

2. Kapitel:

Der Gleichberechtigungssatz in der Literatur

Im ersten Kapitel wurde aufgezeigt, wie sich die Vorstellungen von Gleichberechtigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wandelten. Im folgenden soll untersucht werden, wie sich die juristische Literatur im Laufe der Jahre zur Gleichberechtigung verhielt. Wie in der Rechtsprechung spiegelt sich auch dort der gesellschaftliche Wandel im Verständnis der Rollenverteilung zwischen Mann und Frau wider.

In den fünfziger Jahren dominierte die Vorstellung, daß natürliche Unterschiede zwischen Männern und Frauen von großer Bedeutung seien. Bestand auch Uneinigkeit darüber, wie die naturgegebene Ordnung genau aussähe, unzweifelhaft schien, daß Männern und Frauen unterschiedliche Aufgaben zugewiesen seien. Im Laufe der sechziger und siebziger Jahre schrumpfte der Bereich, in dem Unterschiede zwischen Männern und Frauen als relevant angesehen wurden; immer stärker wurde die Gleichheit der Geschlechter betont. Dies hatte zur Folge, daß zwischen Männern und Frauen differenzierende Rechtsnormen aus dem Rechtssystem verschwanden. Dennoch änderte sich die Situation der Frau nicht in dem Maße, wie erwartet worden war. Das Bewußtsein der Bedeutung von sozialen Unterschieden gewann immer mehr Gewicht.

Es ist nicht Gegenstand dieser Arbeit, die geschichtliche Entwicklung der »Frauenfrage«¹ im einzelnen nachzuvollziehen. Hier ist allein von Interesse, wie die juristische Literatur auf den gesellschaftlichen Wandel dogmatisch reagierte. Um dies einordnen und analysieren zu können, ist es zwar notwendig, sich den Hintergrund vor Augen zu halten, vor dem dogmatische Streitigkeiten ausgetragen wurden; für diesen Zweck reicht jedoch ein allgemeines Verständnis der Entwicklung des Frauenbildes aus.²

1 So der Titel des Buches von Braun.

2 Vgl. zur Einordnung in den geschichtlichen Zusammenhang jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen: Bebel; Braun; M. Weber, Ehefrau; Beauvoir; Friedan; Millet; Schwarzer; Janssen-Jurreit, Sexismus; Frevert; Nave-Herz; Schenk, Feministische Herausforderung; Schröder; Greven-Aschoff; Twellmann.

Die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hatte schon unter einer ähnlichen Fragestellung gestanden. Die Unterschiede, die zwischen rechtsprechender und wissenschaftlicher Tätigkeit bestehen, scheinen aber gravierend genug, um sich – ohne Gefahr der Wiederholung – nun der Literatur zuwenden zu können. Die Rechtsprechung ist auf die Entscheidung von Einzelfällen beschränkt; für grundlegende systematische Erörterungen besteht daher kaum Anlaß, es ist in der Regel auch nicht ihre Aufgabe. Zudem tendiert die Rechtsprechung wesentlich stärker dazu, einmal gewählte dogmatische Ansatzpunkte beizubehalten, sie im Interesse der Rechtssicherheit langsam weiterzuentwickeln und zu modifizieren, und sie nicht – außer in Ausnahmefällen – zu revidieren.

Die Literatur unterliegt solchen Beschränkungen nicht. Hier sind Polarisierungen möglich, und für die Qualität des wissenschaftlichen Diskurses sogar notwendig; Fragestellungen und gegensätzliche Lösungsansätze kristallisieren sich stärker heraus. Es ist die Aufgabe der juristischen Literatur, sich nicht nur mit der praktischen Lösung von Einzelfällen zufriedenzugeben, sondern systematisch durchdachte, stimmige, dogmatische Konzeptionen zu entwickeln. Wohl sind Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als Vorgaben bei der akademischen Bearbeitung zu beachten. Der Natur wissenschaftlichen Arbeitens entspricht es aber auch, diese Vorgaben kritisch zu reflektieren, auf ihre Konsistenz und Tauglichkeit zu überprüfen. Wie im ersten Kapitel ausgeführt, weist die vom Bundesverfassungsgericht zur Auslegung von Art. 3 Abs. 2 GG verwendete dogmatische Konzeption erhebliche Defizite auf. Bei der Analyse der Literatur gilt daher das besondere Interesse Ansätzen, die Art. 3 Abs. 2 GG abweichend von dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts interpretieren.

A. Die erste Phase: die Betonung der natürlichen Unterschiede

In den fünfziger Jahren war Art. 3 Abs. 2 GG eines der am meisten diskutierten Grundrechte. Eine wahre Flut von Veröffentlichungen beschäftigte sich mit der Auslegung des Gleichberechtigungsgebots,³ und die Auseinandersetzung wurde heftig, ja teilweise polemisch geführt.⁴ Ein Verständnis des Art. 3

3 Zum Beispiel fand sich im Sachregister der JZ im Jahre 1953 – nachdem die Frist des Art. 117 Abs. 1 GG abgelaufen war – u. a. die Unterteilung in folgende Grobabschnitte: Bürgerliches Recht, Strafrecht, Verfassungsrecht, Gleichberechtigung von Mann und Frau.

4 Vgl. z.B. Scheffler in ihrem Referat auf dem 38. Deutschen Juristentag: »Auf die hier und da auch in der wissenschaftlichen Diskussion vorkommenden Schlagworte wie: »starres

Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot war noch keineswegs selbstverständliches Allgemeingut. Die in Art. 1 Abs. 3 GG ausgesprochene Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte rückte die Diskussion um das Verständnis der Gleichheit vor dem Gesetz in den Mittelpunkt des Interesses. Soweit es um den allgemeinen Gleichheitssatz ging, konnte man an die Diskussion in der Weimarer Zeit anknüpfen,⁵ mit der Garantie der Gleichberechtigung von Männern und Frauen betrat man verfassungsrechtliches Neuland.⁶

I. Der Streit um den Begriff der Gleichberechtigung

Zwei gegensätzliche Tendenzen bestimmten die Diskussion um den Inhalt des Gleichberechtigungssatzes. Auf der einen Seite war klar, daß mit der Einfügung des Art. 3 Abs. 2 GG in das Grundgesetz mehr Gleichheit zwischen Männern und Frauen verlangt war, als der bisherige Rechtszustand vorsah. Auf der anderen Seite ging man ganz überwiegend von der naturgegebenen Verschiedenheit von Männern und Frauen aus; ebenso selbstverständlich schien daher, daß die natürliche Verschiedenheit in der Rechtsordnung Ausdruck finden mußte.

Die meisten Veröffentlichungen begannen mit der Ablehnung eines »mechanischen« oder »absoluten« Verständnisses des Gleichberechtigungsgesetzes. Die Entschiedenheit des Tones soll durch einige Zitate belegt werden.

Dogma, »öde Gleichmacherei«, »mechanische Gesetzesanwendung«, »Buchstabenreue«, »Nivellierungstendenzen« u. dgl. gehe ich nicht ein. Solche Schlagworte sagen nichts Gegenständliches; sie lassen nur die Tendenz erkennen, die Diskussion auf einen Stand zurückzuwerfen, der durch das Grundgesetz für uns überwunden ist. Sie sind ein untauglicher Versuch, die treuliche Erfüllung der Verfassung herabzusetzen und lächerlich zu machen« (S. B6).

- 5 Vgl. dazu die damaligen Hauptkontrahenten: Leibholz, Gleichheit; Rümelin; Aldag; Triepel, S. 26 ff. und die Referate von E. Kaufmann und Nawiasky auf der Staatsrechtslehrertagung von 1927; gegen: Anschütz, S. 522 ff. und Thoma, Grundrechte, S. 217 ff.; ders., Grundbegriffe, S. 151 ff.
- 6 Die Weimarer Reichsverfassung enthielt zwar einige Bestimmungen, die sich auf die Lage von Frauen bezogen; diese erlangten jedoch kaum Bedeutung. Art. 109 Abs. 2 WRV erwähnte die Gleichheit der staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten von Männern und Frauen, garantierte diese aber nur »grundsätzlich«. Nach Art. 119 Abs. 1 S. 2 WRV beruhte die Ehe auf der Gleichberechtigung der Geschlechter und Art. 128 Abs. 2 WRV sah vor, daß alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte beseitigt werden; vgl. zur Gleichberechtigung der Frau zur Zeit der Weimarer Republik: Schwanecke; Bäumer, S. 30 ff.

»Eine Forderung nach identischen Rechten für Mann und Frau, nach Gleichheit der Rechtsposition trotz aller natürlichen Unterschiede, im Sinne eines sozialistischen Gleichheitsideals, kann aus Art. 3 GG nicht abgelesen werden.«⁷

»Die ewige Natur steht dem Richter zur Seite, wenn er es ablehnt, den Begriff der ›Gleichheit‹ automatisch durchzuführen. Das ist sein bestes Abwehrmittel, wenn eine unsinnige Gleichmacherei an ihn herangetragen wird.«⁸

»Den Staatsgewalten wird keine unfruchtbare und gar nicht realisierbare Gleichmacherei abverlangt.«⁹

»Aus rationellen Gründen, die in der Idee der Gleichberechtigung von Mann und Frau beschlossen sind, verbietet es sich, den Grundsatz wortgetreu und doktrinär zu verstehen, um eine formale Gleichstellung von Mann und Frau herbeizuführen, wo vorgegebene Begriffe und Vorstellungen einer völligen Gleichberechtigung der Geschlechter natürliche Schranken setzen.«¹⁰

»Das Recht darf die gegebenen Unterschiede der Geschlechter nicht nivellieren. Es ist bezeichnend, daß eine ›mechanische Gleichmacherei‹ – und dazu führt die wörtliche Auslegung mit unausweichlicher Logik – allgemein abgelehnt wird.«¹¹

Gleichberechtigung sollte also nicht in »formaler Gleichstellung«, nicht in identischen Rechtspositionen für Männer und Frauen bestehen. Allein die Ablehnung absoluter Gleichbehandlung konnte aber auch für das damalige Verständnis zur Bestimmung des Gehalts des Gleichberechtigungsgebotes nicht ausreichen. Es war offensichtlich, daß das Gleichberechtigungsgesetz die Tendenz zu mehr Gleichheit in sich trug; auch diese mußte zum Ausdruck kommen.

Von manchen wurde daher der »mechanischen Gleichstellung« die »moralische Gleichsetzung«¹² gegenübergestellt. Gleichberechtigung sollte die Anerkennung des gleichen Persönlichkeitswertes, der Gleichwertigkeit zwischen Mann und Frau bedeuten. Insbesondere zu Anfang der fünfziger Jahre wurde die Übereinstimmung dieses Verständnisses mit der christlichen Lehre herausgestellt.¹³ Die Anerkennung der Gleichwertigkeit entspreche der christlichen Vorstellung von der Gleichheit aller Menschen vor Gott. Mann und Frau seien als Gotteskinder ebenbürtig, hätten gleiche Würde als Menschen. Gleiche Würde schlosse aber nicht aus, daß Männer und Frauen zur Wahrnehmung verschiedener Funktionen geschaffen seien. Männer und

7 Beitzke, Gleichheit, S. 208.

8 Hedemann, S. 198.

9 Fuss, S. 329.

10 Bulla, S. 101

11 Knöpfel, S. 553.

12 So die Formulierung von Goldbach (vgl. insb. S. 70 ff., 98 f., 102 ff.).

13 So z.B. auch Beitzke, Gleichheit, S. 209; Bosch, Gleichberechtigung, Sp. 627.

Frauen seien verschieden, nicht verschiedenwertig, sondern verschiedenartig.¹⁴ Gerade die Rücksicht auf Eigenart und Eigenwesen der Frau verlange, daß diesen Unterschieden Rechnung getragen werde.¹⁵ Die Anerkennung der Gleichheit des Persönlichkeitswertes von Mann und Frau bedinge aber einen gleichen Maßstab bei der Verteilung von (unterschiedlichen) Rechten und Pflichten.¹⁶ Welche Kriterien diesen »gleichen Maßstab« konstituieren sollen, wurde nicht näher präzisiert: entscheidend sei, daß Männer und Frauen gleichwertige Rechte innehätten.¹⁷

Andere sprachen zwar nicht ausdrücklich von Gleichberechtigung als Anerkennung der Gleichwertigkeit von Mann und Frau. Im Ergebnis konnten sich jedoch die meisten auf ein – jedenfalls in seiner Abstraktheit – gemeinsames Verständnis von Gleichheit einigen: Gleiches müsse gleich, Verschiedenes ungleich behandelt werden. Der absoluten/mechanischen Gleichheit wurde damit die – von einigen so bezeichnete¹⁸ – funktionell/organische Gleichheit gegenübergestellt. Auf die Gleichberechtigung von Männern und Frauen bezogen, machte der funktionelle oder organische Gleichheitsbegriff unmittelbar einsichtig, daß auch differenzierende Regelungen mit dem Gleichberechtigungsgebot vereinbar sein sollten: nur soweit Männer und Frauen gleich waren, mußten sie auch gleich behandelt werden.

Auf unterschiedlichem Wege wurde der Nachweis geführt, weshalb dieses Verständnis von Gleichheit als »*sum cuique*«¹⁹ auch den Gleichberechtigungsbegriff des Grundgesetzes prägen sollte. Philosophie, Ontologie, Theologie, christliche und naturrechtliche Vorstellungen²⁰ oder die praktische, sittliche Vernunft²¹ wurden herangezogen, um zu begründen, daß Art. 3 Abs. 2 GG lediglich verlange, die Geschlechter nach ihrer Eigenart zu behandeln. Diesen – eher hochtrabenden und häufig sehr ideologiegeladenen – Begründungskonzeptionen näher nachzugehen, wäre eher Gegenstand einer ideengeschichtlich orientierten Arbeit über die Entwicklung des Frauenbildes; für eine grundrechtsdogmatisch ausgerichtete Untersuchung erübrigt sich eine nähere Betrachtung, zumal der Verweis auf diese häufig nur den Absolut-

14 Goldbach, S. 71 f.

15 Goldbach, S. 72.

16 Beitzke, Gleichheit, S. 209.

17 Beitzke, Gleichheit, S. 209.

18 Bumiller, S. 79 ff.

19 Bosch, Gleichberechtigung, Sp. 627.

20 Vgl. insbesondere A. Ziegler, Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie; vgl. auch Goldbach, S. 35 ff.

21 Dölle, Gleichberechtigung (1), S. 355.

heitsanspruch des gewünschten Auslegungsergebnisses untermauern sollte. Das Hauptinteresse gilt im folgenden daher den Argumentationen, die sich in ihrer Begründung direkter auf verfassungsrechtlich-methodische Gesichtspunkte, unmittelbar auf das Grundgesetz selbst beziehen. Als einen Gesichtspunkt der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG berief man sich auf die Entstehungsgeschichte²² und deutete sie in folgender Weise.²³ Der Parlamentarische Rat habe an das Verständnis der Gleichberechtigung in der Weimarer Zeit angeknüpft; man habe Gleichberechtigung damals gerade nicht als Prinzip identischer Behandlung, sondern als Anerkennung der Gleichwertigkeit der Geschlechter verstanden. Aus den Beratungen des Parlamentarischen Rates gehe hervor, »daß man nicht entgegen den natürlichen Gegebenheiten eine Gleichheit von Mann und Frau fingieren wollte, sondern daß es darauf ankam, die Gleichwertigkeit von Mann und Frau herauszustellen.«²⁴ Besondere Stütze meinte man dabei in verschiedenen Äußerungen im Parlamentarischen Rat finden zu können, die deutlich machten, daß auch weiterhin Unterschiede zwischen Männern und Frauen existieren könnten.²⁵ Als bedeutend wurde von Knöpfel zudem angesehen, daß Art. 3 Abs. 2 GG in der zweiten Lesung einstimmig²⁶ angenommen wurde. Schon daraus sei zu ersehen, daß dem Verfassungsgeber radikale Lösungen – und formale Gleichstellung sei eine solche – ferngelegen hätten.²⁷ Auch Beitzke betonte, daß die Verfasser des Grundgesetzes nicht grundlegende Reformen einführen wollten, wozu die Epoche auch nicht reif gewesen sei. Er stützte dieses Argument weiter auf den Charakter des Grundgesetzes, welches sich selbst nur als eine Verfassung für eine Übergangszeit bezeichne.²⁸ Das Grundgesetz habe daher »nur vorläufige Regelungen zu treffen, anzupassen, überzuleiten und grobe Mißstände zu beseitigen.«²⁹ Daneben wurde die systematische Stellung herangezogen. Die Gleichberechtigung von Mann und Frau erscheine im Zusammenhang mit der

22 Zu einer näheren Erörterung der Entstehungsgeschichte aus meiner Sicht, siehe unten S. 323 ff.

23 Knöpfel, S. 554; Beitzke, Gleichheit, S. 208.

24 Beitzke, Gleichheit, S. 209; ähnlich Goldbach, S. 88 ff.

25 Insbesondere beruft sich Knöpfel (S. 554) auf Frau Dr. Weber: Wir »denken nicht an eine schematische Gleichstellung und Gleichberechtigung« (Sten. Protokolle Hauptausschuß, S. 539) und Frau Dr. Selbert, die sich ausdrücklich gegen »Gleichmacherei« wendet (Parlamentarischer Rat, Hauptausschuß, Sten. Ber., S. 540).

