff., 232 ff.
  - Neutralitätskritik 263
  - Rationalitätskritik 111 ff.
  - Rechtskritik 36 ff.
  - Schadenersatz 127 ff.
  - Schlichtungsverfahren 141 f.
  - Schuldvertragsrecht 109 ff.
  - Sühneverfahren 139 ff.
  - Teilung des Erwerbseinkommens 237 f.
  - Vergleich 142
- vernünftige Person 113 ff.
- Vernunftkritik 111 ff., 136 ff., 145 ff., 152 ff.
- vertragliche Verantwortlichkeit 127 ff., 137 ff., 149 f., 152, 155 ff.
- Wirtschaftsliberalismus 160 f., 200
- Rentenanspruch 247
- Rotary Club 63, 65 Fn 244
- Schadenersatz 93, 97 f., 101 ff., 115 f., 127, 131, 150, 195
  - Ferienwohnungsfälle 129 ff.
  - Geschlecht 131
- Scheidungsrecht, neues ~ 243
- Schlichtungsverfahren 141 ff.
- Schuldvertragsrecht
  - feministische Forderungen 95 ff., 151 ff., 199 f.
  - Kritik 59 ff., 109 ff., 161 ff., 198 f.
  - liberaler Feminismus 82 f.
  - radikaler Feminismus 161 ff.
  - relationaler Feminismus 109 ff.
- Schwangerschaft 34 Fn. 140, 35, 77 f.
- Segregation des Arbeitsmarktes 62 f.
- Selbsterfahrung 9 Fn. 33
- Sexismus 115
- Sexualität 10, 19, 169, 182 ff., 252 ff.
  - Geschlechterhierarchie 19
  - Gleichstellungsgesetz 182 ff.
  - Macht 252 ff.
  - neue Frauenbewegung 10
  - radikaler Feminismus 19, 252 ff.
  - Sexualisierung 169
  - Weiblichkeit 19
- Sexuelle Belästigung 163 ff., 188 f., 191, 241
  - Begriff 169, 191 f.
  - Beweis 176 ff., 186, 189
  - Definition 191, 195
  - Diskriminierungsverbot 191 ff.
  - Einwilligung 174
  - Erfahrung 163 ff.
  - Folgen für die Betroffenen 167 ff.

- Frauenselbsterfahrung 48 Fn. 203
- Genugtuung 155, 195
- Geschlecht 164, 169, 182 ff.
- Gleichheitsrecht 169, 180, 188 f., 191, 273
- Gleichstellungsgesetz 180 ff.
- Häufigkeit 165 Fn. 534, 169
- Macht 164, 169
- Obligationenrecht 181
- Persönlichkeitsrecht 170 ff.
- Wahrnehmung 166, 268
- Wirkung 167 ff.
- Zivilgesetzbuch 194 ff.
- Sexuelle Gewalt
  - Ehe 248 Fn. 788,
  - Macht 252
- Sonderbeziehung, vertragliche ~ 117
- Sozialstaat 35, 269
- Sprache des Rechts 58, 78, 82
- Standpunkttheorie 48 f.
- Statistical Discrimination Theory 70
- Strukturelle Diskriminierung 63, 83, 107
- Subjektive Rechte 132, 138
- Sühneverfahren 139 ff.
  
- Teilzeitarbeit 61, 267
  
- Uno-Frauenübereinkommen 73, 80 ff., 91, 95 f.
- Uno-Menschenrechtspakt 72 f.
- Unterhalt der Familie 212, 217 ff., 226, 238 f.
- Unterhaltsanspruch 247
- Unternehmen 80
  
- Verantwortlichkeit
  - männliche Konnotation 131 ff.
  - materialistische Ausrichtung 127 ff.
  - Vertragsrecht 127 ff., 137 ff., 149 f.
- Verein 64, 80, 82, 90 Fn. 315, 103
- Vergewaltigung 31, 241, 245, 253, 257
  
- Vergleich 142 f.
- Vernunft 111 ff., 145 ff., 152 f.
  - emotionale ~ 147
  - feministische Vernunftkritik 112 Fn. 370, 125
  - männliche Konnotation 112 f., 122
  - Neudefinition 146 f.
  - Paradigma des Rechts 111 ff.
  - praktische ~ 127
  - soziale Schicht 122 f.
  - Vernunftrecht 204
  - Vertrag 111 ff., 136 f., 145 ff.
- Vernünftige Person
  - Eigenschaften 121 ff.
  - Leitbild 113 ff.
  - männliche Konnotation 122
  - Neudefinition 148 ff.
  - relationaler Feminismus 113 ff.
  - soziale Schicht 122 ff.
  - Subjektivierungstendenzen 123 Fn. 402
  - vernünftiger Mann 114 f.
  - vertragliche Drittschutzwirkung 115 ff.
- Versicherungsprämien 68 ff., 92 f.
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 115 ff., 146
- Vertragliche Sonderbeziehung 117
- Vertragsfreiheit 88, 199, 262 f.
  - Beschränkung 77
  - Persönlichkeitsrecht 88
- Vertragshaftung 116 ff.
- Vertragsverweigerung 84 ff.
- Völkerrecht 72 ff., 80 f.
  - direkte Anwendbarkeit 73 f., 81
  - programmatischer Charakter 75, 81
  
- Weiblichkeit 266, 275
  - liberaler Feminismus 266
  - Postmoderne 21 f.
  - radikaler Feminismus 20, 267

290

- relationaler Feminismus 15, 266
- Vernunft 112

Wirtschaftsliberalismus 200

Wissenschaftskritik, feministische ~  
10 ff.

Wohl- und Wehe-Rechtsprechung  
121 Fn. 399

Zahlungsfristen 222

Zunftgenossenschaften 63