

## IV. Mittelbare Diskriminierung

Ein weiteres im deutschen Verfassungsrecht noch vergleichsweise junges Werkzeug zur Adressierung ökonomisch-geschlechtlicher Ungleichheit ist die mittelbare Diskriminierung.<sup>154</sup> Eine mittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine Regelung in ihrer Formulierung zwar an kein Merkmal anknüpft und daher neutral formuliert ist, wenn aber die Effekte dieser Regelung ganz überwiegend in negativer Weise die Mitglieder einer sozialen Gruppe treffen; auf eine Diskriminierungsabsicht kommt es dabei nicht an.

Mit der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung lassen sich insbesondere benachteiligende Effekte neutral formulierten Rechts problematisieren. Damit ist die mittelbare Diskriminierung in die dritte Phase der Gleichheitsentwicklung einzuordnen. Idealtypisch werden drei Phasen rechtlicher Diskriminierung unterschieden.<sup>155</sup> In der ersten Phase wird rechtliche Anerkennung vollständig durch den Ausschluss aus der Rechtssubjektivität oder dem Bürgerschaftsstatus verwehrt. Gegen solche Ausschlüsse haben sich historisch Differenzierungsverbote gerichtet, um formal-rechtliche Inklusion von Versklavten, Besitzlosen und Frauen zu erreichen. In der zweiten Phase werden rechtliche Ungleichbehandlungen, stereotype Ausschlüsse aus Berufsfeldern und paternalistische Schutzvorschriften als Verstoß gegen das unmittelbare Diskriminierungsverbot angegriffen. Dagegen richten sich unmittelbare Diskriminierungsverbote. Die dritte Phase ist auf die tatsächliche Durchsetzung von Gleichheit durch die Transformation diskriminierender Strukturen gerichtet. Dafür müssen die scheinbar neutralen Institutionen hinsichtlich ihrer diskriminierenden Effekte analysiert werden. Die mittelbare Diskriminierung setzt hier an: Sie nimmt die benachteiligenden Effekte rechtlicher Regelungen als potentielle Gleichheitsverstöße in den Blick und kann auf diese Weise die in der kulturellen Geschlechterordnung wurzelnden Verteilungseffekte des Rechts sichtbar machen.<sup>156</sup> Indem sie den Fokus auf benachteiligende Effekte legt, basiert sie auf einer relationalen Argumentationsmethodik. Sie dient ebenso dazu, die Berufung auf starke Identitäten,

154 *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben; *Fuchsloch*, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung; *Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts; *Spangenberg*, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht.

155 *Sacksofsky*, in: Opfermann, Diskriminierung und Gleichheit, S. 37 f.; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 133 ff.

156 Aktuell zur geringeren Besoldung von Grundschullehrer\*innen mit A12 im Vergleich zu Gymnasiallehrkräften und die geschlechtsstereotype Rechtfertigung über die Differenz von »pädagogischer« und »fachlicher« Arbeit siehe

etwa im Sinne eines strategischen Essentialismus, wie sie für die erste und zweite Phase typisch ist, zugunsten von weniger homogenisierenden Subjektverständnissen aufzugeben und die mittelbare Diskriminierung von Subgruppen zu thematisieren (dazu im Abschnitt V. zu Intersektionalität mehr).

Auf das Ziel der mittelbaren Diskriminierung, die benachteiligenden Effekte rechtlicher Regelungen als Gleichheitsproblem sichtbar zu machen, soll nun näher eingegangen werden. Dafür wird zunächst die Genese der mittelbaren Diskriminierung skizziert (1.). Anschließend wird rekonstruiert, wie die Verfassungspraxis dieses Instrumentarium nutzt, um die kulturelle Lücke der Sorgearbeit im Recht der Alterssicherung zu adressieren (2.).

## 1. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung

### 1.1 Genese: *US disparate impact* und *EG Gleichstellungsrecht*

Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung wurde zunächst vom *U.S. Supreme Court* mit dem Begriff des *disparate impact* in den 1970er Jahren formuliert.<sup>157</sup> Als Geburtsentscheidung gilt *Griggs v. Duke Power Co.* von 1971. In dieser setzte sich der *U.S. Supreme Court* mit Bildungskriterien als Einstellungsvoraussetzung in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis auseinander (Schulabschluss, IQ-Test). Aufgrund von *Title VII Civil Rights Act* von 1964 entschied das Gericht, dass es sich bei den Einstellungsvoraussetzungen um eine rassistische Diskriminierung handele: »The Act proscribes not only overt discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited.«<sup>158</sup> Unabhängig davon, ob Arbeitgeber\*innen die Absicht haben aus rassistischen Gründen zu diskriminieren, komme es auf die tatsächlichen Nachteile an, die nicht durch Erfordernisse der Tätigkeit gerechtfertigt werden können (*business necessity*).<sup>159</sup> Ersatzkriterien, die dazu dienen unmittelbare Diskriminierungsverbote

die Expertise *Kocher u. a.*, Mittelbare Geschlechtsdiskriminierung bei der Besoldung von Grundschullehrkräften nach A 12.

157 *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 225 ff.

158 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 431 (1971).

159 In *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976) wurde mittelbare Diskriminierung zum ersten Mal verfassungsrechtlich unter dem *Equal Protection Clause* erörtert; hier forderte das Gericht entgegen *Griggs discriminatory intent*

zu umgehen, können daher über die mittelbare Diskriminierung problematisiert werden.<sup>160</sup>

Auf europäischer Ebene, beeinflusst durch den angelsächsischen Diskurs um *disparate impact*, wurde die mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erstmals 1976 in Art. 2 Abs. 1 der Gleichberechtigungsrichtlinie 76/207 für den Bereich des Arbeitslebens untersagt, aber noch nicht definiert.<sup>161</sup> Ab Ende der 1970er Jahre befasste sich der Europäische Gerichtshof aufgrund der Gleichberechtigungsrichtlinie sowie aufgrund des seit 1957 bestehenden Gebots der Entgeltgleichheit (ex-Art. 119 EWGV, ex-Art. 141 EGV, Art. 157 AEUV) mit dem Phänomen der mittelbaren geschlechtsbedingten Diskriminierung im Arbeitsleben anhand von benachteiligenden Teilzeitregelungen.<sup>162</sup>

Als erste Leitentscheidung gilt die Rechtssache Jenkins. Jeanette Pauline Jenkins arbeitete als Teilzeitkraft und erhielt daher einen geringeren Stundenlohn als Vollzeitarbeitende. Dem Arbeitgeber zufolge sollte diese Differenzierung Anreize für eine Vollzeitbeschäftigung setzen. Daher gründe die Differenzierung nicht in einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, sondern basiere auf wirtschaftlichen Erwägungen. Da in dem Unternehmen die Teilzeitkräfte bis auf einen Mann, der gerade in Rente gegangen war und nur noch übergangsweise in Teilzeit arbeitete, ausschließlich Frauen waren, argumentierte Jenkins mit Verweis auf *Griggs v. Duke Power Co.*, dass dies ein Verstoß gegen die Entgeltgleichheit in Form der mittelbaren Diskriminierung sei.<sup>163</sup> Im europäischen Kontext wurde die Figur der mittelbaren Diskriminierung also erstmals anhand des paradigmatischen Falls der Teilzeit verhandelt. Der Gerichtshof beantwortete die Vorlagefrage damit, dass es entscheidend sei, ob prozentual erheblich weniger Frauen als Männer die erforderliche

und erhöhte damit die Hürde für einen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz.