26 Darauf, daß Abs. 2 mehrmals im Grundsatzausschuß sowie in der ersten Lesung des Hauptausschusses abgelehnt wurde, geht Knöpfel allerdings nicht ein.

27 Knöpfel, S. 554.

28 Beitzke, Gleichberechtigung, S. 744 f.

29 Beitzke, Gleichberechtigung, S. 745.

Gleichheit aller vor dem Gesetz. Als ein Untersatz³⁰ des allgemeinen Gleichheitssatzes lege Art. 3 Abs. 2 GG denselben Begriff der Gleichheit zugrunde: »Gleichheit soll bestehen bei Gleichheit aller erheblichen tatsächlichen Voraussetzungen.«³¹ Wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln, verstoße gegen das Prinzip der Gerechtigkeit, dessen Ausdruck der Gleichheitssatz sei.

Freilich erfuhr diese Inkorporierung des Gleichheitsbegriffs des Art. 3 Abs. 1 in den Gleichberechtigungsbegriff des Abs. 2 auch in den fünfziger Jahren schon heftige Kritik.³² In ihrem Referat auf dem 38. Deutschen Juristentag faßt Scheffler sie knapp und präzise zusammen:

»Allgemein herrschend ist heute die Lehre, die sagt: Gleichberechtigung bedeutet, daß in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gleiche Tatbestände gleich behandelt werden müssen. Wenn nun der Gesetzgeber neben dem allgemeinen Prinzip der Gleichberechtigung noch besonders bestimmt: Männer und Frauen sind gleichberechtigt, so kann das nur heißen, daß die *natürliche* Verschiedenheit der Geschlechter *rechtlich* nicht als verschiedener Tatbestand gewertet werden darf. ... Gerade weil Männer und Frauen psychisch und physisch verschieden sind, hat er überhaupt ihre rechtliche Gleichheit besonders normiert. Man kann nicht den Grundsatz: Gleichberechtigung trotz Geschlechtsverschiedenheit wieder mit dem Argument der Geschlechtsverschiedenheit einschränken. Das widerspricht der immanenten Logik des Gleichberechtigungssatzes.«³³

Auch Thoma warnte schon 1950 eindringlich vor der Gefahr, die das Hinübernehmen des für den allgemeinen Gleichheitssatz entwickelten Gleichheitsverständnisses in die Interpretation der Absätze 2 und 3 mit sich bringe. Man beraube diese beiden Absätze »aller scharfkantigen Präzision«,³⁴ wenn auch ihr Gleichheitsbegriff vertauscht werde »mit einem Begriff der *aequitas*, in dessen Nebel und Dämmerchein ›gleichberechtigt‹ und ›nicht gleichberechtigt‹ in eins zusammenfließen.«³⁵ In den fünfziger Jahren blieb diese Kritik jedoch ohne ersichtlichen Einfluß auf die herrschende Meinung.

30 Beitzke, Gleichberechtigung, S. 745; ähnlich Knöpfel, S. 556; Dürig, Art. 3 II, S. 3; Schneider, Zwischenbilanz, S. 591.

31 Beitzke, Gleichheit, S. 208 unter Berufung auf die Formulierung von Leibholz, Gleichheit, S. 45.

32 Zum Beispiel Koffka, S. 3; Scheffler, Auslegung, S. 86; Apelt, S. 358; Zeidler, S. 5.

33 S. B4 und B5.

34 Ungleichheit, S. 459.

35 Ungleichheit, S. 457. Thoma verwendete gerade den Gegensatz zwischen Art. 3 Abs. 1 GG gegenüber Abs. 2 und 3 als Argument zur Stützung seiner Auffassung, daß – entgegen Leibholz, Gleichheit und Grundgesetz, S. 194 – auch unter der Geltung des Grundgesetzes der allgemeine Gleichheitssatz den Gesetzgeber nicht binden könne.

II. *Einschränkung des Artikel 3 Absatz 2 GG durch andere Verfassungsnormen*

Ein zweiter Strang der Diskussion um die rechtliche Wirkung des Gleichberechtigunggebots beschäftigte sich vor allem mit seiner Einschränkung durch andere Verfassungssätze oder Staatsziele. Beitzke nannte als eine solche einschränkende Norm beispielsweise die Privatautonomie, die er zwar im Grundgesetz nicht ausdrücklich garantiert sah, wohl aber für einen bestimmenden Satz der ganzen Rechtsordnung hielt. Da die Privatautonomie es gestatte, Verträge beliebig zu schließen, müsse man auch bei der Einstellung beliebig zwischen Männern und Frauen wählen dürfen.³⁶ Daneben nannte er die Autonomie der Religionsgesellschaften und die private Verbandsautonomie, die es zulasse, Vereine zu gründen, die nur Mitglieder eines Geschlechts zulassen.³⁷ Doch waren diese Einschränkungen im Diskussionszusammenhang der fünfziger Jahre eher Nebenschauplätze. Von zentraler Bedeutung waren für die damalige Zeit Fragen des Familienrechts, verfassungsrechtlich gegossen³⁸ in die Auseinandersetzung um das Verhältnis von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG zu Art. 3 Abs. 2 GG.

Dabei stellte sich zunächst die Frage, welche Art von Ehe Art. 6 Abs. 1 GG überhaupt unter den besonderen Schutz des Staates stellte; anders ausgedrückt: der Streit ging um das Ehebild des Grundgesetzes. Einige wenige – in der Regel dieselben, die das Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot vertreten hatten – gingen davon aus, daß Art. 6 Abs. 1 GG nur die auf der Gleichberechtigung der Geschlechter beruhende, nicht aber die patriarchalische Ehe schütze. Nicht Art. 6 GG modifiziere den Gleichberechtigungssatz des Art. 3 Abs. 2 GG, sondern umgekehrt verleihe Art. 3 GG der durch Art. 6 GG geschützten Ehe ihren Charakter.³⁹

Die überwiegende Meinung ging jedoch anders vor. Sie sah in Art. 6 GG einen vorgegebenen Ehe- und Familienbegriff garantiert. Teils nannte man ihn den »historisch überkommenen, vertrauten«,⁴⁰ teils den »nach den Vorstellungen unserer Sittenordnung überkommenen«⁴¹ oder den »christlich bestimmten«.⁴² Enthielten die verschiedenen Formulierungen auch verschie-

36 Beitzke, Gleichheit, S. 211.

37 Beitzke, Gleichheit, S. 212 f.

38 Vgl. die Glosse von Dürig über Familienrechtler und Verfassungsrechtler bei Fragen der Gleichberechtigung.

39 Krüger, Nichtverwirklichung, S. 613; ähnlich: Koffka, S. 3; Scheffler, Auslegung, S. 86.

40 Dölle, Gleichberechtigung (2), S. 355.

41 Bulla, S. 102.

42 Beitzke, Gleichheit, S. 211; ähnlich Bosch, Gleichberechtigung, Sp. 627.

dene Nuancen, waren sich diese Autoren doch weitgehend darin einig, was diesen Ehe- und Familienbegriff prägen sollte. Nicht jeder Einzelvorschrift des Ehe- und Familienrechts sollte Verfassungsrang zukommen, aber man wollte Ehe und Familie, »so wie sie in der abendländischen Welt seit unvor-denklicher Zeit bestanden haben, in ihren Grundformen verfassungsrechtlich gewährleisten«⁴³ sehen.

Hier soll nur auf gleichberechtigungsrelevante Elemente dieses Ehebegriffs eingegangen werden. Über andere Merkmale der Ehe, wie z. B. ihre grundsätzliche Unauflösbarkeit oder ihren Charakter als Einehe, bestand kein Streit.

Viele Autoren gingen zunächst von den natürlichen Unterschieden zwischen den Geschlechtern aus. Die verschiedenen »natürlichen Wesenseigenschaften« von Mann und Frau hätten, so wurde geschlossen, natürliche Aufgabenunterschiede zwangsläufig zur Folge. Der Frau wurde Haushaltsführung und Kindererziehung, dem Mann die Rolle im Berufsleben als Ernährer zugewiesen.

Zu diesem – schon aus der Diskussion um die Auslegung des Gleichberechtigungsgesetzes bekannten – Element trat bei der Bestimmung der Ehe ein weiteres neu hinzu, das für die Gleichberechtigungsdiskussion schwerwiegende Folgen hatte: es ging um das Wesen der Ehe. »Das Wesen der Ehe als der engsten Gemeinschaft von zwei Menschen, die durch ihre von Natur gegebene Verschiedenheit auf einander hin gebildet und auf gegenseitige Ergänzung angewiesen sind«, verlange und bezwecke eine ganz spezifische Einschmelzung der Persönlichkeiten in einen Vereinheitlichungsprozess.⁴⁴

Von ihrer Natur her sei die Ehe auf Erreichung des Familienwohls angelegt: »ein Aliud und ein Mehr als die addierten Privatwohle der Partner«.⁴⁵ Die Ehe sei damit im Unterschied zur Gesellschaft eine echte Gemeinschaft, die nach einer Autorität verlange, die die Einheit wahre. Eine solche wirkliche, d.h. letztentscheidende Autorität könne nur bei einem Partner liegen.⁴⁶ Durch eine zu weitgehende Verselbständigung der Ehepartner würde sie stark gefährdet;⁴⁷ die Tendenz, individuelle Rechtsstellungen zu schaffen, dürfe nicht in einer Vernichtung hierarchischer Gliederung enden.⁴⁸ Autori-

43 Von Mangoldt, Grundgesetz, Anm. 2 zu Art. 6.

44 Dölle, Gleichberechtigung (2), S. 355.

45 Dürig, Art. 3 II, S. 4.

46 Ebda.

47 Bumiller, S. 79.

48 Bosch, Gleichberechtigung, Sp. 628.

tät allein könne Ordnung gewährleisten, und den Gleichbewertungsanspruch zwischen den Geschlechtern verletze sie nicht:⁴⁹ »Die Gleichheit der Würde hebt nicht eine gewisse hierarchische Gliederung auf.«⁵⁰ Daß die Ehe zwingend das Letztentscheidungsrecht eines Ehepartners voraussetze, wurde mit einer weiteren Erwägung erhärtet. Da in einem Zwei-Personen-Verhältnis vermittlels einer Abstimmung nicht entschieden werden könne – was wohl auch schon dem Prinzip nach zumindest für einige Autoren die ehegefährdenden Züge der zu großen Individualisierung und Verselbständigung der Ehegatten in sich trüge –, könne ohne Letztentscheidungsrecht bei Nicht-Einigung dann nur eine staatliche Instanz die Entscheidung treffen. Dies wurde aber gerade als unzulässiger Eingriff der öffentlichen Gewalt in den geschützten Bereich der Ehe angesehen. Es müsse widersinnig erscheinen, »im Zeichen des Gleichberechtigungsgrundsatzes als eines großen historischen Befreiungsvorganges von überholten Frauenbindungen gleichzeitig eine staatliche Instrumentalisierung letzter menschlicher Bereiche einzuleiten.«⁵¹

Wurde bisher immer vom Letztentscheidungsrecht eines Ehegatten gesprochen, so entspricht dies dem in den fünfziger Jahren mehrfach anzutreffenden Versuch, dessen Notwendigkeit zunächst »neutral« aus dem Begriff der Ehe abzuleiten, und sich erst dann der Frage zuzuwenden, wer denn nun dieses Letztentscheidungsrecht innehaben solle.⁵² Im Ergebnis war dies immer der Mann. Auf die Frau wollte niemand das Letztentscheidungsrecht übertragen, obwohl – wie Scheffler ironisch bemerkte – »eigentlich nach dem Gedanken der Gleichberechtigung für die nächsten zweitausend Jahre die Frau bestimmen (müßte), nachdem in den vergangenen zweitausend Jahren der Mann bestimmt hat.«⁵³

Wieder waren es im wesentlichen die drei, aus anderen Zusammenhängen schon bekannten, Begründungsstränge, die zur Rechtfertigung der Übertra-

49 Bosh, Gleichberechtigung, Sp. 627 f.

50 Bosh stellt dieses Zitat des schweizerischen Theologen Emil Brunner seinem Aufsatz »Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt«, Sp. 625, als Vorspruch voran.

51 Dürig, Art. 3 II, S. 4 f. (Hervorhebung des Originals weggelassen).

52 Typisch hierfür z.B. Dürig, der zunächst die »seinsmäßigen Realen« der Ehe herausarbeitet und dann weiterführt: »Nicht in diesem [rein soziologisch seinsmäßigen] Sinne vorgegeben (und das sollten alle zugeben) ist der Anspruch gerade des Mannes auf Letztentscheidung über eheliche Angelegenheiten und Fragen der elterlichen Gewalt. Diese ›Vorgegebenheit‹ ist ein Ergebnis von Wertungen religiöser und historischer Art.« (Art. 3 II, S. 4, Hervorhebungen des Originals weggelassen); oder Bosh, Gleichberechtigung, der auf Sp. 634 ff. die verschiedenen Konfliktlösungsmodelle diskutiert.

53 Referat, S. B 25.

gung des Letztentscheidungsrechts auf den Ehemann herangezogen wurden. Eine wichtige Rolle spielte die Berufung auf die christliche Lehre, insbesondere auf das berühmte Pauluswort, das die Unterordnung der Frau unter den Mann verlangte.⁵⁴ Die katholische Kirche verlangte daher dringend nach der Beibehaltung der Stellung des Mannes als »Haupt der Familie«, während die evangelische Kirche sich in dieser Frage nicht einigen konnte.⁵⁵ In einem zweiten Ansatz wurde versucht, naturrechtlich zu beweisen, daß das »Befehlen eine naturhafte Sonderbefähigung des Mannes, Gehorchen eine ebensolche der Frau« sei.⁵⁶ Und schließlich blieb die Berufung auf die Tradition, auf das »Ehebild, das unsere Kultur in langen geschichtlichen Zeiträumen entfaltet hat, und dem es entspricht, daß der Mann im rechtlich relevanten Außenverhältnis einen gewissen Überlegenheitsanspruch hat.«⁵⁷

Nachdem der Begriff der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG so ausgefüllt wurde, trat das Spannungsverhältnis zum Gleichberechtigungsgebot deutlich hervor. »Sie stehen ... in einem erbitterten Zweikampf«, formulierte Hedemann.⁵⁸ Wer den Zweikampf gewinnen sollte, war nach Ansicht der Vertreter des traditionellen Ehebildes eindeutig. Art. 6 Abs. 1 GG schütze zwar nur die Ehe von gleichberechtigten Partnern, müsse bei auftretendem Widerstreit jedoch vorgehen.⁵⁹ Während die meisten den Vorrang von Art. 6 Abs. 1 GG augenscheinlich für so selbstverständlich hielten, daß er einer näheren Erklärung nicht bedürfe, bemühte sich Dürig um eine Begründung aus der Struktur der beiden Grundrechte heraus. Art. 3 Abs. 2 GG stelle (nur) ein subjektives Einzelrecht dar, Art. 6 Abs. 1 GG hingegen sei eine Rechtsinstitutsgarantie. Jede Einzelnorm aber, die einem Rechtsinstitut ihren Inhalt aufdrängen wolle, finde begrifflich ihre Grenze an den Normen des Rechtsinstituts, die nicht hinweggedacht werden können, ohne daß das Rechtsinstitut entfiel. Dieses »Schicksal« teile auch das Gleichberechtigungsgebot.⁶⁰ Wenn nach dieser Auffassung auch nicht alle Ausformungen der patriarchalischen Ehe des

54 Epheser 5, 22 – 24: »Ihr Frauen, ordnet euch euren Männern unter wie dem Herrn. Denn der Mann ist das Haupt der Frau, wie auch Christus das Haupt der Gemeinde ist, die er als seinen Leib löst hat. Aber wie nun die Gemeinde sich Christus unterordnet, so sollen sich auch die Frauen ihren Männern unterordnen in allen Dingen« (zit. nach der Lutherbibel in der revidierten Fassung von 1984).

