

„Klatschen allein genügt nicht“ – ein Plädoyer für ein sorgsames Recht

Kirsten Scheiwe, Stiftung Universität Hildesheim

Zusammenfassung

Alle Menschen benötigen im Lauf ihres Lebens in unterschiedlichem Maße Sorge, Pflege und Unterstützung durch andere (*care*), und fast jeder Mensch sorgt mehr oder weniger für andere. Dies zu ermöglichen und zu unterstützen ist eine gesellschaftliche Aufgabe und Gegenstand rechtlicher Regulierung im Sozialstaat. Sorgetätigkeiten können unbezahlt oder bezahlt sein, durch Familien oder in privaten Beziehungen, durch soziale Dienste oder über den Markt bereitgestellt werden. Doch Sorgetätigkeiten werden häufig unzureichend anerkannt, gering entlohnt oder in die Privatsphäre abgeschoben, ohne dass dies ausreichend gesellschaftlich und rechtlich unterstützt und abgesichert wird. Die Modelle der Verteilung von Sorgetätigkeiten im Recht oszillieren zwischen privater und gesellschaftlicher Verantwortung, zwischen Rückzug des Staates und 'Wegducken' einerseits (etwa im Bereich der häuslichen Pflege) und teilweiser sozialstaatlicher Absicherung andererseits. Angesichts der fragmentierten und widersprüchlichen Anerkennung von Sorgetätigkeiten im Recht (Familien-, Sozial- und Arbeitsrecht, Pflegerecht, Verfassungsrecht, Europarecht, internationales Recht) soll mit dem neuen Ansatz des *caring law* eine kohärente Perspektive entwickelt werden. Ein ‚sorgsames Recht‘ stellt Sorgetätigkeiten und -beziehungen (*care, caring*) bei der Gestaltung und Interpretation von Rechten und Pflichten, Prinzipien und Begriffen in den Mittelpunkt. Ausgehend von einem relationalen Verständnis von Autonomie und Teilhabe ist *care* im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Abhängigkeit in asymmetrischen Machtbeziehungen im Fokus. Das ‚sorgsames Recht‘ initiiert ein interdisziplinäres Forschungsfeld als Teil der *socio-legal studies* und *legal gender studies*. Anschlüsse bestehen zu Sozialethik, Rechtsphilosophie, Sozialwissenschaften, Rechtssoziologie, Sozialpolitik und Care-Ökonomie. Mein Projekt umfasst die Erarbeitung einer *Monographie*. Außerdem ist die Herausgabe eines rechtsvergleichenden Handbuchs (gemeinsam mit Prof Cottier, Genf sowie Prof Voithofer, Innsbruck) geplant.

1. Grundlagen und Ziele des Projekts, Fragestellungen und Methoden

Der neue Ansatz eines sorgsamen Rechts (*caring and the law*) fokussiert das Recht der bezahlten und unbezahlten Sorgetätigkeiten und -beziehungen. Die Anerkennung, Aufwertung und Förderung von Sorgetätigkeiten durch Recht stehen im Mittelpunkt eines sorgsamen Rechts. Die aktuellen rechtlichen Regelungen sind jedoch unzureichend, fragmentiert, rechtssystematisch teils widersprüchlich und nicht von einem kohärenten sozial- und rechtspolitischen Konzept getragen. Die Corona-Krise hat dies in aller Deutlichkeit wie in einem Brennglas gezeigt. Sorgetätigkeiten und -beziehungen gerecht zu gestalten ist eine gesellschaftliche und rechtspolitische Aufgabe. Sozialstaatliche Institutionen und Recht sollten deshalb Sorgebeziehungen und bezahlte und unbezahlte Sorgetätigkeiten umfassender unterstützen als bisher und Infrastrukturen, personale soziale Dienstleistungen, soziale Rechte und Zeitrechte für Sorgende und sorgebedürftige Personen kohärent gestalten.