160 Mangold differenziert drei Funktionen der mittelbaren Diskriminierung: Umgehungsverhinderung, Beweislasterleichterung und Adressierung struktureller Diskriminierung, *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 176 ff.

161 »Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand – erfolgen darf.«, Art. 2 Abs. 1 RL 76/207.

162 Als Vorläufer gilt EuGH, Urteil v. 8.4.1976, 43/75, *Defrenne II*; als erste wichtige Leitentscheidungen gelten EuGH, Urteil v. 31.3.1981, 96/80, *Jenkins*; Urteil v. 16.5.1986, 170/84, *Bilka*. Zur mittelbaren Diskriminierung im europäischen Recht *Tobler*, *Indirect discrimination*, S. 99 ff., 141 ff., 279 ff.

163 EuGH, Urteil v. 31.3.1981, 96/80, *Jenkins*, S. 916; ähnliche EuGH, Urteil v. 16.5.1986, 170/84, *Bilka*, Rn. 6 ff.

Wochenarbeitszeit für den besseren Stundenlohn erreichen würden und ob die daraus resultierende Ungleichbehandlung durch andere Gründe als das Geschlecht gerechtfertigt werden könne.<sup>164</sup>

In der Entscheidung Seymour-Smith und Perez verallgemeinert der Europäische Gerichtshof diese Formulierung: Die primärrechtlich garantierte Entgeltgleichheit stehe der »Anwendung von Vorschriften (entgegen), die Ungleichbehandlungen von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern aufgrund von Kriterien aufrechterhalten, die nicht auf dem Geschlecht beruhen, sofern sich diese Ungleichbehandlungen nicht mit objektiv gerechtfertigten Faktoren erklären lassen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.«<sup>165</sup> Dabei komme es darauf an, ob eine neutral formulierte Regelung prozentual wesentlich mehr Frauen als Männer benachteilige und dies nicht durch Gründe, die nicht an das Geschlecht anknüpfen, gerechtfertigt werden könne.<sup>166</sup>

In den jüngeren Antidiskriminierungsrichtlinien existiert inzwischen eine Legaldefinition, die neben einem rechtfertigenden Grund auch die Angemessenheit und Erforderlichkeit vorsieht. So liegt nach der neuen Gleichberechtigungsrichtlinie eine mittelbare Diskriminierung vor, »wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.«<sup>167</sup>

### 1.2 Rezeption in der Verfassungsrechtsprechung

Über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wurde die Rechtsfigur erstmals 1997 in der deutschen Verfassungsrechtsprechung

164 EuGH, Urteil v. 31.3.1981, 96/80, *Jenkins*, Rn. 13 ff.; ähnlich EuGH, Urteil v. 16.5.1986, 170/84, *Bilka*, Rn. 31. Diese Rechtsprechung hat sich in der ersten europarechtlichen mittelbaren Diskriminierungsdefinition in Art. 2 Abs. 2 Beweislastrichtlinie bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts 97/80/EG v. 15.12.2007, ABl. L 14 v. 20.1.1998, S. 6, niedergeschlagen: »Im Sinne des in Absatz 1 genannten Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt.«

165 EuGH, Urteil v. 9.2.1999, C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Rn. 52.

166 Ebenda, Rn. 59 f.

167 Art. 2 lit. b RL 2004/113.

aufgegriffen und wird nun regelmäßig, wenn auch nicht immer einheitlich, als faktische Benachteiligung bezeichnet:<sup>168</sup> »Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann nach der Rechtsprechung auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist (...).«<sup>169</sup> Zwar scheint die Figur inzwischen anerkannt zu sein, es fehlt jedoch eine Konturierung und dogmatische Ausarbeitung.<sup>170</sup> So spricht das Gericht mal von faktischer Benachteiligung, mal von mittelbarer Diskriminierung oder mittelbarer Benachteiligung. Sie wird zum Teil in Absatz 2<sup>171</sup>, zum Teil auch in Absatz 3<sup>172</sup> verortet und es existiert keine einheitliche Definition. In jüngeren Entscheidungen hat das Gericht eine Diskriminierung bei geschlechtsneutral formulierten Regelungen beispielsweise dann angenommen, wenn diese den Zugang zum Beruf von Voraussetzungen abhängig machen, die Frauen schwerer erfüllen können als Männer.<sup>173</sup> Auch wurden unterschiedliche Rechtfertigungsmaßstäbe – sachliche Gründe ohne Geschlechterbezug, Güter von Verfassungsrang (kollidierendes Verfassungsrecht) und die Verhältnismäßigkeit – formuliert.<sup>174</sup>

Darüber hinaus fällt auf, dass das Bundesverfassungsgericht die mittelbare Diskriminierung bisher allein für die Kategorie des Geschlechts

- 168 Für einen vergleichenden Rechtsprechungsüberblick zur mittelbaren Diskriminierung des EGMR, BVerfG und EuGH *Peters/König*, in: Grote/Marauhn/Meljnjk, Das Diskriminierungsverbot, Rn. 78 ff., 135 ff.
- 169 BVerfGE 97, 35 (Zitat S. 43, faktische Benachteiligung S. 44), *Hamburger Ruhegeld* (1997), mit Verweis auf die Teilzeit-Fälle *Bilka, Rinner-Kühn, Kowalska, Enderby*. Auch EuGH, Urteil v. 23.10.1993, C-4/02, C-5/02, *Schönheit und Becker*. Aktuell zur Teilzeit: EuGH, Urteil v. 14.4.2015, C-527/13, *Cachaldora Fernández*; Beschluss v. 17.11.2015, C-137/15. Diese Definition auch verwendend BVerfGE 104, 373 (393), *Doppelname* (2002); allgemeiner definiert BVerfGE 121, 241 (254 f.), *Teilzeitbeamtentum* (2008).
- 170 BVerfGE 97, 35 (43), *Hamburger Ruhegeld* (1997); 104, 373 (393), *Doppelname* (2002); 113, 1 (15), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005); 121, 241 (254 f.), *Teilzeitbeamtentum* (2008); 126, 29 (53), *Hamburger Kliniken* (2010).
- 171 BVerfGE 113, 1 (15 f.), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005).
- 172 BVerfGE 97, 35 (43), *Hamburger Ruhegeld* (1997); 121, 241 (254 f.), *Teilzeitbeamtentum* (2008).
- 173 BVerfGE 138, 296 (353), *Kopftuch II* (2015); 132, 72 (96 f.), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012).
- 174 Sachliche Gründe: BVerfGE 113, 1 (20), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005); 126, 29 (54), *Hamburger Kliniken* (2010); Güter von Verfassungsrang und Verhältnismäßigkeit: BVerfGE 121, 241 (257 ff.), *Teilzeitbeamtentum* (2008).