55 Vgl. die eingehende Darstellung und Nachweise bei Bumiller, S. 46 ff.

56 A. Ziegler, S. 269.

57 Dürig, Art. 3 II, S. 4. (Hervorhebung des Originals weggelassen).

58 S. 197.

59 So ausdrücklich Bosch, Gleichberechtigung, Sp. 627; ähnlich: Beitzke, Gleichheit, S. 211; Dürig, Art. 3 II, S. 4.

60 Dürig, Art. 3 II, S. 4.

Bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem Gleichberechtigungssatz vereinbar schienen, ihr Kernbestand sollte durch Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert sein.

Würdigt man diese dogmatische Konstruktion im Zusammenhang der Diskussion um den Begriff der Gleichberechtigung, ergibt sich eine erstaunliche Diskrepanz. Zwei Strömungen hatten sich in der Untersuchung des Gleichberechtigungsverständnisses herauskristallisiert: die Minderheit, die Art. 3 Abs. 2 GG als Gleichstellung von Mann und Frau verstand, und die Mehrheit, die in Art. 3 Abs. 2 GG lediglich eine Garantie der Gleichwertigkeit sah und differenzierende Regelungen in weitem Umfang für zulässig erachtete. Ebenso zeigten sich zwei Richtungen in der Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG: die Minderheit, die in Art. 6 Abs. 1 GG nur die gleichberechtigte Ehe geschützt sah, und die Mehrheit, die jedenfalls die Grundprinzipien des traditionellen Ehebildes verfassungsrechtlich garantiert sah. Verschiedene dogmatische Lösungen für das Verhältnis der beiden Vorschriften waren danach denkbar, abhängig davon, welcher Ansicht man sich für die Interpretation des jeweiligen Artikels anschloß. Sah man Art. 3 Abs. 2 GG als Gleichstellung und in Art. 6 Abs. 1 GG nur die gleichberechtigte Ehe geschützt, konnte sich ein Konflikt zwischen beiden Vorschriften nicht ergeben.⁶¹ Sah man Art. 3 Abs. 2 GG als weitgehendes Verbot der Differenzierungen zwischen Männern und Frauen, in Art. 6 Abs. 1 GG aber das traditionelle Ehebild abgesichert, dann ergab sich in der Tat die Möglichkeit der Kollision beider Vorschriften. Dieser Konflikt mußte dann zugunsten der einen oder anderen Vorschrift entschieden werden.⁶² Zu keinem Konflikt hätte es aber führen dürfen,⁶³ wenn man Art. 3 Abs. 2 GG als Garantie der Gleichwertigkeit interpretierte und in Art. 6 Abs. 1 GG die traditionelle Ehe geschützt sah. Es ist schwer vorstellbar, daß – unter diesen Prämissen – Art. 6 Abs. 1 GG eine Regelung hätte verlangen sollen, die den Persönlichkeitswert der Frau herabsetzen sollte. Das traditionelle Ehebild wurde ja gerade damit gerechtfertigt, daß Mann und Frau zwar verschiedene, wohl aber gleich wichtige und gleichwertige Rollen in der Familie wahrnahmen. So überrascht es, daß gerade die Vertreter der Gleichberechtigung als Gleichwertigkeit dennoch eine Präponde-

61 So auch konsequent: Scheffler, Auslegung, S. 86; Krüger, Nichtverwirklichung, S. 613; vgl. auch Koffka, S. 4.

62 Deshalb konsequent Dürig, Art. 3 II; insoweit auch konsequent, Neuhaus, S. 523, der Gleichberechtigung auf die Bereiche beschränkt sehen will, in denen Mann und Frau gleich sind, also die Ehe schon aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 herausnimmt.

63 So auch Knöpfel, S. 558.

ranz des Art. 6 Abs. 1 GG fordern. Sie erwecken damit den Eindruck, daß sie von ihrer eigenen Behauptung, daß die traditionelle Ehe die Gleichwertigkeit der Geschlechter nicht beeinträchtigt, selbst nicht so recht überzeugt sind. Oder kommt darin das Unbehagen zum Ausdruck, daß die Reduzierung des Gehalts des Gleichberechtigungsgebotes auf Anerkennung der Gleichwertigkeit seinem Inhalt vielleicht doch nicht gerecht werden kann?

III. Einzelne Problembereiche der Auslegung

War bisher der Streit um die großen dogmatischen Linien der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG beschrieben worden, so soll jetzt – wenigstens kurz – auf seine Konsequenzen, auf die Lösung von Einzelfällen hingewiesen werden. Beitzke beschreibt den Stand der Auslegung des Gleichberechtigungsgebotes in den fünfziger Jahren zutreffend:⁶⁴

»Sind danach unterschiedliche Regelungen für Mann und Frau denkbar und zulässig, so verlagert sich das Schwergewicht der Problematik auf die Frage, wo solche Unterschiede bei Gleichbewertung von Mann und Frau im Hinblick auf ihre naturgegebene Verschiedenheit im einzelnen möglich oder geradezu erforderlich sind. Das ist aus dem Gleichheitssatz als solchem kaum abzuleiten, denn Gleichheit ist kein absoluter Begriff, sondern vom Standpunkt der Betrachtung aus verschieden. Hier greifen also noch andere Faktoren ein: es muß bestimmt werden, wo nach dem Gesamtzusammenhang unseres heutigen Sozialgefüges Unterschiede noch gerechtfertigt sind, und wo nicht.«⁶⁵

Genau über diese Frage, welche Unterschiede zwischen Männern und Frauen wesentlich sind, bestand aber erheblicher Meinungsstreit. Die abstrakten dogmatischen Überlegungen hatten zwar für die herrschende Meinung zum Ergebnis geführt, daß gewisse Unterschiede berücksichtigt werden dürften, doch boten sie nur wenig Struktur und Kriterien dafür an, welche dies nun sein sollten. Die ganz überwiegende Anzahl der Veröffentlichungen aus den fünfziger Jahren beschäftigte sich denn auch mit der Erörterung von Einzelfragen. Ohne große dogmatische Vorüberlegungen steuerten viele von ihnen unmittelbar auf die Frage zu, ob dieser oder jener, biolo-

64 Zustimmend Zacher, Sozialpolitik, S. 918, der diese Formulierung »gerade wegen ihrer Offenheit gegenüber dem jeweils zu ermittelnden ›Gesamtzusammenhang‹ der rechtlichen mit den außerrechtlichen Elementen lobt«.

65 Beitzke, Gleichheit, S. 209.

gische oder funktionale, vermeintliche oder existierende Unterschied zwischen Männern und Frauen eine differenzierende Regelung rechtfertigen könne.

Mit dem 1. April 1953 gewann die Diskussion an Brisanz. Die Frist des Art. 117 Abs. 1 GG war abgelaufen; ein Gleichberechtigungsgesetz war noch nicht ergangen. Nicht länger konnte sich die Diskussion daher als rechtspolitische auf Vorschläge an den Gesetzgeber beschränken,⁶⁶ sondern mußte sich unmittelbar den juristischen Folgerungen aus dem Satz »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« stellen. In diesem Zusammenhang wird denn auch eher verständlich, weshalb die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 GG⁶⁷ die Gemüter so erhitze. Gab die herrschende Meinung so wenig dogmatische Strukturen für die Auslegung des Gleichberechtigungsgebotes vor, mußte man sich mehr oder weniger stark auf die (subjektive) Einschätzung des einzelnen Richters von der Wesentlichkeit des Geschlechtsunterschiedes verlassen. Befürchtungen für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit konnten dann in der Tat einen hohen Stellenwert einnehmen. Auf der anderen Seite blieb freilich das Problem der Durchsetzung einer Verfassungsvorschrift, nachdem der Gesetzgeber trotz seiner Bindung an Art. 1 Abs. 3 GG nicht gehandelt hatte; denn niemand behauptete, daß alle – noch nicht geänderten – Gesetze mit dem Gleichberechtigungsgesetz vereinbar waren. Angesichts des klaren Wortlautes von Art. 117 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 3 GG ging die Literatur daher überwiegend von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 GG aus.⁶⁸ Einige versuchten aber dem Interesse der Rechtssicherheit durch eine restriktive Auslegung des Gleichberechtigungssatzes Rechnung zu tragen: »[E]ine Vorschrift, welche bestehendes Recht außer Kraft setzt, ohne das neue Recht konkret zu bestimmen, [ist] im Interesse der Rechtssicherheit vorsichtig und eng auszulegen«.⁶⁹

66 So noch ausdrücklich die Themenstellung der bürgerlich-rechtlichen Abteilung des 38. Deutschen Juristentages: »Die Gleichberechtigung der Frau. In welcher Weise empfiehlt es sich, gemäß Art. 117 GG das geltende Recht an Art. 3 Abs. 2 GG anzupassen?«.

67 Vgl. dazu die Darstellung von BverfGE 3, 225 oben S. 29.

68 Bachof, S. 601 ff.; Beitzke, Gleichheit, S. 205; Hagemeyer, S. 601; Reinicke, S. 681; Zweigert, S. 248; a. A. Canter, S. 850 f.; Schneider, Verfassungsrechtliche Vorfragen, S. 889 ff.; Scheld, S. 450. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beendete aber die Diskussion.

69 Dölle, Gleichberechtigung (2), S. 356 (Hervorhebung des Originals weggelassen). Aufschlußreich ist aber auch, wie Dölle, ebda., den größeren Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers näher erläutert: »Diese für die Auslegung des bestehenden Rechts postulierten Prinzipien hindern natürlich den Gesetzgeber nicht, auch dort eine Nivellierung der Posi-

Zur Verdeutlichung des Umfangs und Ausmaßes des Problems, dem sich die Rechtslehre Anfang der fünfziger Jahre gegenüber sah, soll im folgenden auf einzelne Rechtsnormen eingegangen werden, deren Vereinbarkeit mit dem Gleichberechtigungsgebot umstritten war. Um eine vollständige Darstellung aller strittigen Einzelprobleme kann es dabei freilich nicht gehen. Zu zahlreich waren die von Art. 3 Abs. 2 GG betroffenen Rechtsgebiete. Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Beamtenrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Strafrecht, aus dem bürgerlichen Recht vor allem das Familienrecht, aber auch einzelne Vorschriften aus dem Erbrecht und Zivilprozeßrecht wurden Gegenstand der Diskussion. Kann die Darstellung nicht alle umstrittenen Einzelfragen einschließen, so wird sie auch nicht die ausgewählten Fragen, die sie behandelt, umfassend erörtern. Auf Details der einzelnen Vorschrift kommt es in diesem Zusammenhang nicht an; das Interesse dieser Arbeit gilt den Linien der Argumentation, die in der Lösung verschiedener Einzelfragen als Topoi typischerweise eine Rolle spielten und so den dogmatischen Umgang mit dem Gleichbungssatz in den fünfziger Jahren besser verdeutlichen. Dabei werden manchmal auch Argumentationen zu Einzelfragen vorgetragen werden, die schon aus dem ersten Kapitel, der Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, bekannt sind. Da die vor das Bundesverfassungsgericht gelangten Fragestellungen häufig die am heftigsten umstrittenen waren, können sie in der Analyse der Literatur nicht vollkommen ausgeklammert werden. Zur eingehenderen Darstellung ihrer Problematik wird jedoch auf den ersten Teil verwiesen.

1. Schutzvorschriften zugunsten von Frauen

Eine Gruppe von Vorschriften, die nach dem Geschlecht differenzierten, wurde von den meisten Juristen als unzweifelhaft mit dem Gleichberechtigungsgebot vereinbar angesehen: Schutzvorschriften zugunsten von Frauen aufgrund biologischer Unterschiede. Die Annahme biologischer Unterschiede schien damals so selbstverständlich, ihre rechtliche Berücksichtigung so offensichtlich rechtmäßig, daß auf eine nähere Untersuchung häufig verzichtet wurde. In der Literatur deshalb häufig nur nebenbei erwähnt, stellen diese

tionen vorzunehmen, wo sie der Richter heute angesichts der gegebenen Lage nicht feststellen darf. Denn der Gesetzgeber interpretiert, wenn er die Gleichberechtigung durch Erlaß konkreter Normen verwirklicht, den von ihm selbst gesetzten Begriff authentisch«; vgl. auch Esser, S. 72 ff.

Vorschriften eine der Grundannahmen des Gleichberechtigungsverständnisses der fünfziger Jahre heraus: die besondere Schutzbedürftigkeit der Frau aufgrund ihrer biologischen Andersartigkeit.

Zu dieser Gruppe von Regelungen gehörten beispielsweise die Normen zum Schutz der »Geschlechtsehre« der Frau. Die strafrechtliche Regelung der Sexualdelikte⁷⁰ wie auch die besonderen Schadensersatzregelungen des bürgerlichen Rechts⁷¹ enthielten, so wurde ausgeführt, keine ungerechtfertigte Bevorzugung der Frau, sondern angesichts ihrer »geringeren Widerstandskraft« und der »stärkeren Aktivität und Initiative des Mannes in geschlechtlichen Dingen«⁷² bedürfe sie des besonderen Schutzes. Freilich wurde auch schon in den fünfziger Jahren darauf hingewiesen, daß das Kranzgeld seine Entstehung zwar auch physischen und psychischen Geschlechtseigenschaften verdanke, aber sein Kern doch »in der aus mannigfachsten Wurzeln mythischer, geschichtlicher, religiöser, sittlicher Natur erwachsenen Anschauung von der besonderen Verletzlichkeit der Frau«⁷³ liege. Die Hinweise darauf, daß das Gleichberechtigungsgebot gerade die Berücksichtigung von Unterschieden dieser Art untersagen wollte, blieben in den fünfziger Jahren aber vereinzelt. Gängig war die nicht weiter problematisierte Annahme vom Schutzbedürfnis der Frau. Ein solches Schutzbedürfnis nahm man auch im Arbeitsrecht ohne weitere Diskussion an. Die besonderen Arbeitsschutzbestimmungen, wie z. B. das Verbot von Untertagebergbau und Nachtarbeit oder die Mutterschutzregelungen, erschienen als durchaus mit dem Gleichberechtigungsgebot vereinbar.⁷⁴

70 Die Strafantragsbefugnis des Ehemannes bei Beleidigung der Ehefrau (§ 195 StGB) und bei bestimmten leichten Körperverletzungen (§ 232 StGB) hielt Beitzke, Gleichheit, S. 216, jedoch für entfallen.

71 Schadensersatzanspruch nach § 825 BGB bei Bestimmung zur Beiwohnung, nach § 847 Abs. 2 das besondere Schmerzensgeld bei Verbrechen oder Vergehen gegen die Sittlichkeit, bzw. bei der Gestattung der außerehelichen Beiwohnung unter bestimmten Voraussetzungen, sowie das Kranzgeld nach § 1300 BGB.