Mit diesem Projekt soll ein *neues interdisziplinäres Forschungsfeld zum Thema ‚Sorgebeziehungen und Recht‘* initiiert werden. Anschlüsse bestehen zu Sozialethik, Rechtsphilosophie, Sozialwissenschaften, Rechtssoziologie, Sozialpolitik und Care-Ökonomie. Die aktuelle deutsche Rechtslage ist weitgehend durch Unterschätzung, Ausblenden und unzureichende soziale Anerkennung und Absicherung von Care geprägt. Dies erfordert die theoretische Grundlegung und Diskussion übergeordneter Leitbilder, Prinzipien, Rechte und Pflichten eines Rechts der Sorgetätigkeiten, die Bestandsaufnahme *de lege lata* und der Widersprüche in ausgewählten Rechtsgebieten (Verfassungsrecht, Familienrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Kinder- und Jugendhilferecht, Pflegerecht, Europarecht, internationales Recht) sowie die Auseinandersetzung mit rechts- und sozialpolitischen Reformperspektiven. Theoretische Grundlage ist ein *Care*-Begriff, der in vielen Disziplinen verwendet wird und Unschärfen aufweist (Daly 2020), aber als Grenzobjekt interdisziplinäre Kooperation ermöglicht. *Care/Caring* wird hier verstanden als Gesamtheit der gesellschaftlich und individuell notwendigen Formen der Fürsorge und Pflege von Menschen, bezahlt oder unbezahlt (Sorgetätigkeiten, Familienarbeit, fürsorgliche Praxen, personenbezogene Dienstleistungen) und der Sorgebeziehungen. Im deutschen Recht werden Begriffe verwendet wie elterliche Sorge, Pflege und Erziehung (§ 1626 BGB), Erziehung, Betreuung, Förderung (SGB VIII; UN-KRK), Pflege, Pflegebedürftigkeit, pflegerische Versorgung (SGB XI), Hilfe zur Pflege (SGB XII), Assistenzleistungen (SGB IX), Fürsorge u.a.. Kennzeichnend für die Rechtslage ist eine Fragmentierung; an übergeordneter Stelle – etwa im Grundgesetz oder im SGB I – werden Sorgebedürfnisse und Care als sozialstaatliche Aufgabe nicht explizit erwähnt, auch wenn sie in teilweise aufscheinen (so auch im EU-Recht und im internationalen Recht).¹

Ein individualistisches Menschenbild im Recht, das den Menschen als autonomen Erwerbsbürger konstruierte, von Vulnerabilität, Abhängigkeiten und Angewiesenheit auf andere im Lebensverlauf jedoch weitgehend abstrahierte (und Risiken und Notfälle des Lebens nur als Ausnahmezustände thematisiert) wird in der rechtsphilosophischen und sozialetischen Diskussion (*ethics of care*) kritisiert. Dem wird ein relationales Autonomieverständnis entgegengesetzt, das Vulnerabilität und Angewiesenheit einschließt. Auch Anerkennungstheorien können für ein sorgsames Recht fruchtbar sein. So ist etwa die Situation von Pflegearbeitenden in der häuslichen Pflege von erheblichen Anerkennungsdefiziten geprägt.² Auch die rechtssoziologische Unterscheidung zwischen *law in the books* und *law in action* weist auf diese Dimension hin. Im

¹ Busby 2011, Caracciolo di Torella 2016; Herring 2013; 2019; Löhmus 2015.

² Heimbach-Steins/Krause 2016; Scheiwe 1999, 2010, 2022b; zur bezahlten Care-Arbeit in Privathaushalten und arbeits- und sozialrechtlichen Fragen Scheiwe 2014; 2019; 2021; 2022a), Scheiwe/Schwach 2012.

Bereich von Sorgebeziehungen ist aufgrund asymmetrischer Machtverhältnisse die Rechtsverwirklichung und -durchsetzung besonders schwierig. Fürsorge kann zur Bevormundung werden bis hin zur Gewaltanwendung. Fürsorgliche Bevormundung und Paternalismus wurden insbesondere von der *independent living*-Bewegung und in den *disability studies* kritisiert.³ Davon gingen wichtige Impulse für ein relationales Verständnis von Autonomie im Recht aus.