geprüft hat. Während die Ungleichheitsachse Rasse die antidiskriminierungsrechtlichen Auseinandersetzungen in den USA bestimmt, ist in Europa und auch in Deutschland das Geschlecht die primäre Kategorie. Eine Ausdehnung auf andere Merkmale ist im deutschen Verfassungsrecht durchaus denkbar.<sup>175</sup> So hat das Bundesverfassungsgericht die mittelbare Diskriminierung in einer Entscheidung in Art. 3 Abs. 3 GG verortet und unabhängig vom Geschlecht definiert: »Wenn der Gesetzgeber eine Gruppe nach sachlichen Merkmalen bestimmt, die nicht in Art. 3 Abs. 3 GG genannt sind, so ist diese Regelung an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Etwas anderes gilt, wenn der vom Gesetzgeber gewählte, durch Art. 3 Abs. 3 GG nicht verbotene sachliche Anknüpfungspunkt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft, oder die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 GG strikt verboten ist (mittelbare Diskriminierung).«<sup>176</sup> Die Konflikte um das Kopftuch sowie die instanzgerichtlichen Entscheidungen zu *racial profiling* und zu den Diskothekenfällen weisen darauf hin, dass in pluralen, multireligiösen Gesellschaften Diskriminierungserfahrungen jenseits des Geschlechts an Bedeutung gewinnen werden.<sup>177</sup>

Für die Geschlechterbeziehungen hat das Bundesverfassungsgericht Fälle zu ökonomischen Nachteilen in der Altersversorgung wegen Erziehungsarbeit und Teilzeit entschieden. Zukünftig böten sich auch das Einkommensteuerrecht, die Lehramtsbesoldung und auch das Strafrecht an.<sup>178</sup>

Für den einfachgesetzlichen und europarechtlichen Diskriminierungsschutz werden Fragen zur Intentionalität von Diskriminierung, zur

175 *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 421 (7. Aufl. i.E.); *Osterloh/Nußberger*, Art. 3 GG, in: Sachs, Grundgesetz, Rn. 255 ff.; *Jarass*, Art. 3 GG, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 119; *Koch/Nguyen*, EuR 2010, 364 (371); *Fehling*, in: Heckmann/Würtenberger, Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG.

176 BVerfGE 121, 241 (254 f.), *Teilzeitbeamtentum* (2008).

177 BVerfGE 108, 282, *Kopftuch I* (2003); 138, 296, *Kopftuch II* (2015); BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.6.2017, 2 BvR 1333/17; *El Idrissi*, Der juristische Umgang mit religiöser Fremdheit; *Arndt*, Das Problem der Diskriminierung.

178 *Spangenberg*, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht; *Wersig*, Der lange Schatten der Hausfrauenehe; *Sacksofsky*, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern; *Kocher u. a.*, Mittelbare Geschlechtsdiskriminierung bei der Besoldung von Grundschullehrkräften nach A 12; *Oberlies*, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen, S. 130 ff.

Kausalität (wegen des Geschlechts)<sup>179</sup>, zum Nachweis der erheblichen einseitigen Betroffenheit<sup>180</sup>, zur Rechtfertigung<sup>181</sup> sowie zur Abgrenzung von unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung diskutiert,<sup>182</sup> die im Verfassungsrecht bisher so nicht aufgeworfen worden sind.

Das Kriterium der erheblichen einseitigen Betroffenheit führt zum Beispiel zur Frage nach den geeigneten Vergleichsgruppen, Teilgruppen und Relationen für die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung.<sup>183</sup> Zwei Fälle aus Hamburg, die das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden hatte, zeigen die damit verbundenen Schwierigkeiten. Der erste Fall stammt aus dem Jahr 1997. In dieser Entscheidung prüfte das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf die europarechtliche Rechtsprechung zum ersten Mal eine mögliche mittelbare Diskriminierung und bezeichnete diese als faktische Benachteiligung. In dem Fall wendete sich die Klägerin, die im öffentlichen Dienst der Hansestadt Hamburg mit

179 *Rebhahn/Kietaibl*, Rechtswissenschaft 2010, 373 (4).

180 *Hoffmann*, ACP 2014, 822. Der wesentliche Nachteil kann durch statistisch-empirische Daten, was natürlich die Existenz belastbaren Datenmaterials voraussetzt, oder durch normative Typisierungen, die berücksichtigen, dass bestimmte Voraussetzungen von bestimmten Gruppen einfach schwerer erfüllt werden können, argumentiert werden. Im letzteren Fall geht es weniger um die konkreten Effekte als um die abstrakte Eignung zur mittelbaren Diskriminierung.

181 Für einen abgesenkten Rechtfertigungsmaßstab bei der mittelbaren Diskriminierung *Kischel*, JZ 2008, 1110; *Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 46; differenzierend *Fehling*, in: Heckmann/Würtenberger, Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG, S. 685 ff. Für einheitliche Rechtfertigungsanforderungen *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 434 (7. Aufl. i.E.).

182 Zu den umstrittenen Fragen im U.S.-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 151 ff., 175 ff., 183 ff.; *Tobler*, Indirect discrimination, S. 214 ff.; *Fehling*, in: Heckmann/Würtenberger, Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG, S. 671 ff.

183 Der EuGH hat in der Entscheidung Seymour-Smith und Perez z. B. für jede Genus-Gruppe bestimmt, wie hoch in diesen jeweils die Anteile der Begünstigten und Benachteiligten sind, EuGH, Urteil v. 9.2.1999, C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Rn. 59. Seit 2011 stellt das BAG die Gesamtheit der Personen, die von einer Regelung betroffen sind, der Gesamtheit der Personen gegenüber, die von dieser benachteiligt werden und prüft, ob dafür ein Diskriminierungsmerkmal relevant ist, BAG, NZA 2011, 1361 (1364). Der EGMR hat in der Entscheidung Hoogendijk die Geschlechterverteilung innerhalb der Gruppe der durch eine Regelung Benachteiligten als Hinweis für eine mittelbare Diskriminierung gewertet (i.E. aber für gerechtfertigt angesehen), EGMR, Urteil v. 6.1.2005, 58641/00, *Hoogendijk*, S. 21 f.



nur 17 Arbeitsstunden die Woche und daher unterhalbzeitig beschäftigt war, gegen den Ausschluss dieser Gruppe aus der zusätzlichen Altersversorgung für Angestellte der Hansestadt durch das Ruhegeldgesetz. Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts konnte das Gericht hier nicht feststellen, weil der Frauenanteil in der benachteiligten Gruppe nicht höher sei als in den begünstigten Gruppen der Teilzeit- und Vollzeitangestellten der Hansestadt Hamburg. Diese Regelung treffe daher nicht überwiegend Frauen in negativer Weise.<sup>184</sup> Das Gericht verglich also den Frauenanteil in der benachteiligten mit dem Frauenanteil in der begünstigten Gruppe, gab aber keine konkreten Zahlen dazu an.