72 Beitzke, Gleichheit, S. 215.

73 Dölle, Gleichberechtigung (2), S. 356, und fährt fort: »Zu beklagen braucht man den Verlust der Norm, wie mir scheint, nicht. Der durch sie gebotene Schutz war nicht angemessen; für empfindliche Frauen wird Ersatz in Geld wegen eines ideellen Schadens kein Ersatz sein. Und robuste Frauen bedürfen dieser Art des Schutzes nicht. Auch nicht wegen einer etwaigen Verminderung ihrer Heiratsaussichten«.

74 Bulla, S. 101; interessant ist hierbei die Argumentation Beitzkes, der sich in zahlreichen Bereichen unmittelbar auf biologische Unterschiede beruft, aber bei den Arbeitsschutzbestimmungen lediglich darauf verweist, daß sie Gemeingut aller Kulturstaaten seien und auf der »Achtung des Persönlichkeitswertes und Rücksichtnahme auf die besonderen Eigenarten der Frau« beruhen (Gleichheit, S. 221).

Die Vereinbarkeit von Schutzvorschriften zugunsten der Frau mit Art. 3 Abs. 2 GG wurde nicht nur mit dem Verweis auf biologische Unterschiede gerechtfertigt; einige fordern auch, sich auf den »spezifisch historischen« Gehalt des Gleichberechtigungssatzes zu besinnen. Die Forderung nach »Gleichberechtigung« der Geschlechter sei seit jeher eine gegen männliche Besserstellungen gerichtete Forderung der Frau auf Angleichung an die Mannesstellung gewesen.⁷⁵ Nur mit dieser Stoßrichtung sei Art. 3 Abs. 2 in das Grundgesetz eingefügt worden, seinem materiellen Gehalt nach sei er also zu verstehen als: »die Frauen sind den Männern gleichberechtigt«. Man sei also auf dem falschen Wege, wenn man im Zeichen des Art. 3 Abs. 2 GG zu kategorischen Schlechterstellungen der Frau gegenüber dem bisherigen Zustande gelange, indem man ihr Vorzugsstellungen nehme, nur weil der Mann sie nicht habe. »Männliche Retorsionsrechte« könnten dem Gleichberechtigungsgebot nicht entnommen werden.⁷⁶ Beruft sich Dürig auf den spezifisch historischen Gehalt der Forderung nach Gleichberechtigung, kommt v. Caemmerer durch allgemeinere Überlegungen zu Sinn und Zweck des Gleichheitsprinzips zu einem ähnlichen Ergebnis. Unter Berufung auf Erich Kaufmann⁷⁷ führt v. Caemmerer aus, daß »das Gleichheitsprinzip, das an sich stets dem gesellschaftlich oder wirtschaftlich Stärkeren den Vorteil bringen würde, in der sozialen Form, in der es in den modernen Verfassungen durchgeführt wird, jeweils dem Schutze des gesellschaftlich oder wirtschaftlich Schwächeren mitzudienen bestimmt«⁷⁸ sei. Abweichungen zugunsten des gesellschaftlich Schwächeren lasse es damit nicht nur zu, sondern fordere sie geradezu.

2. Grundsätzliche Gleichheit im Arbeitsleben

Im Bereich des Arbeitslebens wurde grundsätzlich von der gleichen Berechtigung der Geschlechter zur Teilnahme am Erwerbsleben ausgegangen.⁷⁹ Umstritten und problematisch war jedoch die Frage, inwieweit dem Gleichberechtigungsgebot für die private Wirtschaft rechtliche Bedeutung zukommen könnte. Nachdem Einigkeit darüber bestand, daß Art. 3 Abs. 2 GG den Grundsatz der Lohnleichheit enthält,⁸⁰ war die Frage von zentraler Bedeu-

75 Dürig, Art. 3 II, S. 3; von Mangoldt/Klein, Anm. IV.5 zu Art. 3.

76 Dürig, Art. 3 II, S. 3.

77 Kaufmann, S. 18.

78 S. 152 f.

79 Beitzke, Gleichheit, S. 217.

80 Beitzke, Gleichheit, S. 222 ff.; dazu Schmidt-Rimpler u.a., S. 165 ff.

tung, ob dies auch Tarifverträge und Einzelarbeitsverhältnisse unmittelbar binde. Desgleichen erschien problematisch, ob der private Arbeitgeber die Freiheit hatte, Frauen allein wegen ihres Geschlechts zu entlassen bzw. nicht einzustellen.⁸¹ Auf die Drittwirkungsdebatte soll hier wegen des begrenzten Untersuchungsgegenstandes der Arbeit nicht näher eingegangen werden. Festzuhalten ist aber, daß das Gleichberechtigungsgebot einer der Auslöser und zentralen Problembereiche der Frage nach der Grundrechtsgeltung zwischen Privaten war.

Im Beamtenrecht war der Staat als Arbeitgeber unzweifelhaft an das Gleichberechtigungsgebot gebunden. Dementsprechend wurden zahlreiche der Frauen benachteiligenden Vorschriften, wie z. B. die unterschiedlichen Altersgrenzen für die lebenslängliche Einstellung,⁸² nun für verfassungswidrig angesehen.⁸³ Auch die im vorläufigen Bundesbeamtengesetz von 1950 noch vorgesehene sogenannte Zölibatsklausel, nach der die Beamtin bei ihrer Verheiratung – auch gegen ihren Willen – entlassen werden konnte,⁸⁴ wenn ihre wirtschaftliche Versorgung nach der Höhe des Familieneinkommens dauernd gesichert erschien, konnte nach überwiegender Ansicht nicht vor den grundrechtlichen Anforderungen bestehen.⁸⁵

Gerade die Diskussion um die Zölibatsklausel zeigt aber auch die Grenze auf, an die die Forderung nach Gleichbehandlung von Mann und Frau im Arbeitsleben stieß. W. Jellinek,⁸⁶ einer der wenigen Befürworter der Zölibatsklausel, berief sich zu ihrer Rechtfertigung auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums und den Schutz der Familie.⁸⁷ Die Vorstellung von den unterschiedlichen Aufgaben von Mann und Frau in der Familie wirkten in die Gestaltung des Arbeitslebens hinein. Wie weit sie auf die Gestaltung des Arbeitslebens Einfluß nehmen durften, war allerdings heftig umstritten. Im Beamtenrecht ging es z. B. um Fragen der Reduzierung bzw. Streichung

81 Dazu Beitzke, Gleichheit, S. 211 und 221.

82 Nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 DBG 1937 durften weibliche Beamte erst nach Vollendung des 35. Lebensjahres auf Lebenszeit angestellt werden, während männliche Beamte eine Lebenszeitstellung ab 27 erreichen konnten.

83 W. Jellinek, S. 138; Beitzke, Gleichheit, S. 220.

84 So im vorläufigen Bundesbeamtengesetz vom 17. Mai 1950. Das Deutsche Beamtengesetz von 1937 hatte in § 67 noch die Entlassung zwingend vorgeschrieben.

85 Grewe, S. 161 ff.; v. Caemmerer, S. 148 ff.; Beitzke, Gleichheit, S. 218 f.; Scheffler, Referat, S. B12 ff.; v. Brünneck, S. 483; Creifelds, S. 483; Krüger, Gleichberechtigung, S. 1774; Maier-Reimer, S. 293; Zeidler, S. 6.; a.A.: W. Jellinek, S. 138 ff.; Goldbach, S. 111.

86 W. Jellinek, S. 138 ff.

87 W. Jellinek, S. 139 f.; dagegen aber pointiert Grewe, S. 162 : »Eine Klausel, die offenbar nicht ganz zu Unrecht die Bezeichnung ›Zölibatsklausel‹ erhalten hat, soll ausgerechnet durch die Schutzvorschriften zugunsten von Ehe und Familie gerechtfertigt sein?«

des Wohnungsgeldzuschusses⁸⁸ für die verheiratete Beamtin oder die unterschiedliche Regelung der Witwen- gegenüber der Witwenversorgung.⁸⁹ Typisch für das Bemühen der fünfziger Jahre, grundsätzliche Gleichheit im Arbeitsleben mit der Verschiedenheit der Aufgaben in der Familie zu harmonisieren, ist die differenzierende Lösung Bullas zum Problem des allein Frauen gewährten Hausarbeitstages. Er lehnt ihn für die unverheiratete Frau ab, für die verheiratete hält er ihn aber für gerechtfertigt.⁹⁰

3. *Natürliche Verschiedenheit in Ehe und Familie*

Im Vordergrund der Gleichberechtigungsdiskussion der fünfziger Jahre stand die Reform des Familienrechts. Einigkeit bestand darüber, daß die patriarchalische Eheform, wie sie im BGB ausgestaltet war, mit Art. 3 Abs. 2 GG nicht vereinbar war. Andererseits sah – wie bereits gezeigt – die h.M. die Grundprinzipien des überkommenen Ehebildes in Art. 6 Abs. 1 GG garantiert.

Eines dieser Grundprinzipien, das nur selten näher diskutiert wurde, war das Festhalten an dem Leitbild der Hausfrauenehe. Daß Haushaltsführung und Kindererziehung grundsätzlich der Frau oblägen, wurde kaum bezweifelt. Diskutiert wurden die Konsequenzen daraus für ein Recht der verheirateten Frau auf eigene Erwerbstätigkeit unter dieser – häufig unausgesprochenen, da selbstverständlichen – Prämisse. Das BGB hatte in seiner ursprünglichen Fassung in § 1356 Abs. 1 der Frau die Haushaltsführung als Recht und Pflicht zugewiesen und in § 1358 ein Kündigungsrecht des Mannes für ein Arbeitsverhältnis der Ehefrau statuiert. Dies, so war man sich weitgehend einig, konnte im Lichte des Gleichberechtigungsgebots nicht weiter bestehen.⁹¹ Was stattdessen in der Neufassung durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957⁹² an seine Stelle trat, wurde weithin akzeptiert. Die Neufassung des § 1356 Abs. 1 – § 1358 fiel weg – lautete: »Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung. Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ih-

88 Zum Beispiel erhielten verheiratete weibliche Beamte nach § 9 Abs. 4 des Besoldungsgesetzes vom 16. Dezember 1927 nur die Hälfte des Wohnungsgeldzuschusses, unter bestimmten Bedingungen auch gar nichts. W. Jellinek, S. 143, hielt dies für verfassungsgemäß; a.A. Beitzke, Gleichheit, S. 220; Scheffler, Referat, S. B18.

89 Für Verfassungsmäßigkeit: W. Jellinek, S. 141 ff.; a.A. Beitzke, Gleichheit, S. 220; Scheffler, Referat, S. B18.

90 Bulla, S. 400; vgl. auch Beitzke, Gleichheit, S. 221; Krüger, Gleichberechtigung, S. 1775.

91 Dölle, Gleichberechtigung (1), S. 31; Hagemeyer, S. 603; Arnold, Anm. 1 zu § 1358.

92 BGBl. I S. 609.

ren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist«. Zwar versuchten einige⁹³ die Vorschrift dahin zu interpretieren, daß sie nur das Recht, nicht aber die Pflicht der Frau zur Haushaltsführung enthielt, dem Wortlaut näher kam aber die wohl h.M., die in § 1356 die Vorrangigkeit der Haushaltsführung durch die Ehefrau anerkannt sah.⁹⁴

Ähnlich, wie man sich über die Verfassungswidrigkeit des Kündigungsrechts des Mannes einig war, war man sich über die Reformbedürftigkeit zahlreicher weiterer Vorschriften im klaren. Dies betraf vor allem das eheliche Güterrecht. Der bisherige gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes war mit der Gleichberechtigung unzweifelhaft nicht vereinbar.⁹⁵ Auch andere vermögensrechtliche Folgen der Ehe waren neu zu gestalten, wie z. B. Schlüsselgewalt und Unterhaltspflicht. Wollte man die familienrechtliche Diskussion umfassend darstellen, wären der strittigen Einzelfragen noch viele zu nennen. Doch soll im folgenden nur noch auf die Vorschriften eingegangen werden, die die Stellung der Ehegatten in der Ehe entscheidend prägten, ohne unmittelbar auf die verschiedene Aufgabenzuweisung rückführbar zu sein.

Im »Brennpunkt des ideologischen Kampfes«⁹⁶ stand § 1354 BGB a.F., der dem Mann das Entscheidungsrecht in ehelichen Angelegenheiten zugesprochen hatte. Wurde dem Streit über diese Vorschrift auch vielfach die praktische Bedeutung abgesprochen,⁹⁷ so wurde kaum eine Regelung kontroverser diskutiert. Sie stand – vielleicht nur symbolisch – als »Kernvorschrift«⁹⁸ für den Streit darüber, wie es um das Verhältnis der Ehegatten zueinander bestellt war. Das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 hob § 1354 BGB auf. Das knappe Abstimmungsergebnis zeigt aber, wie gespalten die Lager waren: das ehemännliche Entscheidungsrecht wurde mit 186 zu 172 Stimmen bei 6 Enthaltungen abgelehnt.⁹⁹ Doch dazu, alle Entscheidungsrechte des Mannes abzuschaffen, konnte sich der Bundestag im Gleichberechtigungsgesetz nicht durchringen. Wiederum mit sehr knappen Mehrheiten¹⁰⁰ wurde in § 1628

93 Krüger, Gleichberechtigungsgesetz, Rdn. 3 zu § 1356.

94 Palandt-Lauterbach, 17. Aufl., Anm. 1 zu § 1356.

95 Dölle, Gleichberechtigung (1), S. 36; Beitzke, Gleichheit, S. 233 f.

96 Dölle, Gleichberechtigung (2), S. 356.

97 Müller-Freienfels, S. 694.

98 Abgeordneter Wittrock i. d. 206. Sitzung des 2. Bundestags vom 3.5.1957, Sitzungsbericht, S. 11770.

99 Berliner Abgeordnete 10 : 5 Stimmen, Sitzungsbericht, a.a.O., S. 11873.

100 Ein Antrag von Dr. Schwarzhaupt, der im wesentlichen zu einer Streichung des Stichtentscheids geführt hätte, wurde mit 165 zu 185 Stimmen bei einer Enthaltung abgelehnt (Berliner Abgeordnete 10 : 4), Sitzungsbericht, ebda.

Abs. 1 BGB der väterliche Letztentscheid normiert. Die Verfassungsmäßigkeit der Norm erschien allerdings schon zum Zeitpunkt ihres Erlasses zweifelhaft.¹⁰¹ Die Rechtsprechung war in der Zeit nach dem Ablauf der in Art. 117 Abs. 1 GG gesetzten Frist und vor Inkrafttreten der Regelung des Gleichberechtigungsgesetzes ganz überwiegend von der gemeinsamen Entscheidung, dem gemeinsamen Sorgerecht und der Gesamtvertretung der Eltern ausgegangen.¹⁰² Hinzu kam, daß mit der Streichung des Entscheidungsrechts des Ehemannes das Argument, in einer Zweiergruppe müsse einer der beiden entscheiden, um ihr Auseinanderfallen bzw. ein zu starkes Hineinregieren zu verhindern, an Überzeugungskraft deutlich verloren hatte.¹⁰³ Das Bundesverfassungsgericht erklärte den väterlichen Stichtentscheid denn auch 1959 für nichtig.¹⁰⁴

§ 1355 BGB a. F. hatte bestimmt, daß die Frau bei der Eheschließung den Namen des Mannes erhalte. Das Gleichberechtigungsgesetz versuchte, die Anpassung an die Geltung des Art. 3 Abs. 2 GG dadurch vorzunehmen, daß der Frau gestattet wurde, ihren »Mädchenamen« dem Familiennamen, i. e. dem Namen des Mannes, hinzuzufügen. Der Gesetzgeber folgte damit der wohl herrschenden Meinung in der Literatur, die unter Gleichberechtigung im Namensrecht zwar verstand, daß der »Mädchenname« der Frau irgendwie berücksichtigt werden mußte, aber ein Abweichen von dem Mannesnamen als Familiennamen für fast undenkbar hielt.¹⁰⁵

Im Staatsangehörigkeitsrecht wurden vor allem zwei Problemkreise diskutiert. Zum einen ging es um den Einfluß der Staatsangehörigkeit des Mannes auf die der Frau, zum anderen um die Staatsangehörigkeit der ehelichen Kinder. Während man dem automatischen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit bei Heirat einer Deutschen mit einem Ausländer unter Geltung des Gleichberechtigungsgesetzes eher skeptisch gegenüberstand und die Möglichkeit der bevorzugten Einbürgerung unabhängig davon, wer der deutsche Ehegatte war, verlangte, akzeptierte man trotz Gleichberechtigung den ipso

101 Gegen Entscheidungsrecht: Müller-Freienfels, S. 694; Dölle, Gleichberechtigung (1), S. 29 f. und 38 f.; Siebert, S. 3; Arnold, S. 24; a. A.: Bosch, Gleichberechtigung, S. 625 ff.; Dürig, Art. 3 II, S. 4 f.; A. Ziegler, S. 270 ff.

