

---

Vorlesung  
Legal Gender Studies  
Theoretische Grundlagen der  
Geschlechterstudien im Recht

---

Dr.iur. Michelle Cottier MA

---

# 3. Gleichheit und Freiheit

3.1. Grundprobleme von Gleichheit

3.2. Gleichheit und Differenz

3.3. Das (männliche) Rechtssubjekt

3.4. Beispiel Vertragsfreiheit



Olympe de Gouges  
(1748-1793)

---

## 3.1. Grundprobleme von Gleichheit

- Gleichheitsdenken als Errungenschaft der europäischen Aufklärung (17./18. Jhdt.)
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)
- Olympe de Gouges: Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne (1791)

## 3.1. Grundprobleme von Gleichheit

- Geschlechterdifferenz und anfänglicher Ausschluss von den gleichen Rechten
- Begründung des politischen Ausschlusses mittels Biologie und Medizin
  - Entstehung einer weiblichen Sonderanthropologie (Honegger Claudia, Die Ordnung der Geschlechter, 1991, 126ff.)
  - Vom Ein- zum Zweigeschlechtsmodell (Laqueur Thomas, Auf den Leib geschrieben, 1992, S. 221ff.)

---

## 3.1. Grundprobleme von Gleichheit

*Jean Jacques Rousseau, Emile, oder Über die Erziehung, 1755*

„In allem was mit dem Geschlechte nicht zusammenhängt, ist die Frau Mann. Da wo die Frau Mensch ist, wird sie zum Mann.“

---

## 3.1. Grundprobleme von Gleichheit

„Die Geschlechterdialektik der Aufklärung“  
(Maihofer):

„Der Diskurs der Gleichheit (mit dem die gleichen Rechte aller begründet wird) und der Diskurs der Geschlechterdifferenz (mit dem der Ausschluß der Frauen legitimiert wird) entstehen nicht nur historisch gleichursprünglich, sie sind gleichsam konstitutiv miteinander verwoben.“ (161)

---

## 3.2. Gleichheit und Differenz

„Gleiches ist nach Maßgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Maßgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.“

Aristoteles, Nikomachische Ethik, Fünftes Buch, 1130b, 1131a.



---

## 3.2. Gleichheit und Differenz

Ziel von Frauenpolitik:

Gleichheit ohne Angleichung (Gerhard)

„Gleichberechtigung bedeutet keineswegs Angleichung an die Mannesstellung.“

---

## 3.2. Gleichheit und Differenz

Problem: Denken in Gleichheit und Differenz begünstigt Kategorisierungen und Naturalisierungen

- Deutschland:  
BVerfGE 85, 191 (Nachtarbeitsverbot „Eine Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht anknüpft, ist mit Art. 3 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist.“

---

## 3.2. Gleichheit und Differenz

- Schweiz (vgl. [www.bger.ch](http://www.bger.ch))  
BGE 126 I 1, 3: „Eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau ist nur noch zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen.“

---

## 3.3. Das (männliche) Rechtssubjekt

### Art. 11 Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Abs. 1: Rechtsfähig ist jedermann.

Abs. 2: Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.

---

## 3.3. Das (männliche) Rechtssubjekt

### Das autonome Subjekt

„Autonomie heisst genau genommen nicht Selbständigkeit oder Eigenständigkeit, wie meist angenommen, sondern Selbstgesetzgebung, d.i. freiwillige Unterwerfung unter das (selbst)gegebene Gesetz, und impliziert folglich dieselbe Dialektik von Herrschaft und Unterwerfung wie das moderne Subjekt, zu dessen Diskurs dieser Begriff ja auch als zentraler Topos gehört.“ (Maihofer 1995, S. 115)

---

## 3.4. Beispiel Vertragsfreiheit

- Die gewöhnliche, „vernünftige“ Vertragspartei: rational handelnd, auf den Eigennutz bedacht.
- Kritik z.B. Emmenegger, STREIT 2004, 51ff.: (Rechtsprechung zu Bürgschaftsverträgen)  
„Die Verknüpfung von fehlendem Eigennutz und fehlender Selbstbestimmung offenbart das Bild, das der BGH von der gewöhnlichen Vertragspartei hat. [...] Die gewöhnliche Vertragspartei des BGH hat mithin ein Geschlecht: Sie ist, sozial gesprochen, eine männliche Person“

---

# Lektüre bis zum 9.5.2006

## **Pflichtlektüre:**

- Art. 8 der Schweizerischen Bundesverfassung vom vom 18. April 1999
- Art. 3 Grundgesetz  
([www.gesetze-im-internet.de/gg](http://www.gesetze-im-internet.de/gg))
- Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14.3.2005 (BGE 131 II 361), mit Bemerkungen von Yvo Hangartner , AJP 2005, 1414-1419
- Kägi-Diener Regula, Zum Urteil des Bundesgerichts betreffend Erwerbsquoten, AJP 2006, 107-111

---

# Lektüre bis zum 9.5.2006

## Fragen

- Wie beurteilen Yvo Hangartner und Regula Kägi-Diener die rechtliche Zulässigkeit von starren Quoten bei der Besetzung universitärer Stellen?
- Was ist in Bezug auf Quoten der Unterschied zwischen einem formellen und einem materiellen Gleichheitsverständnis?