Die Segregierung des Arbeitsmarktes und die auf Vergleichsgruppen gerichtete Dogmatik zeigen sich hier als Schwierigkeit.<sup>185</sup> Es könnte beispielsweise eingewendet werden, dass der öffentliche Dienst ein für Frauen attraktives Berufsfeld darstellt und daher der öffentliche Dienst der Hansestadt möglicherweise eine Vergleichsgruppe ist, die nicht in den Blick bekommt, dass es dennoch überwiegend Frauen sind, die unterhalbzeitig beschäftigt sind. So könnte möglicherweise die Geschlechterverteilung innerhalb der von der Regelung negativ betroffenen Gruppe die einseitige Betroffenheit begründen. Im Ergebnis ist dies weniger wichtig, da das Gericht eine willkürliche Ungleichbehandlung von Unterhalbzeitig- und Teilzeitbeschäftigten feststellte und daher den Ausschluss aus der zusätzlichen Altersversorgung als gleichheitswidrig im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG bewertete.<sup>186</sup>

Dreizehn Jahre später ging es erneut um eine mittelbare Diskriminierung von Frauen durch die Landesgesetzgebung in Hamburg. Bei der Privatisierung der öffentlichen Krankenhäuser beschränkte diese die Rückkehrmöglichkeit in den öffentlichen Dienst und schloss die Gruppe der Reinigungskräfte aus. Da die Reinigungskräfte zu 93,5 Prozent Frauen waren, schlussfolgerte das Bundesverfassungsgericht bereits aus der Zusammensetzung der Berufsgruppe – und damit aus der Geschlechterverteilung der benachteiligten Gruppe – eine überwiegende Benachteiligung von Frauen und stütze dies erst im zweiten Schritt durch einen Vergleich mit dem Frauenanteil im Klinikbereich, der bei etwa 70 Prozent lag, ab.<sup>187</sup>

184 BVerfGE 97, 35 (44), *Hamburger Ruhegeld* (1997); *Sachs*, JuS 1998, 1172.

185 Zur Segregierung des Arbeitsmarktes EuGH, Urteil v. 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*.

186 BVerfGE 97, 35 (48), *Hamburger Ruhegeld* (1997).

187 BVerfGE 126, 29 (54), *Hamburger Kliniken* (2010). Auf den Frauenanteil in der benachteiligten Gruppe scheint das Gericht auch in BVerfGE 121, 241 (256 f.), *Teilzeitbeamtentum* (2008) abzustellen.



## 2. Akkommodierung von Sorgearbeit in der Alterssicherung

Wie die bereits dargestellten Fälle zeigen, wird die ökonomische Dimension der Geschlechterbeziehungen im Gleichheitsrecht virulent, wenn es um Mutterschaft, Kindererziehung und Beschäftigungsverhältnisse jenseits der Vollzeit geht. Dabei ist insbesondere die Vorsorge für die spätere Rente an der maskulin codierten Normalbiografie der Vollerwerbstätigkeit orientiert, welche von Sorgearbeit freigestellt ist und keinerlei zeitliche Einschränkungen oder Unterbrechungen aufgrund dieser erfährt. Gegen die sich daraus ergebenden ökonomischen Nachteilen haben zwei Beschwerdeführerinnen – eine Rechtsanwältin und eine Beamtin – Verfassungsbeschwerden eingelegt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese mithilfe der mittelbaren Diskriminierung entschieden.

### 2.1 Alterssicherung

#### 2.1.1 Anwaltsversorgung

Im ersten Fall ging es um Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung.<sup>188</sup> Eine Rechtsanwältin wehrte sich gegen ihre Beitragspflicht im berufsständischen Versorgungswerk während ihrer einkommenslosen Kindererziehungszeit in den ersten drei Jahren nach der Geburt. Für die freien Berufe wird die Altersversorgung über die Zwangsmitgliedschaft in den berufsständischen Versorgungswerken, die landesrechtlich als öffentlich-rechtliche Körperschaften ausgestaltet sind, organisiert. In Baden-Württemberg sah § 5 RAVG grundsätzlich die Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk für Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer vor. Eine Freistellung von der Beitragspflicht während der gesetzlichen Kindererziehungszeit existierte in Baden-Württemberg nicht. Das Bundesverfassungsgericht stellte daher fest, dass die Beitragsregelung in § 11 Abs. 3 RAVwS zu einer faktischen Benachteiligung von Frauen führt und mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar ist, denn sie »bürdet Mitgliedern des Versorgungswerks, die aufgrund von Kindererziehungszeiten vorübergehend einkommenslos sind, erhebliche Nachteile auf (...), die typischerweise Frauen treffen.«<sup>189</sup>

188 BVerfGE 113, 1, *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005); Wallrabenstein, NJW 2005, 2426; Pötz-Neuburger, STREIT 2006, 44.

189 BVerfGE 113, 1 (16), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005). Daran anschließend die Verfassungsmäßigkeit von § 48b Bundesnotarordnung anzweifelnd, da nach der vorübergehenden Amtsniederlegung

Dabei sieht das Gericht drei wesentliche Nachteile ökonomischer Natur und begründet mit dem gesellschaftlichen Umstand, dass Frauen weiterhin ganz überwiegend die Kindererziehung übernehmen, eine faktische Benachteiligung von Frauen. Dies zeige sich erstens darin, dass die Beitragszahlungspflicht eine besondere Belastung während der einkommenslosen Zeit der Kindererziehung darstelle. Besonders schwerwiegend sei die Belastung für Alleinerziehende. Von der Beitragspflicht könnte sich derzeit, zweitens, nur durch den Verzicht auf die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft entzogen werden. Dies führe jedoch zu dem ökonomischen Nachteil, dass Versorgungsansprüche für den Fall der Berufsunfähigkeit entfallen können. Drittens könne sich das Ausscheiden aus der Rechtsanwaltschaft auf die berufliche Karriere negativ auswirken, da für die Zulassung zum Oberlandesgericht die Dauer der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft entscheidend sei.<sup>190</sup>