102 BGHZ 20, 313; sowie zahlreiche Oberlandesgerichte. Abweichend hatten fast nur einige Landgerichte und Amtsgerichte entschieden; zahlreiche Nachweise bei Krüger, Gleichberechtigungsgesetz, Rdn. 4 ff. zu § 1628.

103 Damit begründet Müller-Freienfels, S. 694, die Gefahr, daß das BVerfG in der Argumentation des Gesetzgebers wohl einen Widerspruch entdecken müsse. In der Tat nimmt das Bundesverfassungsgericht diesen Gedanken auf (BVerfGE 10, 59, 81).

104 BVerfGE 10, 59.

105 Goldbach, S. 146 ff.; Dölle, Gleichberechtigung (2), S. 357; Hübner, S. 51 f.

iure Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit bei der Heirat einer Ausländerin mit einem Deutschen, auch wenn es ein entsprechendes Recht für den Ausländer, der eine Deutsche heiratete, nicht gab.¹⁰⁶ Schließlich wurde ganz überwiegend abgelehnt,¹⁰⁷ daß die mit einem nicht staatenlosen Ausländer verheiratete Deutsche ihre Staatsangehörigkeit automatisch auf die ehelichen Kinder übertragen könne.

Schon die Tendenz der Ergebnisse – ein wenig Gleichberechtigung, aber nicht zuviel – gibt gewissen Aufschluß über die Stimmung der Zeit; verdeutlicht wird der Umgang mit der Gleichberechtigung aber vor allem durch die Begründungen, die vorgetragen werden. Teils widersprechen sie sich; gemeinsam ist ihnen, daß sie über die Berücksichtigung funktionaler Unterschiede hinausgehen.¹⁰⁸ Zwar spielte auch die Berufung auf die Tradition eine wesentliche Rolle, doch allein darauf mochte man sich nicht stützen.¹⁰⁹

Ein Weg der Argumentation war die Heranziehung anderer Rechtsgüter oder Interessen. Die Einschränkung des Art. 3 Abs. 2 GG durch Art. 6 Abs. 1 GG wurde bereits oben abstrakt beschrieben. Verlangten Einheit der Familie, der Charakter der Familie als Gemeinschaft ein Letztentscheidungsrecht, einen gemeinsamen Familiennamen und eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, war die Anknüpfung der Normierungen in diesem Bereich an ein Geschlecht verfassungsrechtlich geboten. Erinnert sei daran, daß zwar manche theoretisch offenließen, an welches Geschlecht angeknüpft werden sollte; praktisch wurde es immer der Mann. So bekämpfte man »individualistische Tendenzen«, die zur Zerstörung der Ehe führen würden. Vielleicht, weil man sich der Überzeugungskraft des Arguments, die Interessen der Gemeinschaft verlangten all diese Regelungen, nicht ganz sicher war, berief man sich neben der Familieneinheit auch auf das Kindeswohl.¹¹⁰ War das Elternrecht nur gewährleistet um des Kindes willen, klang einleuchtender, daß das Kindeswohl vorgehen sollte. Weshalb das Kindeswohl allerdings ein Letztentscheidungsrecht des Vaters, oder den Namen des Mannes als Familiennamen verlangen,

106 Beitzke, Gleichheit, S. 214 f.; Dürig, S. 3.

107 Beitzke, Gleichheit, S. 214 f.; anders aber: Scheffler, Referat, S. B11.

108 Zwar gab es einige, die das Letztentscheidungsrecht und Außenvertretungsrecht des Mannes schon direkt aus biologischen Unterschieden ableiteten; vgl. A. Ziegler, S. 113 ff. Diese waren jedoch deutlich in der Minderzahl.

109 Vgl. aber Hedemann, S. 199: »Das Schlußergebnis muß eine Besinnung sein auf den Kulturkreis, in dem wir stehen. Wie ich ... ausgeführt habe, würde eine absolute Gleichsetzung und eine vollständige Streichung des ehemännlichen Übergewichts uns von dem europäischen Kulturkreis entfernen und dem sowjetrussischen Kulturkreis an die Seite stellen«.

110 Siehe z.B. die Argumentation von Knöpfel, S. 557.

oder gar, weshalb es dem Kind schaden sollte, wenn es die Staatsangehörigkeit der Mutter erwürbe, wurde nicht näher begründet.

Auch andere Rechtsgüter, unabhängig davon, ob sie Verfassungsrang hatten oder nicht, wurden herangezogen. Zum Beispiel »sprach« das Ziel, die Anzahl der Personen mit doppelter Staatsangehörigkeit gering zu halten, gegen den Erwerb der Staatsangehörigkeit beider Eltern durch das Kind.¹¹¹ Das »Interesse an Einfachheit, Einheitlichkeit und Zweifelsfreiheit der Rechtsverhältnisse« mache Unterschiede, wie z. B. im Recht der Staatsangehörigkeit, unentbehrlich.¹¹² Und im Namensrecht sollte schon die Berufung auf die »Ordnung« zur Rechtfertigung der Norm, die den Namen des Mannes zwingend zum Familiennamen erhob, ausreichen.¹¹³

Alle diese Begründungen taugen bei näherer Analyse zur Einschränkung des Art. 3 Abs. 2 GG nicht.¹¹⁴ Berief man sich auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, hatte man zwar ein Verfassungsrechtsgut gefunden, welches ob seiner Gleichrangigkeit die Einschränkung einer anderen Verfassungsnorm möglicherweise hätte rechtfertigen können. Dafür war schwierig darzulegen, weshalb die Familieneinheit zwingend die fraglichen Regelungen verlangen sollte. Bei der Berufung auf andere Rechtsgüter stellte sich hingegen das umgekehrte Problem. Zwar war eindeutig, daß die differenzierenden Regelungen zur Erreichung des Zweckes durchaus geeignet, vielleicht auch notwendig waren, dafür war zweifelhaft, ob der nicht im Verfassungsrang stehende Zweck ein in der Verfassung gewährleistetes Recht einschränken durfte. Konnte die Reduzierung der Anzahl von Personen mit doppelter Staatsangehörigkeit, eine in sich durchaus legitime und verfassungsrechtlich zulässige Zwecksetzung, ein Abweichen von dem verfassungsrechtlich gewährleistetem Grundrecht des Art. 3 Abs. 2 GG rechtfertigen?

111 Beitzke, Gleichheit, S. 215.

112 Schneider, Zwischenbilanz, S. 591; Dürig, Art. 3 II, S. 3 bezog sich auf die »Natur der Sache« und das Rechtsstaatsprinzip.

113 Döfle, Gleichberechtigung (2), S. 357.

114 Arndt übte schon 1960 – am Beispiel der Höfeordnungsentscheidung des BGH (BGHZ 30, 50) – an der Verwendung eines Begründungsganges, der nicht die Auslegung des Gleichberechtigungssatzes vornimmt, sondern seine Unanwendbarkeit behauptet, harsche Kritik: »Der BGH versagt dem Verfassungssatz der Gleichberechtigung der Geschlechter die Geltungskraft, weil er nicht nicht »vernünftig« sei, und leitet eine Unvernunft aus der »natürlichen Ordnung« ab. . . . Das rein Ideologische einer solchen Argumentation wird daran deutlich, daß dem Maßstab der Verfassung ein irrationaler Maßstab der Vernünftigkeit und Natürlichkeit gegenübergestellt wird, und zwar ohne die Spur einer Erklärung, woher dieser Maßstab des Vernünftigen und Natürlichen denn genommen werde und woraus sich seine allgemeine Verbindlichkeit ergebe« (Grundgesetz, S. 13); vgl. zur Problematik und zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Höfeordnung oben S. 83 f.

So ganz konnten die bisherigen Begründungen offenbar auch die, die sie vertraten, nicht befriedigen, denn sozusagen auf einer nächsten Stufe gingen sie daran, zu erklären, weshalb eine Einschränkung des Gleichberechtigungsgebots letztlich gar nicht vorlag. Man bemühte sich, darzustellen, daß das Entscheidungsrecht des Mannes wie die Regelungen im Namensrecht und Staatsangehörigkeitenrecht keine – oder jedenfalls keine wesentliche – Benachteiligung der Frau enthielten, daher eigentlich gleichberechtigungskonform waren.

Die geregelten Normen wurden häufig als »Ordnungsvorschrift« bezeichnet. Ordnungsvorschriften können als Materien gekennzeichnet werden, die gegenüber den verschiedenen menschlichen Interessen ganz oder weitgehend indifferent sind, so daß ein menschliches Interesse lediglich daran besteht, daß diese Materie überhaupt geregelt wird, einerlei in welcher Weise.¹¹⁵ Reduzierte man zentrale Fragen der Gleichberechtigung zu »Ordnungsfragen«,¹¹⁶ implizierte man, daß geschützte Interessen durch ihre Regelung nicht betroffen sein konnten. In dieselbe Richtung geht, auch wenn der Begriff der Ordnungsvorschrift vermieden wird, die Argumentation, die die Anknüpfung an das Merkmal Geschlecht in bestimmten Bereichen als verfassungsrechtlich geboten ansieht. Die Wahl eines Geschlechts könne dann eine rechtliche Begünstigung oder Benachteiligung nicht ausdrücken.¹¹⁷ Dürig formulierte es noch plastischer: »[M]uß etwa der Kindeserwerb von Staatsangehörigkeit und Namen irgendwie an ein Geschlecht anknüpfen [, ist d]em Verfassungsrecht ... hier auch der leiseste Anschein einer Frauenbenachteiligung fern«.¹¹⁸

Ähnliche Tendenzen lassen sich in der Verwendung der Begrifflichkeit, mit der man die Probleme umschrieb, aufzeigen. Überwiegend wurde nicht mehr vom »Entscheidungsrecht des Mannes«, sondern von einem »relativierten« Entscheidungsrecht gesprochen, dem »Stichentscheid« oder »Letztentscheid«. Krüger nennt diese Begriffe »juristisch unrichtige Euphemis-

115 Vgl. Wolff, S. 47

116 Für das Namensrecht z.B.: Dölle, Gleichberechtigung (2), S. 357; Palandt-Lauterbach, 16. Aufl., Vorbem. zu § 1355; OVG Koblenz vom 17.2.1954, FamRZ 54, 199; OLG Bremen vom 14.1.1957, FamRZ 57, 98; a.A.: Beitzke, Gleichheit, S. 232 und vor allem Krüger, Gleichberechtigungsgesetz, Rdn. E16.

Für das Entscheidungsrecht z.B.: Dr. Weber (CDU/CSU) in der Debatte über das Gleichberechtigungsgesetz, Protokoll d. 206. Sitzung vom 3.5.1957, Sitzungsbericht, S. 11768 f.
117 So Schneider, Zwischenbilanz, S. 591, der die Anknüpfung an allgemeine natürliche Merkmale (z.B. im Staatsangehörigkeitsgesetz) für geboten hält. Und K. Hübner, S. 51, führt aus: »Es bedeutet m.E. keine Bevorzugung des Mannes, daß sein Name ihm bleibt«.

118 Dürig, Art. 3 II, S. 3.

men, mit einem Wort: Sprach-Lügen. Alles, was nicht ›letzte‹ also ›endgültige‹ Entscheidung ist, ist überhaupt nicht ›Entscheidung‹.¹¹⁹ Schließlich kombinierte man beschönigende Bezeichnungen mit dem Hinweis darauf, daß nur selten eintretende Fälle hier geregelt seien. Staatssekretär Strauß rechtfertigte das männliche Entscheidungsrecht im Regierungsentwurf zum Gleichberechtigungsgesetz von 1957 damit, daß hier nicht »ein reines Übergewicht des Mannes« vorgesehen sei, »sondern in einem spezifischen, in der Wirklichkeit nicht häufig vorkommenden Konfliktfall wird im Rahmen der Familie die vorläufige Auswegentscheidung vom Mann getroffen«.¹²⁰ Die Gegner des ehemännlichen Entscheidungsrechts konterten plausibel mit dem Hinweis darauf, daß die gesetzliche Regelung ja überhaupt nur für den Konfliktfall relevant sei. Wurde gesetzlich dem einen die Entscheidungsgewalt in allen Konfliktfällen zugesprochen, lag die Frage nahe, wieweit das Vorrecht des Mannes denn noch verstärkt werden müsse, damit ein »reines Übergewicht des Mannes« gegeben sei.¹²¹

Noch deutlicher wird die Strategie der Problembewältigung durch Problemverkleinerung, wenn Benachteiligungen in Bevorzungen umgedeutet werden. So führte Beitzke aus, daß »die Führung des Mannesnamens für die Frau nicht nur Last, sondern auch ein Privileg ist, dem für den Mann kein gleiches Recht gegenübersteht«.¹²² Fast möchte man fragen, ob die Namensregelung vielleicht wegen Benachteiligung des Mannes aufzuheben und zumindest ein Wahlrecht dahingehend zu gestatten sei, daß der Ehepartner, der das Privileg der Führung des Namens des anderen möchte, es auch wahrnehmen kann. Dieser Schluß wird jedoch nicht gezogen. Ähnliches liest man zur Entscheidungsgewalt des Mannes, obwohl man hier doch nicht so weit geht, eine Bevorzugung der Frau durch das Privileg, gehorchen zu dürfen, zu behaupten. Aber Anklänge an das Thema »Last der Entscheidung« hört man doch heraus: »Als pflichtgebundenes, mit der Verantwortung beschwertes Recht ist ein solches Bestimmungsrecht kaum ein Privileg. Es bedeutet nur Stichentscheid und Lenkung, nicht aber Gehorsam fordernden Befehl. Es macht den Bestimmenden nur zum ›primus inter pares‹ und bedeutet – namentlich bei Anerkennung von Funktionsteilungen – keine Herabsetzung des Persönlichkeitswertes«.¹²³ Im Staatsangehörigkeitsrecht verzichtet man

119 Gleichberechtigungsgesetz, Rdn. E15.

120 In der 206. Sitzung des 2. Bundestages vom 3.5.1957, Sitzungsbericht, S. 11789 B.

121 Krüger, Gleichberechtigungsgesetz, Rdn. E18.

122 Beitzke, Gleichheit, S. 232; ähnlich: Mitteis, Sp. 243.

123 Beitzke, Gleichberechtigung, S. 745.

darauf, die fehlende Benachteiligung der Frau zu beweisen, man verneinte überhaupt jedes Betroffensein der Mutter, wenn das Kind ihre Staatsangehörigkeit nicht erwarb.¹²⁴

IV. Zusammenfassung

In den frühen fünfziger Jahren stand die Rechtslehre vor einem neuartigen Phänomen. Eine Norm, die als unmittelbar geltendes Recht die Gleichberechtigung von Männern und Frauen vorschrieb, hatte es in früheren deutschen Verfassungen nicht gegeben. Die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG war heftig umstritten.

Nur eine Minderheit sah Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als Differenzierungsverbot. Verlange schon der allgemeine Gleichheitssatz, gleiche Lebenssachverhalte gleich zu behandeln, könne eine darüber hinausgehende Garantie der Gleichberechtigung nur bedeuten, daß die Unterschiede zwischen Männern und Frauen – die die Vertreter dieser Auffassung nicht bezweifelten – keine Berücksichtigung im Recht finden dürften. Dieses Verständnis des Gleichberechtigungsgebots entfaltete allerdings erst in späteren Jahrzehnten, obwohl schon in den fünfziger Jahren mit Verve und guten Argumenten vorgetragen, seine Wirkung.