Sorgetätigkeiten sind häufig unsichtbar und unterbewertet; die Nachteile treffen vor allem Frauen, die überwiegend bezahlte und unbezahlte Sorgetätigkeiten ausüben.⁴ Ein sorgsames Recht fokussiert auch gleichstellungspolitische Fragen und den verfassungsrechtlichen Auftrag zur Beseitigung bestehender Nachteile (Art. 3 Abs.2 S.2 GG) und ist Teil von *legal gender studies*. Es geht darüber hinaus, weil sozial- und rechtspolitische *Verteilungsentscheidungen und Leitbilder* der Verteilung von öffentlicher und privater Verantwortung für Care Gegenstand sind. Der *Wandel sozialer Sicherungsmodelle* im deutschen Wohlfahrtsstaat ist in dieser Hinsicht von Widersprüchen geprägt.⁵ Sorgetätigkeiten werden überwiegend unbezahlt in privaten Beziehungen erbracht, aber in wachsendem Maße sozialstaatlich und in öffentlicher Verantwortung angeboten als professionelle Arbeit (personale soziale Dienstleistungen) oder in hybriden Mischformen (sozialrechtlich partiell abgesicherte private Sorgearbeit, z.B. in der häuslichen Pflege oder Kindererziehungszeiten); marktformige Angebote haben ebenfalls zugenommen. Trotz der Tendenz zur Ausweitung der öffentlichen Verantwortungsübernahme in den letzten Jahrzehnten (Pflegeversicherung, Pflegezeiten, Ausweitung der Rechtsansprüche auf Förderung in Kitas und Tagespflege, Elternzeit und Elterngeld, Erziehungszeiten in der Rentenversicherung u.a.) ist immer noch ein Subsidiaritätsmodell dominant, das Care-Verantwortung als ‚Privatsache‘ an Familien und Angehörige (sprich: Frauen) delegiert und unzureichend unterstützt. Theorien und Ideologien über die Trennung von öffentlicher und privater Sphäre sind widersprüchlich und wurden in der feministischen Literatur kritisiert.⁶ Die derzeitigen Leitbilder der Sozialpolitik bewegen sich zwischen Individualisierung und Solidarität, ambivalenter Anerkennung und Abwertung von Sorgetätigkeiten und oszillieren zwischen

³ Degener/Diehl 2015, Welti 2005.

⁴ Zu empirischen Daten über Sorgetätigkeiten und ‚Sorgelücken‘ Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung 2017.

⁵ Zu Wandel und Widersprüchen von Leitbildern und Rollenmodellen im deutschen Familien- und Sozialrecht vgl. Scheiwe 2005; 2007; 2008; 2009, 2021; zum Familienrecht Schumann 2020; zum internationalen Wohlfahrtsstaatsvergleich und Care-Modellen Daly/Scheiwe 2010.

⁶ Grundlegend die feministische Kritik am *public/private split* und der ‚Naturalisierung‘ von Frauenarbeit seit dem 19. Jahrhundert, die der ‚Privatsphäre‘ zugewiesen wurde Pateman 1983; Rössler/Mokrosinka 2015, Scheiwe 2017. Zu den Widersprüchen der Dichotomie von Markt und Familie Olsen 1983, Scheiwe 1994.

traditionellem ‚Ernährermodell‘, einem ‚Zweiverdienermodell‘ und Ansätzen care-orientierter sozialer Sicherung.⁷

Grundlegend ist zudem der Begriff der *Solidarität*, der sozioethisch und moralisch und auch rechtlich konturiert ist – als wechselseitige Rechte und Pflichten in einer ‚Solidargemeinschaft‘ im Rahmen von Familien-, Verwandtschafts- oder Partnerschaftsbeziehungen sowie als Solidarobligation in Sozialversicherungskörperschaften und im Sozialstaat. Es fragt sich daher, welche Anerkennung Sorgetätigkeiten bei der Auslegung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs.1 GG) erfahren sollen, inwieweit sich aus der Menschenwürde (Art.1 Abs.1 GG) und dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs.1 GG) ein Recht zu pflegen oder gepflegt zu werden ableiten lässt, und welche Folgerungen sich aus dem sozialrechtlichen Ziel der Herstellung sozialer Gerechtigkeit (§ 1 SGB I), dem verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsprinzip und dem staatlichen Auftrag zur Beseitigung bestehender Nachteile (Art. 3 Abs.2 S.2 GG) ergeben. Zentral sind folgende *Fragestellungen*:

- Wie werden Sorgearbeit und Sorgebeziehungen (*care/caring*) und ihre gesellschaftliche Bedeutung in Ethik, Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik definiert und bewertet?
- Wie reguliert Recht derzeit Care/Caring als subjektives Recht, als Pflicht und als objektives Recht (Staatsziel, Programmsatz, sozialstaatliche Aufgabe, Strukturprinzip)? Welche Normen sollten entwickelt werden, um Care/Caring auf übergeordneter Ebene und in Teilbereichen des Rechts kohärent zu gestalten? Sollte es ein (Grund-)Recht auf Pflege und ein Recht zu pflegen geben?
- Wie sieht ein sorgsames, fürsorgliches Recht aus, das zu angemessenen Anerkennung von Care beiträgt? Welche sozial- und rechtspolitischen Schritte sind dafür erforderlich?

Das Projekt ist angesiedelt im interdisziplinären Forschungsgebiet ‚Recht und Gesellschaft‘ (*socio-legal studies, law in context*).⁸ *Methodisch* wird ein doppelter Zugang gewählt, einerseits *aus der internen Perspektive des Rechts* (Rechtsdogmatik und Rechtssystematik), andererseits *aus der externen Perspektive auf Recht* (Rechtssoziologie, Sozial- und Rechtspolitik, Sozialethik und (Rechts-)Philosophie, Ökonomie). Deshalb ist eine interdisziplinäre Herangehensweise unabdingbar, die leider in der deutschen Rechtswissenschaft – im Vergleich zur angelsächsischen Forschung – geringer entwickelt ist.⁹

⁷ Daly/Scheiwe 2010, Scheiwe 2005; 2007; Schumann 2020.

⁸ Boulanger et.al. 2018; zur Rechtswirkungsforschung Scheiwe/Wrase 2018.

⁹ Röthel 2014; Scheiwe 2018; 2020, zur Rechtsvergleichung Cottier 2018. Zum Familienrecht gibt es auch in Deutschland eine gewisse Tradition interdisziplinärer Perspektiven, doch ein systematischer Dialog fehlt. Die voraussetzungsvolle Öffnung für Transdisziplinarität bleibt „dem Erkenntnisinteresse von Außenseitern vorbehalten“ (Röthel 2015:191).