Diese Nachteile wirken sich, so das Gericht, überwiegend auf Frauen negativ aus, da diese trotz gestiegener Erwerbstätigkeit die Kindererziehung übernehmen und dafür, jedenfalls vorübergehend, auf die Erwerbstätigkeit verzichten. Dies belegt das Gericht mit verschiedenen Sozialdaten. So zeige sich die traditionelle Arbeitsteilung »nachdrücklich durch den verschwindend geringen Anteil der Erziehungsgeldzahlungen an Männer«, der nach den Zahlen des Statistischen Bundesamtes in den Jahren 2000 und 2001 nur 2,6 Prozent bzw. 2,1 Prozent betragen habe. Die »überkommene Aufgabenverteilung zwischen den Geschlechtern« werde zudem durch die geringeren Löhne und Gehälter von Frauen befördert. Daher sei der Verzicht der Berufstätigkeit der Frauen für die Familie ökonomisch besser zu tragen: »So blieb etwa im produzierenden Gewerbe im Jahr 2002 der durchschnittliche Bruttoverdienst von Frauen um 21 Prozent hinter dem der Männer zurück, während im Dienstleistungsbereich das Durchschnittsgehalt der weiblichen Angestellten um 25 Prozent geringer war als das männlicher Angestellter (...).«<sup>191</sup> Es gebe keine Hinweise dafür, dass dies bei Rechtsanwaltsfamilien anders sei, vielmehr spreche die geringere Anzahl von Rechtsanwältinnen gegenüber Rechtsanwälten sowie die niedrigere Wochenarbeitszeit von Rechtsanwältinnen dafür, »dass auch in dieser Berufsgruppe typischerweise Frauen die Aufgaben der Kinderbetreuung und -erziehung übernehmen.«<sup>192</sup>

Schließlich weist das Gericht darauf hin, dass auch die unzureichenden Betreuungsmöglichkeiten während der ersten drei Jahren nach der

aus familiären Gründen eine Wiederkehr in das Amt für nur ein Jahr sichergestellt ist, BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.11.2013, 1 BvR 63/12, Rn. 24 ff. 190 BVerfGE 113, 1 (17 ff.), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005).

191 Alle drei Zitate ebenda, S. 19.

192 Ebenda, S. 20.

Geburt dazu beitragen, dass die ökonomischen Nachteile der Sorgeverantwortung von Frauen getragen werden: »Zum Jahresende 2002 standen in Deutschland für 2,2 Millionen Kinder im Krippenalter nur 190.000 Krippenplätze zur Verfügung. Hieraus errechnet sich ein seit 1998 kaum verändertes Verhältnis zwischen Kinderzahl und Krippenplätzen von knapp 9 Prozent.«<sup>193</sup>

Zusammenfassend ist dieses Urteil deswegen besonders hervorzuheben, weil es sich ausführlich mit der gesellschaftlich-ökonomischen Situation von Frauen auseinandersetzt und die Strukturen in den Blick nimmt, die Frauen in ihrer ökonomischen Situation benachteiligen: die einseitige Verteilung von Erziehungsarbeit, das *Gender Pay Gap* und fehlende Kinderbetreuungsstrukturen. Methodisch verfolgt das Gericht daher eine die maskuline Perspektivität der abstrakten Mitgliedschaft des Versorgungswerkes offenlegende Betroffenenperspektive sowie eine kontextuelle-konkrete Argumentationsweise, die umfassend auf Sozialdaten zurückgreift. Durch die detaillierte Erörterung der benachteiligenden Effekte können rechtfertigende Gründe sich nicht durchsetzen. Gerade weil es der Rechtsanwältin nur um den Erhalt der Anwartschaften und der Mitgliedschaft ging, konnte das Gericht keine sachlichen Gründe, insbesondere keine überzeugenden Finanzierungsgründe, erkennen.<sup>194</sup>

### 2.1.2 Teilzeitbeamtentum

Im zweiten Fall ging es erneut um die Berücksichtigung weiblicher Lebenserfahrungen in der Altersvorsorge.<sup>195</sup> Dieses Mal wurde die Regelung des Versorgungsabschlags nach dem Beamtenversorgungsgesetz im Falle von Teilzeit auf ihre diskriminierenden Effekte überprüft. Vor 1992 wurde das Ruhegeld für teilzeitbeschäftigte Beamt\*innen nach einem Modell berechnet, das einen Versorgungsabschlag um 0,5 für jedes Jahr vorsah, das die Beamtin oder der Beamte ohne Teilzeitbeschäftigung hätte erreichen können.<sup>196</sup> Die Differenz entstand erst ab einer Dienstzeit von zehn Jahren, stieg jedoch umso stärker an, je länger die Dienstzeit dauerte.

193 Ebenda.

194 Ebenda, S. 20 ff.

195 BVerfGE 121, 241, *Teilzeitbeamtentum* (2008); Borth, FamRZ 2008, 1598; Kischel, JZ 2008, 1110; Sachs, JuS 2008, 1014.

196 Für die Zeit ab dem 17.5.1990 hatte der EuGH bereits entschieden, dass die Übergangsregelung zum alten Versorgungsabschlag nicht mehr berücksichtigt werden dürfe, EuGH, Urteil v. 23.10.2003, C-4/02, C-5/02, *Schönheit und Becker*. Im Urteil des BVerfG geht es daher um die Zeiten vor 17.5.1990.

Da hier um diskriminierende Strukturen, die sich in einer rechtlichen Ungleichbehandlung manifestieren, gestritten wurde, zog das Gericht dieses Mal Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG heran und verwendete den Begriff der mittelbaren Diskriminierung anstatt wie zuvor den der faktischen Benachteiligung. Die Regelung benachteilige mittelbar Frauen, »da von der Möglichkeit der Teilzeitbeschäftigung in weitaus überwiegendermaßen Frauen Gebrauch machen«, der Frauenanteil der Teilzeitbeamt\*innen betrage nämlich etwa 78 Prozent. Daher sei der Versorgungsabschlag nach dem Beamtenversorgungsgesetz in der bis zum 31. Dezember 1991 geltenden Fassung nichtig.<sup>197</sup>

Zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung führte die Gesetzgebung die zusätzliche finanzielle Belastung an, die durch das Abweichen vom Leitbild eines vollzeittätigen Beamten entstehe; daran müssten sich diejenigen, die davon profitieren, auch beteiligen. Dem entgegnet das Bundesverfassungsgericht, dass die Legislative nicht erst den Zugang für Frauen durch die Möglichkeit einer Teilzeitbeamtenschaft eröffnen und sie dann mit einer Kostenbeteiligung benachteiligen könne.<sup>198</sup> Daher stellt es die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung durch fiskalische Interessen infrage: »Unabhängig von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen fiskalische Gründe in diesem Zusammenhang überhaupt einen Belang von Verfassungsrang darstellen, ist es nicht gerechtfertigt, zur Erreichung der Kostenneutralität der Beamtenversorgung gerade die überwiegend weiblichen Teilzeitbeschäftigten heranzuziehen. (...) Die Schutzfunktion des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG liefe ins Leere, wollte man das Verbot der Ungleichbehandlung von fiskalischen Erwägungen abhängig machen.«<sup>199</sup> Zwar komme der Gesetzgebung bei der Ausgestaltung der angemessenen Alimentierung aus Art. 33 Abs. 5 GG eine Gestaltungs- und Typisierungsbefugnis zu. Diese ende aber dort, wo sie sich geschlechtsdiskriminierend auswirke.<sup>200</sup>

Schließlich verfolge die Ermöglichung der Teilzeit nicht nur das arbeitsmarktpolitische Ziel mehr Arbeitsplätze im öffentlichen Dienst zu schaffen, sondern auch die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern: »Auf der Basis tradierter Rollenvorstellungen ursprünglich zur Ermöglichung und Erleichterung der Pflichterfüllung der Beamtin gedacht (...), dient diese Form der Teilzeit verstärkt der

197 Ebenda, S., 255 ff., 266.

198 Dem könnte noch hinzugefügt werden, dass das Vollzeitbeamtentum überhaupt nur bei Freistellung von Sorgearbeit möglich ist.

199 BVerfGE 121, 241 (258), *Teilzeitbeamtentum* (2008). So auch der in EuGH in Bezug auf das Ruhegeld von Teilzeitbeamt\*innen: Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts könne nicht durch die Begrenzung öffentlicher Ausgaben gerechtfertigt werden, EuGH, Urteil v. 23.10.1993, C-4/02, C-5/02, *Schönheit und Becker*, Rn. 84 f.

200 BVerfGE 121, 241 (260 ff.), *Teilzeitbeamtentum* (2008).

Vereinbarkeit von Familie und Beruf und damit der effektiven Wahlfreiheit in der Entscheidung über Rollenwahl und Rollenverteilung in Ehe, Familie und Beruf.«<sup>201</sup> Dies folge aus der Schutzpflicht für die Familie aus Art. 6 GG: »Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass es Eltern gleichermaßen möglich ist, teilweise oder zeitweise auf eine eigene Erwerbstätigkeit zugunsten der persönlichen Betreuung ihrer Kinder zu verzichten wie auch Familienaufgaben und Erwerbstätigkeit miteinander zu verbinden (...).«<sup>202</sup>

Anstatt einer Perspektive der Rechtfertigung dominiert hier methodisch erneut die Betroffenenperspektive, die einen im konkreten Kontext verorteten Diskriminierungsschutz eröffnet. Während der Europäischen Gerichtshof in den 1980er Jahren es nicht als Aufgabe des mittelbaren Diskriminierungsverbots ansah, ökonomische Nachteile wegen der Übernahme von Familienarbeit zu unterbinden oder auf die traditionelle Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern einzuwirken, sieht das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben als ein Problem der Geschlechtsdiskriminierung an, die in der weiblichen Zuständigkeit für Sorgearbeit gründet. Daher umfasse der Schutz der mittelbaren Diskriminierung auch den Schutz vor ökonomischen Nachteilen in der Altersversorgung aufgrund von Teilzeit.<sup>203</sup>

Konträr zur sozialverfassungsrechtlichen Rechtsprechung verneint das Bundesverfassungsgericht bei ökonomischen Nachteilen, die sich als geschlechtsdiskriminierend erweisen, aber die legislative Differenzierungs- und Typisierungsfreiheit und gibt Finanzierungsargumenten keinen Vorzug vor grundrechtlicher Gleichheit. Der Diskriminierungsschutz zieht vielmehr enge Grenzen und führt in dieser Entscheidung nicht nur zu einer Unvereinbarkeits-, sondern zu einer Nichtigkeitserklärung.

201 Ebenda, S. 263.

202 Ebenda, S. 264.

203 Der EuGH hat in den 1980er Jahren verneint, dass die familiäre Arbeitsteilung für die Auslegung der Entgeltgleichheit bzw. der Gleichberechtigungsrichtlinie relevant ist: »Die Frage 2 b des vorliegenden Gerichts ist somit dahin zu beantworten, daß der Arbeitgeber nach Artikel 119 nicht verpflichtet ist, die für seine Beschäftigten vorgesehene Versorgungsordnung so auszugestalten, daß die für Arbeitnehmer mit familiären Verpflichtungen bestehenden besonderen Schwierigkeiten, die Voraussetzungen für die Gewährung einer Betriebsrente zu erfüllen, berücksichtigt werden.«, EuGH, Urteil v. 16.5.1986, 170/84, *Bilka*, Rn. 43. »Aus alledem folgt, daß die Richtlinie nicht zum Gegenstand hat, die internen Verhältnisse der Familie zu regeln oder die Aufgabenteilung zwischen den Eltern zu ändern.«, EuGH, Urteil v. 12.7.1984, 184/83, *Hofmann*, Rn. 24.

## 2.2 Exkurs: Schutz der Ehe und Familie

In den 1990er und Anfang der 2000er Jahre formulierte das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen anhand von Art. 6 Abs. 1 GG, in denen es um die Anrechnung von Kindererziehungszeiten in der Sozialversicherung und das Eherecht ging.<sup>204</sup> In diesen Entscheidungen wurden Kinder, Ehe und die traditionelle Arbeitsteilung als ökonomische Dimension der Ungleichheitsachse Geschlecht verfassungsrechtlich diskutiert. Obwohl es in diesen Entscheidungen überwiegend um die Gerechtigkeit zwischen den Geschlechtern geht, werden die Rechtskonflikte in ein geschlechtsloses Vokabular übersetzt und Eltern mit Kinderlosen und Familienarbeit mit Erwerbsarbeit abstrakt zueinander in Beziehung gesetzt. Die besonders einschlägigen Fälle zur gesetzlichen Rentenversicherung (2.2.1) und zum nachehelichen Unterhalt (2.2.2) sollen nun dargestellt werden. Diese Fälle würden heute, so die These, wahrscheinlich treffender als Fall der mittelbaren Diskriminierung gelöst werden. Hier zeigt sich einerseits ein Wandel in der Verfassungspraxis und andererseits, dass die mittelbare Diskriminierung hilft, Rechtskonflikte um Sorgearbeit als Problem ungleicher Geschlechterbeziehungen zu verstehen.