Die herrschende Meinung in den frühen fünfziger Jahren deutete das Verhältnis zwischen allgemeinem Gleichheitssatz und Gleichberechtigungsgebot anders. Sie ging von einem Vorrang des allgemeinen Gleichheitssatzes aus: Gleichberechtigung könne es nur unter den Prämissen des allgemeinen Gleichheitssatzes geben. Die dem allgemeinen Gleichheitssatz zugrundeliegende Idee der Gerechtigkeit – Gleiches müsse gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden – könne auch Gleichberechtigung nur bei Gleichheit von Mann und Frau zulassen. Da damals natürliche, biologische und funktionale Unterschiede zwischen den Geschlechtern in weiten Bereichen als selbstverständlich angesehen wurden, konnte Sinn des Gleichberechtigungsgebots nicht die formale Gleichstellung, nicht die Schaffung identischer Rechtspositionen sein. Der Inhalt des Gleichberechtigungssatzes wurde stattdessen in der Anerkennung des gleichen Persönlichkeitswertes von Mann und Frau gesehen. Mann und Frau sollten nach diesem Verständnis zwar nicht identische, aber gleichwertige Rechtspositionen haben und ihrer Eigenart entspre-

124 Beitzke, Gleichheit, S. 214.

chend behandelt werden. Gleichberechtigung bedeutete Anerkennung der Gleichwertigkeit.

Als weiteres Element der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG betonte die herrschende Meinung die spezifische historische Ausgangslage der Vorschrift. Hauptstoßrichtung des Gleichberechtigungsgesetzes war der Abbau von Normen, die die Frau benachteiligten. Zwar verengte man den Schutz des Gleichberechtigungssatzes nicht vollkommen auf Frauen, sondern ließ auch zu, daß sich Männer in einem gewissen Umfang auf den Schutz der Gleichberechtigung berufen konnten, doch »männliche Retorsionsrechte« sollte das Grundrecht nicht enthalten. Dies hatte zur Folge, daß man »Bevorzugungen« - oder was man damals dafür hielt - der Frau meist unproblematisch für mit dem Gleichberechtigungsgesetz vereinbar ansah, während man Regelungen, die Frauen benachteiligen könnten, nur mit hohem Begründungsaufwand als dann eben letzten Endes doch nicht benachteiligend rechtfertigte.

B. Die zweite Phase: die Betonung der Gleichheit

Nach der Hochphase der Diskussion um die Gleichberechtigung in den frühen fünfziger Jahren ließ das Interesse an der Auseinandersetzung mit dem Grundrecht des Art. 3 Abs. 2 GG nach.¹²⁵ Hatten der Erlaß des Gleichberechtigungsgesetzes und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum väterlichen Stichtenscheid noch einmal zahlreiche Publikationen veranlaßt,¹²⁶ so beschäftigten sich in den sechziger und siebziger Jahren nur noch wenige Schriften mit der Interpretation des Gleichberechtigungsgesetzes. Teils standen sie noch in der Tradition der fünfziger Jahre und nahmen die traditionelle Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern als von der Natur vorgegeben hin; doch fehlte ihnen der Absolutheitsanspruch und der missionarische Eifer, die die Auseinandersetzung in den fünfziger Jahren noch so deutlich gekennzeichnet hatten.

Sie reflektierten aber auch schon den sozialen Wandel, der in der Bundesrepublik stattfand. Immer mehr Frauen, insbesondere auch verheiratete Frauen, waren erwerbstätig. Die Ideologie, daß Frauen ins Haus gehörten, wurde brüchiger, und die Bereiche, in denen die Rechtsordnung Unterschiede zwischen den Geschlechtern zum Ausdruck bringen durfte, verengten

125 Mit dieser Beobachtung beginnt Ramm seinen Aufsatz in der JZ 1968, S. 41; und Ridder spricht schon 1966 davon, daß der Widerstand gegen die Gleichberechtigung »ebenso plötzlich wie lautlos zusammen[brach]« (S. 222).

126 Zum Teil heftige Kritik an BVerfGE 10, 59 übten z.B.: Knöpfel, S. 553 ff.; Bosch, Zum Urteil, S. 408 ff.; Beitzke, Elterliche Gewalt, S. 401.

sich zusehends (I). Die geringere Bedeutung der Unterschiede zwischen Männern und Frauen machte den Weg frei zu einem dogmatischen Verständnis des Gleichberechtigungsgebotes, welches die Gleichheit von Männern und Frauen betonte und damit das Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich Gleichbehandlung und Ungleichbehandlung umkehrte. Von einem Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot ausgehend, bemühte man sich – vor allem in den siebziger Jahren – um den Entwurf von Auslegungsmodellen, die dogmatisch konsistenter und befriedigender als die schlichte Berufung auf Ausnahmen die Begrenzung einer strikten Geltung des Differenzierungsverbots zu fassen suchten (II).

I. Die Verringerung der Reichweite der Unterschiede

In den fünfziger Jahren waren noch so zahlreiche Unterschiede zwischen Männern und Frauen als bedeutsam angesehen worden, daß man einige beispielhaft aufzählte, andere implizit voraussetzte, auf eine umfassende Darstellung jedoch in der Regel verzichtete. In den sechziger und siebziger Jahren hingegen finden sich Versuche, die Unterschiede zu systematisieren und nach Kategorien geordnet auf ihre rechtliche Relevanz zu befragen.¹²⁷ In Anlehnung an die inzwischen gefestigte Formel des Bundesverfassungsgerichts,¹²⁸ die die Diskussion naturgemäß maßgeblich prägte, soll im folgenden untersucht werden, wie sich die Auffassung von der Reichweite der biologischen (1) und der funktionalen (2) Unterschiede im Laufe der Jahre veränderte.

1. Biologische Unterschiede

Als biologische Unterschiede, die rechtliche Ungleichbehandlung zur Folge haben konnten oder mußten, erschienen – auch dies in Übernahme einer Formulierung des Bundesverfassungsgerichts¹²⁹ – jedenfalls die Merkmale, die nur in einem Geschlecht verwirklicht werden können. Dürig nannte 1973

127 Typisch dafür der Ansatz von Binder-Wehberg, S. 33 – 68.

128 Siehe dazu oben S. 28 ff.

129 St. Rspr. seit BVerfGE 6, 389, 422 f.

als solche Lebenssachverhalte Menstruation, Defloration, Schwangerschaft, Geburt, Stillzeit und Klimakterium.¹³⁰

In den siebziger Jahren wurde beispielsweise die Anknüpfung an die Defloration als mögliche Rechtfertigung für den umstrittenen Kranzgeldanspruch angeführt. Setzte der Schadensersatzanspruch nach § 1300 BGB die Defloration voraus, wäre die Verfassungsmäßigkeit des § 1300 BGB nach damaliger Ansicht problemlos zu bejahen gewesen.¹³¹ In seiner geltenden Fassung konnte diese Überlegung den Kranzgeldanspruch freilich nicht dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit entziehen, da anspruchsberechtigt auch geschiedene oder verwitwete Frauen sein konnten; die in § 1300 verlangte »Unbescholtenheit« konnte auf »Jungfräulichkeit« nicht verfassungskonform reduziert werden.¹³² Auch die Wartezeit nach § 8 EheG wurde mit dem nur in einem Geschlecht zu verwirklichenden Tatbestand gerechtfertigt. Während der Mann nach Nichtigkeitsklärung oder Auflösung der Ehe sofort eine neue Ehe eingehen kann, darf die Frau erst nach zehn Monaten wieder heiraten, sofern sie nicht in der Zwischenzeit geboren hat. Nur so könne der Status eines in dieser Zeit geborenen Kindes sichergestellt werden.¹³³

Den Hauptanwendungsfall für die nur in einem Geschlecht zu verwirklichenden Unterschiede stellten freilich immer die besonderen Regelungen des Mutterschutzes dar. Diese werden auch heute noch fast überall als Standardbeispiele für die Unanwendbarkeit des Gleichberechtigungssatzes angeführt und unproblematisch als verfassungsgemäß angesehen; zumindest als zusätzliche Rechtfertigung wird heute jedoch in immer stärkeren Maße auf die Vorschrift des Art. 6 Abs. 4 GG als spezieller Regelung verwiesen.¹³⁴ Menstruation, Defloration und Klimakterium werden dagegen kaum noch als Tatbestände der Unvergleichbarkeit genannt.¹³⁵ Selbst die anscheinend definitionsmäßig klar umrissenen, nur in einem Geschlecht bestehenden

130 Dürig, M/D/H/S, Rdn. 13 zu Art. 3 II.

131 Dürig, a.a.O., Rdn. 15; Binder-Wehberg, S. 35; dagegen zu Recht skeptisch Sachs, Grenzen, S. 361, der darauf abhebt, daß selbst bei einem geschlechtsspezifischen, biologischen Anknüpfungspunkt die Frage nach der Unvergleichbarkeit noch zu beantworten wäre. Im vorliegenden Fall lautet sie seines Erachtens, »ob der Verlust der Jungfräulichkeit vom ersten Geschlechtsverkehr des ›Jungmannes‹ in für die fragliche Regelung maßgeblicher Weise verschieden ist«.

132 Dürig, a.a.O., Rdn. 15; Binder-Wehberg, S. 35.

133 Dürig, a.a.O., Rdn. 17.

134 Hesse, Grundzüge, S. 168; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 521.

135 Zum Beispiel Stein, AK-GG, Rdn. 81 zu Art. 3; Gubelt, vM-GG, Rdn. 80 zu Art. 3 nennt Defloration, Schwangerschaft und Geburt; die vollständige Liste Dürigs führt aber noch auf: Starck, vM/K/S, Rdn. 215 f. zu Art. 3.

biologischen Merkmale scheinen damit einem gewissen Wandel der Auffassungen unterworfen.¹³⁶

Ein Wandel zeigt sich noch deutlicher bei »typischen biologischen Unterschieden«, also physischen oder psychischen Eigenschaften, die nicht zwingend auf das eine Geschlecht rückführbar sind, aber im Regelfall mit dem Geschlecht zusammenhängen.

Inwieweit psychisch-biologische Eigenschaften der Geschlechter Differenzierungen rechtfertigen könnten, stand – abgesehen vom Familienrecht – zwar nicht im Mittelpunkt der Diskussion, die unterschiedlichen Tendenzen zu dieser Frage sind jedoch vor allem deshalb interessant, weil jahrhundertlang die Ungleichbehandlung der Frau mit eben diesen Argumenten gerechtfertigt worden war. Während Binder-Wehberg schon 1970 die rechtliche Relevanz solcher Unterschiede, so es sie überhaupt geben sollte, kategorisch ablehnte,¹³⁷ erwähnten andere zwar psychische und physische Unterschiede gleichberechtigt nebeneinander, bestimmten die Bereiche, in denen solche psychischen Unterschiede bestehen sollen, jedoch nicht näher.¹³⁸ In den achtziger Jahren verschwinden die psychischen Unterschiede dann endgültig aus der juristischen Literatur.

Instruktiv für die Tendenz zur Restriktion der biologischen Unterschiede wie zum Verhältnis der psychischen und physischen Unterschiede ist die Diskussion über den Waffendienst der Frau. Beitzke konnte 1954 die Ungleichbehandlung beim Wehrdienst noch mit einem kurzen Verweis auf die »andere körperliche Konstitution« der Frau rechtfertigen.¹³⁹ Mit der technischen Entwicklung wurde eine solche Begründung zweifelhaft, so daß in den siebziger Jahren entweder vage auf psychische Unterschiede rekurriert wurde¹⁴⁰ oder – so im wesentlichen der heutige Stand – auf eine materielle Begrün-

136 Freilich ließe sich gegen diese Schlußfolgerung einwenden, daß die meisten der vorgenannten Autoren nicht den Anspruch erheben, abschließend alle existierenden biologischen Unterschiede aufzuzählen, sondern lediglich beispielhaft einige nennen. Wäre die Auswahl von Beispielen rein vom Zufall bestimmt, ließe sich eine restriktive Tendenz bei den biologischen Unterschieden nicht aufzeigen. Die Durchgängigkeit, mit der seit den siebziger Jahren immer weniger und immer dieselben Beispiele für biologische Unterschiede genannt werden, erweist sich m.E. jedoch als bedeutsam.

137 S. 39 ff.

138 Deutlich noch Knöpfel, S. 557: »Leib und Seele kann man nicht auseinanderreißen« (Anm. 78) und fügt hinzu, daß seelische Unterschiede oft unwägbar seien; Dürig, M/D/H/S, Rdn. 13 zu Art. 3 II.

139 Beitzke, Gleichheit, S. 215.

140 Typisch hierfür Dürig, M/D/H/S, Rdn. 14 zu Art. 3 II, der die Rechtfertigung des Verbots des Dienstes mit der Waffe für Frauen aus der spezifischen physischen und psychischen Konstitution der Frau »jedenfalls« in physischer Hinsicht bezweifelt.

dung verzichtet wird;¹⁴¹ unstreitig ist Art. 12 a GG als Spezialregelung anzusehen, so daß die verfassungsrechtliche Lage insoweit eindeutig ist.¹⁴² Mitte der siebziger Jahre wurden dann auch die besonderen Arbeitsschutzbestimmungen für Frauen in Frage gestellt. In den fünfziger Jahren waren diese in ihrer Gesamtheit unter Hinweis auf die größere Schutzbedürftigkeit der Frau als gerechtfertigt angesehen worden.¹⁴³ Im Laufe der Zeit wurde man jedoch skeptischer gegenüber dem Argument der generell schwächeren körperlichen Konstitution der Frau.¹⁴⁴ Man verlangte zumindest, daß Unterschiede wissenschaftlich belegt sein müßten und nicht bloß auf herkömmlicher Überzeugung beruhen dürften. Somit erschienen auch die Arbeitsschutznormen nicht mehr über jeden Zweifel erhaben, sondern nur dort verfassungsgemäß, wo arbeitsmedizinisch nachgewiesene unterschiedliche Gefährdungslagen für Männer und Frauen bestehen.¹⁴⁵ Damit begann man auch jede einzelne Arbeitsschutzvorschrift auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu befragen.¹⁴⁶ Erst dann rückte ins Blickfeld, daß zahlreiche der Bestimmungen Zwecke verfolgten, die sich vom Schutz der Gesundheit der Frau deutlich unterschieden. Beschäftigungsbeschränkungen zum Schutz der Sittlichkeit der Arbeitnehmerinnen,¹⁴⁷ beim Umgang mit gefährlichen Maschinen¹⁴⁸ oder beim Führen von Fahrzeugen¹⁴⁹ verloren allmählich die Evidenz und Plausibilität, die ihnen in den fünfziger Jahren noch zugekommen wa-

141 So schon Binder-Wehberg, S. 58 f.

142 BVerfGE 12, 45, 52; vgl. zum Problem des freiwilligen Waffendienstes für Frauen aus neuerer Zeit C. Grimm, S. 394 f.

143 Siehe dazu oben S. 116; Anfang der siebziger Jahre aber noch in diesem Sinne Dürig, M/D/H/S, Rdn. 13 zu Art. 3 II, der im Gegensatz zu seiner ansonsten ausführlichen Kommentierung die Arbeitsschutzvorschriften nur beiläufig als mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar erklärt.

144 Eine gewisse Ausnahme stellt Binder-Wehberg dar, die die Arbeitsschutzvorschriften zwar durchaus einzeln prüft, das Argument der schwächeren Konstitution der Frau aber noch sehr pauschal verwendet und damit zur Zulässigkeit der meisten Bestimmungen kommt, S. 114 ff.

145 Dobberthien, S. 105 ff.

146 So insb. Dobberthien, ebda.; abstrakt dies verlangend auch Starck, Rdn. 215. Wenn er allerdings die Folgerung zieht, daß hinsichtlich des Nachtarbeitsverbots solche arbeitsmedizinischen Erkenntnisse vorlägen, und sich dabei u. a. auf die weniger als eine halbe Seite lange Begründung in BVerfGE 5, 9, 11 f. stützt, die gerade pauschal von der anderen körperlichen Konstitution sprach, muß dies Zweifel an der Ernsthaftigkeit seines Verlangens erregen.