Bibliographie

- Boulanger, C. et al. (Hrsg.) (2018) *Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung*. Berlin.
- Busby, N. (2011). *A Right to Care? Unpaid Care Work in European Employment Law*. Oxford.
- Caracciolo di Torella, E. (2016). Shaping and Re-shaping the Caring Relationship in European Law: A Catalogue of Rights for Informal Carers. *CFLQ 28* (3), 261-279.
- Cottier, M. (2018). Interdisziplinäre Rechtsvergleichung. In C. Boulanger et al. (Hrsg.) *Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung* (S.109-123). Berlin.
- Daly M. (2020). The concept of care: Insights, challenges and research avenues in COVID-19 times. *Journal of European Social Policy 31* (1), 108-118.
- Daly, M./Scheiwe, K. (2010). Individualisation and Personal Obligations – Social Policy, Family Policy, and Law Reform in Germany and the UK. *International Journal of Law, Policy and the Family 24* (2), 177–197.
- Degener, T./Diehl, E. (Hrsg.) (2015) *Handbuch Behindertenrechtskonvention. Teilhabe als Menschenrecht – Inklusion als gesellschaftliche Aufgabe*. Bonn.
- Heimbach-Steins, M./Krause, F. (2016). Pflege und Pflegepolitik unter dem Anspruch der Anerkennung. Eine sozialethische Skizze. *JCSW 57*, 79-104.
- Herring, J. (2013). *Caring and the Law*. Oxford.
- Herring, J. (2019). *Law and the relational self*. Cambridge.
- Löhmus, K. (2015) *Caring autonomy: European human rights law and the challenge of individualism*. Cambridge.
- Olsen, F. E. (1983). The family and the market: A study of ideology and legal reform, *Harvard Law Review 96* (7), 1497-1578.
- Pateman, C. (1989). Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy. In: *ibid. The Disorder of Women. Democracy, Feminism and Political Theory* (118-140). Cambridge.
- Rössler, B./Mokrosinka, D. (2015). *Social Dimensions of Privacy: Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge.
- Röthel, A. (2014). Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland. Debatten, Arbeitsweisen, Wahrnehmungen. *Archiv für die zivilistische Praxis 214* (5), 609-663.
- Röthel, A. (2015). Arbeitsweisen der Familienrechtswissenschaft. In K. Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag* (183-192). Bielefeld.
- Sachverständigenkommission zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (2017). *Erwerbs- und Sorgearbeit gemeinsam neu gestalten. Gutachten für den 2. Gleichstellungsbericht der Bundesregierung*. Berlin.
- Scheiwe, K. (1994) EC Law's unequal treatment of the family. The case-law of the European Court of Justice on rules prohibiting discrimination on grounds of sex and on grounds of nationality. *Social and Legal Studies 3* (2), 243-265.
- (1999). *Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht. Eine rechtsvergleichende Studie*. Frankfurt a. M.
- (2007) Existenzsicherung zwischen Sozial- und Familienrecht in der BRD – individualisiert, ehebezogen, familistisch, care-orientiert? Ein Beitrag mit rechtsvergleichenden Anmerkungen. In dies. (Hg.) *Soziale Sicherungsmodelle revisited – Existenzsicherung durch Sozial- und Familienrecht und ihre Geschlechterdimensionen* (95-112). Baden-Baden.
- (2010). Die soziale Absicherung häuslicher Pflege über Grenzen hinweg – Rechtliche Grauzonen, (Ir-)Regularität und Legitimität. In K. Scheiwe/J. Krawietz (Hrsg.) *Transnationale Sorgearbeit* (123-150). Wiesbaden.
- (2018). Familie und Elternschaft in Recht und Soziologie - über den Nutzen der Soziologie für die Familienrechtswissenschaft, *Neue Zeitschrift für Familienrecht 5* (7), 312-316.
- (2019). Ist ein Privathaushalt, der Hausangestellte beschäftigt, ein Betrieb? - Kontroversen über den arbeitsrechtlichen Betriebsbegriff. *Arbeit und Recht 67* (11), 446-452.
- (2020). Familie, Gesellschaft und Familienrecht. In J. Ecarus/A. Schierbaum (Hrsg.), *Handbuch Familie*. Wiesbaden.
- (2021) Domestic Workers, EU Working Time Law and Implementation Deficits in National Law - Change in Sight?. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 1/2021*.
- (2022a) Commentary on Federal Labour Court decision 5 AZR 505/20, *International Labor Rights Case Law Journal (ILaRC)*, no. 1/2022
- (2022b) Caring rights and obligations in German family law and social policy – how far have we come? In S. Gilmore/J. Scherpe (Hrsg.), *Essays in Honour of John Eckelaar*, Cambridge.
- Scheiwe, K./Schwach, V. (2012). „Decent work for domestic workers“ – das Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 26* (4), 317-349.
- Scheiwe, K./Wrase, M. (Hrsg.) (2018). Themenschwerpunkteft „Rechtswirkungsforschung revisited“ 1/2018 der Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfR).
- Schumann, E. (2020). Familienrecht und Gesellschaftspolitik am Beispiel der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. *Archiv für die zivilistische Praxis 220*, 701-755.
- Welti, F. (2005). *Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat. Freiheit, Gleichheit und Teilhabe behinderter Menschen*. Tübingen.