### 2.2.1 Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung

Im Jahr 1992 erörterte das Bundesverfassungsgericht anhand von Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG, ob es für die Gesetzgebung eine verfassungsrechtliche Pflicht gibt, kindererziehungszeitenbedingte Nachteile in der gesetzlichen Rentenversicherung auszugleichen.<sup>205</sup>

Zunächst stellte das Gericht fest, dass der weite sozialrechtliche Gestaltungs- und Differenzierungsspielraum nach Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund der Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 1 GG hinsichtlich der Benachteiligung von Familien deutlich begrenzter als in anderen Bereichen sei. Zwar würden die Regelungen nicht an den familiären Status, sondern an der individuellen Beitragszahlung anknüpfen, dennoch würden Personen, die sich um die Familie kümmern und damit um die Erziehung zukünftiger Beitragszahler\*innen, genauso behandelt wie aus anderen Gründen Nichterwerbstätige. Dies führe zu einer Benachteiligung von Familien, insbesondere von Familien mit mehreren Kindern, in der ein Elternteil zugunsten der Kindererziehung aus dem Erwerbsleben

204 BVerfGE 87, 1, *Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung* (1992); 87, 234, *Einkommensanrechnung Arbeitslosenhilfe* (1992); 99, 216, *Kinderbetreuungskosten im Steuerrecht* (1998); 105, 1, *nachehelicher Unterhalt und Familienarbeit* (2002).

205 BVerfGE 87, 1 (34 ff.), *Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung* (1992); *Binne*, FamRZ 1993, 516; *Veil*, STREIT 1993, 63.

ausscheide; daher bestehe die legislative Pflicht die bestehenden Nachteile »in weiterem Umfang als bisher auszugleichen.«<sup>206</sup> Die bisherigen Leistungen über das Hinterbliebenen- und Erziehungszeitengesetz sowie über das Kinderleistungsgesetz seien nicht ausreichend, vielmehr gelte »Kindererziehung als Privatsache, die Alterssicherung dagegen als gesellschaftliche Aufgabe.«<sup>207</sup> Konkrete Kriterien dafür, dass die gesetzlichen Regelungen zum Familienlastenausgleich nicht genügen, gibt das Bundesverfassungsgericht nicht an, vielmehr scheint der unverhältnismäßig geringe Umfang für das Gericht offensichtlich zu sein.

Für diese Ungleichbehandlung gäbe es, so das Bundesverfassungsgericht, keinen hinreichend sachlichen Grund. Weder das auf Erwerbsarbeit basierende Versicherungsprinzip noch die Lohnersatzfunktion seien hinreichende Gründe um »Erzieher von Kindern« gegenüber »Kinderlosen« erheblich zu benachteiligen.<sup>208</sup> Weil das Umlagesystem auf die Regeneration von zukünftigen Arbeitnehmer\*innen angewiesen sei, trage Kindererziehung zur Bestandssicherung der gesetzlichen Rentenversicherung bei und sei mit der monetären Beitragsleistung gleichwertig. Es bestehe jedoch keine Pflicht, Beitragszahlung und Kindererziehung vollkommen gleichzustellen, da es sich aufgrund deren unterschiedlichen Funktionen um zwei ungleichartige Sachverhalte handle; zudem könne bei zukünftigen Verbesserungen auch die finanzielle Lage der gesetzlichen Rentenversicherung berücksichtigt werden. Dennoch sieht das Bundesverfassungsgericht konträr zum sonstigen Sozialverfassungsrecht den Einsatz »beträchtliche(r) finanzielle(r) Mittel« nicht als Hinderungsgrund für seine Forderung, die Benachteiligung von Familien abzubauen. Dafür komme sogar eine maßvolle Umverteilung innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung in Betracht.<sup>209</sup>

In der Argumentation des Gerichts wird die Benachteiligung von Personen, »die sich innerhalb der Familie der Kindererziehung widmen« gegenüber kinderlosen Personen konstatiert, »die durchgängig einer Erwerbstätigkeit nachgehen können«; das kindererziehende Elternteil nehme Einkommenseinbußen gegenüber Kinderlosen hin und habe eine geringere Rente zu erwarten.<sup>210</sup>

Zwar würdigt das Gericht damit Kindererziehung als gesellschaftlich relevante Tätigkeit und deutet diese entgegen der traditionellen rentenversicherungsrechtlichen Perspektive nicht als versicherungsexternes

206 BVerfGE 87, 1 (Zitat S. 34, 36), *Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung* (1992).

207 Ebenda, S. 37. »Die Benachteiligung von Familien, in denen ein Elternteil sich der Kindererziehung widmet, wird weder durch staatliche Leistungen noch auf andere Weise ausgeglichen.«, Ebenda.

208 Ebenda, S. 38.

209 Ebenda, S. 39 f.

210 Ebenda, Zitat S. 36, S. 37.



Phänomen. Dennoch überraschen die gewählten Vergleichsgruppen und die geschlechtslose Sprache, da es bei der Anrechnung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung offensichtlich um die ökonomischen Konsequenzen der geschlechtlichen Arbeitsteilung, um die unzureichende Absicherung von Hausfrauen, Zuverdienerinnen und Alleinerziehenden in der erwerbsbasierten Sozialversicherung und um die damit einhergehende einseitige ökonomische Risikoverteilung geht. Elternteile, die die Rolle als Hauptnährer oder Alleinverdiener übernehmen, erleiden im Vergleich zu den kindererziehenden – weiterhin ganz überwiegend weiblichen – Elternteilen gerade keine Unterbrechungen in der Erwerbstätigkeit und auch keine Einbußen in der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Gerechtigkeitsfrage stellt sich daher nicht primär zwischen Familien mit Kindern und Kinderlosen, sondern ganz zentral innerhalb von Familien zwischen den Geschlechtern.<sup>211</sup> Diese Dimension der Geschlechtergerechtigkeit wird im Urteil nur knapp thematisiert, um aufgrund der »deutlich höheren Betroffenheit von Frauen« pauschal auf die Pflicht der Legislative aus Art. 3 Abs. 2 GG hinzuweisen, die Lebensverhältnisse von Frauen und Männern anzugleichen, der Festschreibung traditioneller Rollenverteilungen entgegenzuwirken und dies bei der erforderlichen Gesetzesreform zu berücksichtigen.<sup>212</sup>

Durch die Dethematisierung der Geschlechterdimension und die Fokussierung auf Kinderlose als vermeintliche Gefahr für die Rentenversicherung scheint das Gericht traditionelle Geschlechterbeziehungen anstatt die eigenständige Alterssicherung von Frauen stärken zu wollen. Das Gericht fokussiert durch die gewählten Vergleichsgruppen allein traditionelle Hausfrauen, die vollständig aus dem Erwerbsleben zugunsten der Kindererziehung ausgeschieden sind, und nicht etwa erwerbstätige Alleinerziehende oder Zuverdienerinnen, die ebenso kinderbedingt Nachteile in der gesetzlichen Rentenversicherung erfahren.<sup>213</sup>

211 Überzeugender ist der Vergleich zwischen Eltern und Kinderlosen bei der Beitragsbemessung für die Sozialversicherung, da hier die finanzielle Mehrbelastung von Familien tatsächlich relevant wird, BVerfGE 103, 242, *Beitragsbemessung Pflegeversicherung* (2001); Lenze, NVwZ 2015, 1658 (1660 f.).