147 Dobberthien berichtet z.B. von einer Verordnung aus dem Jahre 1954, die bestimmte, daß noch nicht volljährige Frauen bei der Herstellung von Präservativen, Sicherheitspessaren und Suspensorien nicht beschäftigt werden dürfen (S. 107).

148 Aufgrund von § 848 a RVO hatten Berufsgenossenschaften Unfallverhütungsvorschriften erlassen, die die Beschäftigung von Frauen an einer Reihe von Maschinen beschränkten oder verboten; Beispiele bei Dobberthien, S. 108.

149 Vgl. dazu Dobberthien, S. 107 und 108.

ren. Aber auch zeitliche Arbeitsbeschränkungen wie z. B. das Nachtarbeitsverbot konnten einer genaueren Analyse nicht standhalten. Schon die zahlreichen Ausnahmebestimmungen zum Nachtarbeitsverbot ließen die vorgebliche Notwendigkeit des Schutzes der Gesundheit von Frauen zweifelhaft erscheinen. Immer stärker wurde auch darauf abgehoben, daß viele der »typischen Männerberufe« mit der technischen Entwicklung besondere Kräfte eigentlich nicht mehr voraussetzten. Zu der unterschiedlichen Bewertung der Arbeitsschutzvorschriften mag freilich auch die Einsicht beigetragen haben, daß diese keineswegs eindeutig nur Bevorzugungen von Frauen bedeuten, sondern auch erhebliche negative Auswirkungen für die Chancen der Frauen im Arbeitsleben haben.¹⁵⁰

In der Konsequenz der fortschreitenden Reduktion der Reichweite von typischen biologischen Unterschieden lag es schließlich, ihre Berechtigung insgesamt anzuzweifeln. Sicher war es verwaltungstechnisch einfacher und in einer Großzahl von Fällen auch sinnvoll, an solche typisierenden Merkmale anzuknüpfen, aber sollte die Verwendung des Merkmals Geschlecht als ein solches typisierendes Merkmal nicht gerade durch Art. 3 Abs. 2 GG ausgeschlossen werden? Die siebziger Jahre stellten dabei die Nahtstelle des Umbruchs dar. Gernhuber hatte noch 1971 versucht, die Zulässigkeit von Typisierungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 GG und insbesondere im Bereich des Arbeitsschutzes zu begründen,¹⁵¹ Binder-Wehberg erachtete 1970 Differenzierungen nach typischen biologischen Unterschieden¹⁵² immerhin für zulässig, wenn »es wissenschaftlich erwiesen sei, daß gewisse Eigenschaften oder Gegebenheiten unveränderlich so gut wie bei allen Frauen oder andere bei fast allen Männern auftreten«. ¹⁵³ In Dobberthiens Aufsatz 1975 wurde das Verlangen nach individuellem Arbeitsschutz, d.h. der Feststellung der körperlichen Geeignetheit unabhängig vom Geschlecht schon sehr deutlich,¹⁵⁴

150 Dobberthien, S. 107.

151 Gernhuber, S. 47 f.

152 Vgl. auch schon die Skepsis, die gegenüber dem typisierenden Ansatz Gernhubers bei Dürrig zum Ausdruck kommt, Rdn. 13 (Anm. 3) zu Art. 3 II.

153 S. 38. Grundsätzlich lehnt sie den Gesichtspunkt der Typisierung als Beschränkung des Art. 3 Abs. 2 GG ab. Sie wehrt sich insbesondere gegen die Bezugnahme auf das Geschlecht als »Kurzfassung eines anderen Umstandes« (S. 61 f.) und aus verwaltungstechnischen Gründen (S. 65 f.).

154 S. 108: »Nicht mehr die Geschlechtszugehörigkeit, sondern die persönliche Eignung rechtfertigt den Ausschluß von gefährlichen und gesundheitsgefährdenden Arbeiten«, wenn sie auch an anderen Stellen recht pauschal von der Gesundheitsgefährdung der Frau spricht (z.B. S. 106). Anders als Sachs, Grenzen, S. 476, Anm. 387, anzudeuten scheint, haben die Fälle, in denen Dobberthien »einer typisierenden Denkweise verhaftet« bleibt, m.E. nur geringen Stellenwert. In seiner Hauptstoßrichtung löste sich der Aufsatz gerade aus damals noch gängigen typisierenden Vorstellungen.

und Schnapp schließlich stellte schon 1974 klar: »Natürlich ist es richtig, daß der Gesetzgeber in aller Regel nicht anders als typisierend arbeiten kann. Dabei die Trennlinie exakt zwischen Männern und Frauen verlaufen zu lassen, verbietet ihm aber gerade der Gleichberechtigungssatz«. ¹⁵⁵ Inzwischen hat sich diese Auffassung wohl durchgesetzt. ¹⁵⁶ Sachs erklärt sie auch von der Zielrichtung des Art. 3 Abs. 3 GG her: »Typisierungen anhand der Merkmale [bedeuten] nichts anderes als die Bestätigung und Verfestigung der einschlägigen Rollenzuweisungen, an denen das Recht keinen Anteil mehr nehmen darf. Die Vernachlässigung des atypischen, abweichenden Einzelfalls im Bereich der Merkmale bedeutet nichts anderes, als die Betroffenen der Macht der kollektiven Vorurteile, denen sie sich vielleicht mit größter Mühe entzogen haben, von Rechts wegen wieder zu unterwerfen«. ¹⁵⁷

2. Funktionale Unterschiede

Hatte also schon bei den biologischen Unterschieden ein Wandel stattgefunden, so ist die Veränderung in der Beurteilung der funktionalen Unterschiede noch einschneidender. Jeder Autor, der sich heute mit Art. 3 Abs. 2 GG befaßt und sich nicht lediglich auf die Wiedergabe der Formel des Bundesverfassungsgerichts beschränkt, äußert seine Kritik an der Argumentationsfigur der funktionalen Unterschiede. ¹⁵⁸ Die heute so einhellige Meinung sollte jedoch nicht in Vergessenheit geraten lassen, daß dieser Umbruch erst vor ungefähr zwanzig Jahren stattfand. Bis in die siebziger Jahre hinein war völlig selbstverständlich, daß die eigentliche Aufgabe der Frau darin bestand, Hausfrau und Mutter zu sein. § 1360 BGB in der Fassung des 1. Gleichberechtigungsgesetzes normierte die Hausfrauenehe jedenfalls als gesetzliches Leitbild. Zwar setzte sich allmählich die Auffassung durch, daß die Aufgabenverteilung in der Ehe grundsätzlich zur Disposition der Ehegatten stehen müsse, ¹⁵⁹ doch zahlreiche Autoren gingen auch damals noch davon aus, daß jedenfalls bei Kleinkindern die Mutterpflichten Vorrang haben sollten. ¹⁶⁰ Lange wurde die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Aufstellung eines Leitbildes der Ehe kaum angezweifelt, ¹⁶¹ im Grunde erledigte sich die Frage

155 Gleichstellung, S. 318 (im Original: »Männer«).

156 Vgl. aber Gamillschegg, Frauenarbeitsschutz, S. 212 f.

157 Sachs, Grenzen, S. 479.

158 Zum Beispiel Sachs, Grenzen, S. 363 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 520; Gubelt, vM-GG, Rdn. 83 zu Art. 3.

159 Dürig, M/D/H/S, Rdn. 21 zu Art. 3 II.

160 Zum Beispiel Dürig, Rdn. 23.

161 Dürig, Rdn. 22.

erst durch die gesetzgeberische Reform des Familienrechts in den siebziger Jahren, die auf die Festschreibung der Rollenverteilung nach dem Geschlecht verzichtete.¹⁶²

Doch auch bevor die Vorstellung der traditionellen Rollenverteilung als Regelfall an Überzeugungskraft verlor, ist eine gewisse Skepsis gegenüber der Argumentation mit rein funktionalen Unterschieden vorzufinden. Die Formulierung von Baur, der die rechtliche Erheblichkeit funktionaler Unterschiede zwischen den Geschlechtern als »pseudoverfassungsrechtliche Einbruchsstelle für eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Frau«¹⁶³ bezeichnete, wurde gern und häufig zitiert.¹⁶⁴ Man verweist – auch heute noch – vor allem darauf, daß den funktionalen Unterschieden keine eigenständige Bedeutung neben den objektiven biologischen Unterschieden zukommen könne. Den funktionalen Unterschieden, soweit sie lediglich historisch überkommene sind, fehle schon dieselbe Zwangsläufigkeit und Evidenz, die biologischen Unterschieden zukomme.¹⁶⁵ Nur soweit funktionale Unterschiede aus biologischen Unterschieden folgten, könne ihnen rechtliche Relevanz zukommen.¹⁶⁶ Damit war man wieder bei den biologischen Unterschieden angelangt; die funktionalen Unterschiede wurden zu dem Zeitpunkt fragwürdig, als nicht länger davon ausgegangen wurde, daß die traditionelle Rollenverteilung von der Biologie vorgegeben war.

II. Die dogmatische Verarbeitung der Betonung der Gleichheit

In den fünfziger Jahren hatten Darstellungen zur Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG mit der Ablehnung der formalen Gleichstellung begonnen und hervorgehoben, daß Gleichberechtigung nicht zwingend die Zuteilung identischer Rechtspositionen meine. Schon in den sechziger Jahren kehrte sich dieses Verhältnis um. Selbst Autoren, die – für ihre Zeit – noch verhältnismä-

162 Der Aufsatz von Ramm aus dem Jahre 1968 beeinflusste die Diskussion zunächst kaum. Ramm hatte schon damals konsequent versucht, ein Ehemodell, das einem Verständnis des Gleichberechtigungsgebotes ohne funktionale Unterschiede entsprach, rechtlich durchzuformen. Er kam dabei u.a. zu dem Schluß, daß die Frau in gleichem Umfang wie der Mann berechtigt und verpflichtet sei, erwerbstätig zu sein. Die Möglichkeit der Frau, für die Hausfrauenehe zu optieren, stützte er allein auf Art. 6 Abs. 4 GG (S. 91 f.).

163 S. 444.

164 Zum Beispiel Dürig, M/D/H/S, Rdn. 18 zu Art. 3 II; Hofmann, Gleichberechtigungsgebot (1), S. 45; Eckertz-Höfer, S. 463; Sachs, Grenzen, S. 368; Schnapp, Gleichstellung, S. 318.

165 Zum Beispiel Ramm, S. 43 f.; ähnlich auch Gubelt, vM-GG, Rdn. 83 zu Art. 3.

166 Dürig, M/D/H/S, Rdn. 22 zu Art. 3 II.

Big weite Bereiche von Unterschieden zwischen Männern und Frauen für relevant hielten, betonten nun, daß Gleichberechtigung Gleichbehandlung von Männern und Frauen verlange, und schränkten die so zum Prinzip erhobene Gleichbehandlung erst in einem zweiten Schritt wieder ein.¹⁶⁷

Einen interessanten Übergang stellte dabei der Ansatz von Rüpke dar. Er stand insoweit noch in der Tradition der fünfziger Jahre, als nach seiner Ansicht Gleichberechtigung in wesentlichen Bereichen Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen voraussetze. Doch berief er sich nicht länger auf den Begriff der Gleichwertigkeit, der in den fünfziger Jahren häufig von denen verwendet worden war, die »im Grunde genommen nichts anderes im Sinn [hatten], als den Männern teure Traditionen entgegen allen weiblichen Forderungen nach Gleichberechtigung zu erhalten«.¹⁶⁸ Rüpke interpretierte Gleichberechtigung als Herstellung von Chancengleichheit.¹⁶⁹ Gleichberechtigung wolle Mann und Frau nur in ihrer Gesamterscheinung als gleich nebeneinanderstellen; denn: »gleichberechtigt« bezeichnet nicht die Ausgestaltung im Einzelfall, sondern umschreibt die geforderte Behandlung ihrem Typus nach«.¹⁷⁰ Zwar werde Gleichberechtigung regelmäßig durch unterlassene Differenzierung erreicht. »Aber dieser Grundsatz gilt nur bedingt, weil gerade die Erreichung der gleichen Rechtsstellung ein Anpassen an unterschiedliche Bedingungen erfordern kann. Der »typischen« Gleichberechtigung würde man u.U. keineswegs entsprechen, wenn man durch Gewährung formal gleicher Berechtigungen eine Behandlung vornähme, die die Betroffenen ganz verschieden trifft«.¹⁷¹ Im Hinblick auf die heutige Diskussion um kompensatorische Förderung der Frau klingen Rüpkes Ausführungen geradezu als moderner Neuansatz zur Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG. In den Kontext seiner Zeit eingeordnet, bedeutete seine Auslegung freilich eher noch eine Vorstufe, bevor sich die Vorstellung von mehr Gleichheit zwischen Männern und Frauen durchsetzen konnte.

Seit den siebziger Jahren aber folgt die Literatur in der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG ganz überwiegend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹⁷² Allenfalls in Nuancen unterscheiden sich die Kommentierungen;

167 Zum Beispiel Knöpfel, S. 553 ff., insbesondere S. 557; Zacher, Sozialpolitik, S. 917 ff.; Seiber, S. 67 ff.

168 Dürig, M/D/H/S, Rdn. 18 zu Art. 3 II (in bezug auf die Autoren, die eine Differenzierung nach funktionalen Unterschieden befürworten).

169 Insbesondere S. 73 ff.

170 Rüpke, S. 58.

171 Rüpke, S. 58 f.

172 Stein, AK-GG, Rdn. 74 zu Art. 3; Gubelt, vM-GG, Rdn. 77 ff. zu Art. 3; Starck, vM/K/S, Rdn. 206 ff. zu Art. 3; Doehring, S. 296 f.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdn. 36 ff. zu Art. 3;

zumeist werden lediglich die bekannten Sätze aus der Rechtsprechung zitiert: Art. 3 Abs. 2 GG verbiete die Verwendung des Geschlechts als Differenzierungsmerkmal. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn biologische oder funktionale Unterschiede das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägten, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurückträten. Über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehen die meisten allenfalls insoweit hinaus, als sie betonen, daß die Reichweite der objektiven biologischen und funktionalen Unterschiede eng auszulegen sei. Die Entscheidungen, in denen das Bundesverfassungsgericht objektive Unterschiede feststellte, werden aber in der Regel zustimmend zitiert. Kritik wird vor allem an der eigenständigen Nennung der funktionalen Unterschiede geübt; funktionale Unterschiede dürften nur von Bedeutung sein, wenn sie auf biologische Unterschiede zurückzuführen sind.¹⁷³

Die Forderung nach einer restriktiven Anwendung der Unterschiedsformel ändert an der grundlegenden dogmatischen Konzeption jedoch nichts. Die ganz herrschende Meinung in der Literatur bezieht sich damit auf ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot mit Ausnahmen, wie es das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung anwendet. Von den Problemen, mit denen ein solches Verständnis des Gleichberechtigungssatzes behaftet ist, wurde deshalb schon bei der Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehandelt. Zur Kritik daran wird auf das 1. Kapitel verwiesen.

Das Interesse gilt stattdessen denjenigen dogmatischen Ansätzen, die neue Wege in der Auslegung des Gleichberechtigungssatzes einschlugen. Auch sie gehen freilich alle von einem Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot aus, suchen aber dessen Grenzen ohne Rückgriff auf die Formel von den biologischen oder funktionalen Unterschieden zu bestimmen. Gemeinsam ist ihnen die Einsicht, daß das Geschlecht nur eines unter mehreren in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen, das Verbot der Differenzierung nach dem Geschlecht demnach nur eines unter mehreren Differenzierungsverboten sei. Zwar war die These, Art. 3 Abs. 2 GG sei gleichbedeutend mit der Nennung des Merkmals Geschlecht in Art. 3 Abs. 3 GG, schon früher vertreten worden, damals aber wurde die Gleichberechtigung

Hesse, Grundzüge, Rdn. 436; Maunz/Zippelius, S. 214 f.; Bleckmann, S. 600 ff.; Badura, Staatsrecht, S. 100 ff.; Stein, Staatsrecht, S. 245 f.; Gallwas, Grundrechte, S. 46 f.; Weber-Fas, S. 199 f.; Fürst/Günther, Rdn. 188 f.