212 BVerfGE 87, 1 (41), *Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung* (1992).

213 Damit folgt das Gericht weniger den Stellungnahmen des Deutschen Juristinnenbundes oder dem Verband Alleinstehender Mütter und Väter, sondern der Arbeitsgemeinschaft der Deutschen Familienorganisationen. Veil sieht darin eine konservative Position, die sich implizit gegen die gestiegene Berufstätigkeit von Frauen richtet und das traditionelle Familienbild bewahren will, Veil, STREIT 1993, 63 (66).

## 2.2.2 Nachehelicher Unterhalt und Familienarbeit

Im Jahr 2002 stellte das Bundesverfassungsgericht auf Art. 6 Abs. 1 GG ab, um über die Berücksichtigung von Familienarbeit bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts zu entscheiden. Es zog ergänzend Art. 3 Abs. 2 GG heran, um zu argumentieren, dass die Ehe als eine Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner zu betrachten sei und sich dies auch auf die gemeinschaftliche Bestimmung über die innerfamiliäre Aufgabenteilung und gemeinsame Sicherung der Existenz beziehe. Daraus folge die Gleichwertigkeit von Familienarbeit mit der Erwerbsarbeit: »Kommen den Ehegatten gleiches Recht und gleiche Verantwortung bei der Ausgestaltung ihres Ehe- und Familienlebens zu, so sind auch die Leistungen, die sie jeweils im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbringen, als gleichwertig anzusehen (...). Haushaltsführung und Kinderbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen. Gleichermaßen prägen sie die ehelichen Lebensverhältnisse und tragen zum Unterhalt der Familie bei.«<sup>214</sup>

Bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts hatten die Fachgerichte die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit unterhaltsmindernd angerechnet. Dies würde aber, so das Bundesverfassungsgericht, einseitig die Ehegatten, die auch während der Ehe erwerbstätig waren (also die Haupternährer), bevorteilen und die Ehegatten, die sich während der Ehe um die Familienarbeit gekümmert haben (also Hausfrauen oder Zuverdienerinnen), benachteiligen.<sup>215</sup>

Das Bundesverfassungsgericht sieht das wesentliche Gerechtigkeitsproblem darin, dass dies eine Missachtung der in der Ehe geleisteten Familienarbeit darstelle und wendet sich damit gegen die kulturelle Abwertung von Haus- und Sorgearbeit. Anhand von Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 GG argumentiert das Gericht hier ähnliche Zusammenhänge wie bei einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, dabei wird die dogmatische Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 GG aber nicht erörtert. Über eine stärker antidiskriminierungsrechtliche Argumentation würde man »Familienarbeit« in Geschlechtsdiskriminierung übersetzen und die Geschlechtergerechtigkeitsdimension besser sichtbar machen können. Zwar kann die geschlechtsneutrale Argumentation auch progressiv gedeutet werden, da Sorgearbeit von Weiblichkeit entkoppelt wird, dennoch wird damit nur unzureichend die aktuelle gesellschaftliche Realität erfasst, in der eben nur zu einem

<sup>214</sup> BVerfGE 105, 1 (10 f., Zitat 11), *nachehelicher Unterhalt und Familienarbeit* (2002); Ewers, FamRZ 2002, 1437; Beunings, NJW 2003, 568.

<sup>215</sup> BVerfGE 105, 1 (13 f.), *nachehelicher Unterhalt und Familienarbeit* (2002).

sehr kleinen Prozentsatz auch Männer die Kindererziehung und die Altenpflege übernehmen.

In einem aktuellen Beschluss hat die Dritte Kammer des Ersten Senats in diesem Sinne argumentiert, dass auch nachteilhafte Regelungen, die an »Elternschaft« anknüpfen, sich als mittelbare Diskriminierung von Frauen darstellen können, »weil Elternzeit jedenfalls bislang in evident höherem Maß von Frauen in Anspruch genommen wird.«<sup>216</sup>

### 3. Zusammenfassung

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung kann die maskuline Perspektivität rechtlicher Regelungen offenlegen und als Problem ungleicher Geschlechterbeziehungen thematisieren. Die einseitige Übernahme von Sorgearbeit liegt quer zu den Voraussetzungen der Alterssicherung, die eine ungebrochene Erwerbsbiografie für eine gute Rente vorsehen.

Methodisch sticht die Entscheidung zur Anwaltsversorgung hervor, in der die Erwerbsorientierung des Beitragszahlungserfordernisses offengelegt, Sozialdaten umfangreich einbezogen und die ökonomische Situation von Frauen ausführlich erörtert und auf diese Weise eine starke Betroffenenperspektive verfolgt werden. Auffällig ist zudem, dass in den skizzierten Entscheidungen Finanzierungsargumenten keine durchschlagende Bedeutung zukommt und konträr zum sonstigen Sozialverfassungsrecht der Gesetzgebung ein nur engbegrenzter Spielraum bei Differenzierung und Typisierung gelassen wird.

Schließlich hat der Exkurs zum Schutz der Ehe und Familie gezeigt, dass die mittelbare Diskriminierung eine Alternative bietet, um Konflikte um gleiche Alterssicherung und die Aufwertung von Familienarbeit nicht als abstraktes geschlechtsloses Phänomen, sondern als Problem ungleicher Geschlechterbeziehungen zu adressieren.

Wie die materiale Deutung des unmittelbaren Diskriminierungsverbots und des Gleichberechtigungsgebots, so ermöglicht auch die mittelbare Diskriminierung die Thematisierung der Ungleichheitsachse Geschlecht als ein verschränktes Phänomen. Mit ihr kann ebenfalls sowohl die Anerkennungsdimension (Aufwertung von Teilzeit und Sorgearbeit) als auch die Umverteilungsdimension (verbesserte Alterssicherung) adressiert werden.

Kritisch ist anzumerken, dass in den Entscheidungen Vollerwerbstätigkeit nur unzureichend als Privileg gedeutet wird. Stattdessen bleibt die Argumentation auf »die Anderen« fokussiert. Eine an Privilegien orientierte Perspektive kann diesen Fokus verschieben und zeigen, dass die

<sup>216</sup> BVerfG, Kammerbeschluss v. 8.6.2016, 1 BvR 3634/13, Rn. 23.

Institution der Vollerwerbstätigkeit eine privilegiert ist, die durch unbezahlte und unversicherte Hausarbeit ermöglicht wird, und daher ein strukturelles Problem der gesellschaftlichen Ordnung von Sozialbeziehungen vorliegt.