173 Starck, vM/K/S, Rdn. 218 f. zu Art. 3; Gubelt, vM-GG, Rdn. 82 zu Art. 3; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 520.

von Männern und Frauen als spezifisches Problem gesehen und dementsprechend besonders behandelt. Man könnte zugespitzt formulieren: während in den fünfziger Jahren die Nennung des Merkmals Geschlecht in Absatz 3 redundant schien, ist jetzt Absatz 2 überflüssig.

Im folgenden sollen die von Art. 3 Abs. 3 GG her bestimmten – also nicht auf die Unterschiedsformel rekurrierenden – Begrenzungsmodelle auf ihre dogmatische Konsistenz und Konsequenzen befragt werden. Untersucht werden die Deutung des Art. 3 Abs. 3 GG als umgekehrtes Willkürverbot (1), die Begrenzung durch Kausalitäts- (2) und Finalitätserfordernisse (3), das Verständnis als Begründungsverbot (4) und Anknüpfungsverbot (5). In der zusammenfassenden Würdigung schließlich soll auch eine mögliche Deutung als absolutes Differenzierungsverbot vorgestellt werden, die zwar in Deutschland von niemandem vertreten wird, aber in der Konsequenz der Entwicklung liegt (6).

1. Umgekehrtes Willkürverbot

Das Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als umgekehrtem Willkürverbot wurde vor allem von Dürig entwickelt. Dürig im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes differenziert werden, bis die Ungleichbehandlung an die Willkürgrenze stoße, müsse im Bereich des Art. 3 Abs. 2 GG so lange gleichbehandelt werden, bis die Negierung des Geschlechtsunterschieds ihrerseits willkürlich wäre. Dürig sieht die Bedeutung der »kategorischen Differenzierungsverbote« des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG damit in einer Umkehr der Ermessensrichtung. Die in Abs. 3 genannten Merkmale begründeten eine Vermutung dafür, daß die Unterschiede in einem der betreffenden Merkmale so lange nicht als rechtserheblich anzusehen seien, bis ihre Ignorierung ihrerseits willkürlich würde.¹⁷⁴ Diesen Ansatz hatte Dürig schon 1954 entwickelt,¹⁷⁵ aufgenommen wurde er erst wesentlich später.¹⁷⁶

Versucht man das umgekehrte Willkürverbot dogmatisch einzuordnen, stellt sich zunächst die Frage, ob und inwieweit es sich von der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet. Binder-Wehberg, die unter Berufung auf Dürig der Deutung des Art. 3 Abs. 2 GG als umgekehrtes Willkür-

174 Dürig, M/D/H/S, Rdn. 2 zu Art. 3 II, Rdn. 265 zu Art. 3 Abs. 1.

175 Dürig, Art. 3 II, S. 2.

176 Mikat, S. 306 Anm. 58; Binder-Wehberg, S. 26. Knöpfel stützt sich in seinem Aufsatz von 1960 zwar teilweise auf Dürigs Formulierungen, lehnt die Willkürgrenze aber gerade als zu weit gehend ab, S. 557 Anm. 77.

verbot folgt, kritisiert das bundesverfassungsgerichtliche Verständnis des Gleichberechtigungssatzes heftig.¹⁷⁷ Sie sieht eine ungerechtfertigte Einengung des Anwendungsbereichs des Gleichberechtigungssatzes darin, wenn man – wie das Bundesverfassungsgericht – verlange, daß der zu ordnende soziale Lebensbestand »essentiell vergleichbar« sei. Sie sieht Art. 3 Abs. 2 GG dagegen als umfassend angelegt, so daß alle Tatbestände, »bei denen es um Rechte von Frauen oder Männern geht«, in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 GG fallen sollten;¹⁷⁸ freilich folgt bei einem Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als umgekehrtem Willkürverbot daraus, daß ein Gesetz in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 GG fällt, nicht zwingend eine Pflicht zur Gleichbehandlung. Für das Bundesverfassungsgericht führt hingegen die Bejahung der Anwendbarkeit des Gleichberechtigungssatzes auf einen konkreten Fall unbedingt zum Verbot der Differenzierung. Binder-Wehberg geht daher m.E. fehl, wenn sie dem Bundesverfassungsgericht vorwirft, von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Differenzierungen auszugehen,¹⁷⁹ während ein Verständnis des Art. 3 II als eines umgekehrten Willkürverbots im Kern die Unzulässigkeit von Differenzierungen anerkennt.¹⁸⁰ Es ließe sich gerade umgekehrt argumentieren, daß die Beschränkung der Reichweite mit einer strikten Anwendung des Differenzierungsverbotes stärker von der Unzulässigkeit von Differenzierungen ausgeht als ein Ansatz, der ihre Zulässigkeit schon in den Inhalt des Gleichberechtigunggebotes hineinnimmt. Bundesverfassungsgericht und Binder-Wehberg unterscheiden sich nur in der dogmatischen Konstruktion. Letztlich spielen dieselben Wertungsgesichtspunkte eine Rolle. Daher¹⁸¹ kommt auch Binder-Wehberg zu dem Schluß, daß beide Auslegungen »praktisch zu gleichen Ergebnissen« führen.¹⁸²

177 Binder-Wehberg, S. 31 ff.

178 Binder-Wehberg, S. 26.

179 Zumal die Formulierungen der Rechtsprechung so eindeutig nicht sind. Zwar spricht das Bundesverfassungsgericht manchmal davon, daß Art. 3 Abs. 2 GG bei Fehlen essentieller Vergleichbarkeit nicht anwendbar sei, teilweise spricht es aber auch nur von der Zulässigkeit einer Differenzierung.

180 Binder-Wehberg, S. 31.

181 Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdn.37 zu Art. 3, verwendet beide Versionen, ersichtlich ohne einen Unterschied zwischen beiden festzustellen; Doebling, S. 296, Anm. 15, führt als Beleg für die Deutung als umgekehrtes Willkürverbot auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts an, die diese Formulierung nicht übernommen hatten.

182 Binder-Wehberg, S. 32.

2. Kausalität

Das Wort »wegen« in Art. 3 Abs. 3 GG legt die Forderung nach Kausalität nahe, und ein Großteil der Literatur zu Art. 3 Abs. 3 GG verlangt daher einen kausalen Zusammenhang zwischen der Verwendung eines der aufgeführten Merkmale und der Benachteiligung oder Bevorzugung. Über den dabei verwendeten Kausalitätsbegriff besteht aber weder Einigkeit noch Klarheit.¹⁸³

Ausgangspunkt¹⁸⁴ der meisten Erörterungen über Kausalität ist hier, wie in anderen Rechtsgebieten, die *conditio sine qua non*-Formel der Äquivalenztheorie. Kausal ist danach jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen. Geht man dabei, wie die Äquivalenztheorie es verlangt, von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen aus, entspricht dieser Kausalitätsbegriff einer Deutung des Art. 3 Abs. 3 GG als Anknüpfungsverbot – jedenfalls für das Merkmal Geschlecht.¹⁸⁵ Setzt eine bestimmte Rechtsfolge voraus, daß eine Person Mann oder Frau ist, erscheint es geradezu trivial festzustellen, daß die Geschlechtszugehörigkeit den Erfolg, also den Eintritt der Rechtsfolge, bedingt. Schwieriger mag die Situation für andere Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG sein, bei denen nicht so eindeutig feststeht, wann an sie angeknüpft wird;¹⁸⁶ diese Pro-

183 Vgl. zum folgenden Sachs, Grenzen, S. 415 – 420. Er leitet seine Analyse ein mit den Worten: »Recht großer Beliebtheit erfreut sich die Forderung nach der Kausalität, deren Inhalt zumeist ebenso ungeklärt bleibt wie ihr Bezugspunkt« (S. 415).

184 So nimmt auch Dürig das Prinzip der *conditio sine qua non* als Grundlage, auch wenn er diese später durch Finalitätsüberlegungen eingrenzt. Er formuliert zwar ein Prinzip der Austauschbarkeit, nach dem er fragen will: »Würde der rechtliche Erfolg (Betroffensein von der Norm) entfallen, wenn bei (im übrigen gleichen Voraussetzungen) der Betroffene »ausgetauscht« würde durch einen Menschen mit anderer nach Art. 3 III einschlägiger Charakterisierung«, setzt dieses aber ausdrücklich gleich mit dem Prinzip der *conditio sine qua non* (M/D/H/S, Rdn. 151 zu Art. 3 II).

185 So auch Sachs, Grenzen, S. 430; allerdings ohne Begrenzung auf das Merkmal Geschlecht.

186 Diese Problematik steht hinter den Angriffen Dürigs auf das Anknüpfungsverbot und Sachs' Kritik daran. Nach Dürigs Auffassung ist »das Anknüpfendürfen an die Merkmale des Art. 3 III eigentlich ein Gemeinplatz« (M/D/H/S, Rdn. 135 zu Art. 3 III). Er nennt als Beispiele, daß jede Staatsangehörigkeitsregelung entweder an »Abstammung« oder an »Heimat« oder beides anknüpfen müsse, und weist darauf hin, daß ein Anspruch auf Waisengeld »seinem Wesen nach« auf der Abstammung beruhe. Sachs, Grenzen, S. 422, erkennt Schwierigkeiten hinsichtlich der Abstammungsbedingtheit des Waisengeldes an, weist aber zu Recht darauf hin, daß sich das Problem der Staatsangehörigkeit mit Kausalitäts- oder Finalitätsüberlegungen nicht umgehen läßt. Der Kern des *ius sanguinis*-Prinzips liegt in der Bevorzugung von Kindern deutscher Eltern in jedem denkbaren Sinne »wegen« ihrer Abstammung. Dürig hatte als Beispiele für an das Merkmal »Sprache« anknüpfende Regelungen noch die Straßenverkehrsordnung, wenn sie Hinweisschilder mehrsprachig zu-

bleme können für die vorliegende Arbeit jedoch außer Betracht bleiben. Wann immer eine Rechtsnorm an das Merkmal Geschlecht anknüpft, ist das Geschlecht auch kausal im Sinne der Äquivalenztheorie für den Eintritt der unterschiedlichen Rechtsfolgen. Damit wird deutlich, daß die Äquivalenztheorie gegenüber einer Deutung als Anknüpfungsverbot eine begrenzende Funktion nicht ausüben kann. Das Verlangen nach einem kausalem Zusammenhang zwischen Merkmal und Benachteiligung oder Bevorzugung war aber gerade von dem Anliegen getragen worden, die Differenzierung nach einem in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmal unter bestimmten Bedingungen für verfassungsgemäß zu erklären. So kann es nicht überraschen, daß die Autoren, die Kausalität verlangten, sich von dem Prinzip der *conditio sine qua non* zu lösen suchten.

Die Ausführungen Binder-Wehbergs zeigen diesen Denkprozeß besonders deutlich, sie beweisen gleichfalls, daß auch Modifizierungen der Kausalität die für notwendig gehaltenen Begrenzungen des Differenzierungsverbots nicht leisten konnten. Binder-Wehberg leitet aus dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 GG das Verlangen nach einem kausalem Zusammenhang ab, fügt aber sogleich hinzu, daß die Äquivalenztheorie zur Bestimmung des Kausalitätsbegriffes nicht taue. Denn: »Würde man nämlich diesen allgemeinen Kausalitätsbegriff zugrunde legen, so wäre sogar die mutterschutzrechtliche Sonderbehandlung weiblicher Arbeitnehmer auf Grund einer Schwangerschaft unzulässig, da diese letztlich in der Geschlechtszugehörigkeit ihre Ursache hat.«¹⁸⁷ Da die Äquivalenztheorie damit gelegentlich zu lebensfremden Ergebnissen führe, müsse von einem einengenden Kausalitätsbegriff ausgegangen werden. Sie will hier die Adäquanztheorie des Zivilrechts heranziehen.¹⁸⁸ Ihre Bestimmung dessen, was die Adäquanztheorie für Art. 3 Abs. 3 GG bedeuten soll, unterscheidet sich aber erheblich von dem, was die Zivilrechtler unter Adäquanz verstehen.¹⁸⁹ Im Zivilrecht wird die jeweilige Ursache daraufhin befragt, ob der Eintritt des Erfolges vom Standpunkt eines objektiven Beobachters aus dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge entsprach. Die Adäquanztheorie engt die Äquivalenztheorie also insoweit ein, als sie diejenigen Ursachen ausscheidet, die nur durch eine ganz unwahrscheinliche Verkett-

läßt und den Fahrplan der Lufthansa, wenn »er »auf englisch« gefahren und »gecheckt« wird« genannt (ebda.). Diese Beispiele verweist Sachs aus dem Bereich der Anknüpfung, da zwar »Sprache« thematisch berührt werde, aber nicht – und nur darauf beziehe sich das Anknüpfungsverbot – als Kriterium der Unterscheidung verwendet werde (ebda.).

187 Binder-Wehberg, S. 27 f.

188 Binder-Wehberg, S. 28.

189 Dies kritisiert Sachs, Grenzen, S. 418, zu Recht.

tung von Umständen den Erfolg verursachen konnten. Eine solche Einengung trägt aber für eine Begrenzung des Differenzierungsverbots keine Früchte. Verwendet eine Norm das Merkmal Geschlecht als Kriterium der Differenzierung, liegt es auch im »gewöhnlichen Verlauf der Dinge«, daß es sich auf den Eintritt von Rechtsfolgen auswirkt. So beschreibt denn auch Binder-Wehberg die »Adäquanztheorie«, die sie hinsichtlich Art. 3 Abs. 3 GG verwenden will, als Frage danach, ob nicht ein anderer Grund als die bloße Geschlechtszugehörigkeit adäquat ursächlich ist.¹⁹⁰ Sie weist mit dieser Frage nach dem eigentlichen Grund schon auf Finalitätsüberlegungen hin, führt diese freilich nicht zu Ende, sondern modifiziert die Adäquanztheorie weiter, bis sie mit dem umgekehrten Willkürverbot, das sie als Inhalt des Art. 3 Abs. 2 GG ansieht, gleichgesetzt werden kann. Im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 GG könnten nur bestimmte Gründe als adäquate Ursache angesehen werden. Nur Umstände, die so gewichtig sind, daß ihre Nichtbeachtung im speziellen Fall willkürlich wäre, stellen nach ihrer Ansicht eine adäquate Ursache im Sinne des Abs. 3 dar.¹⁹¹

Zusammenfassend läßt sich feststellen: Das Verlangen nach einem kausalen Zusammenhang zwischen Merkmal und Ungleichbehandlung führt – jedenfalls für das Merkmal Geschlecht – nach allen in anderen Rechtsgebieten gängigen Kausalitätstheorien zu keinem anderen Ergebnis als das Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG als Anknüpfungsverbot. Da bei einer Differenzierung nach dem Geschlecht das Merkmal Geschlecht immer ursächlich für den Eintritt der Rechtsfolge ist, kann das Erfordernis eines kausalen Zusammenhangs eine begrenzende Funktion nur einnehmen, wenn man sich nicht darauf beschränkt zu fragen, ob das Merkmal als *ein* Grund für die Differenzierung ursächlich war, sondern eine engere, gesteigerte Beziehung zwischen beiden verlangt.

Als ein solches Modell gesteigerter Kausalität könnte man den Ansatz Seißers verstehen. Wenn mehrere Gründe für eine Differenzierung ursächlich sind, erfolgt seines Erachtens eine Ungleichbehandlung dann nicht »wegen« eines der Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG, wenn sie ihre Rechtfertigung in einem aus der übrigen Verfassung legitimierten Zweck findet.¹⁹² Doch kann dieser Ansatz in Bezug auf die Kausalitätsproblematik nicht überzeugen.¹⁹³

190 Binder-Wehberg, S. 28.

191 Binder-Wehberg, S. 28.

192 S. 109, vgl. auch S. 104 f.

193 Aus Seißers Ausführungen wird jedoch nicht vollkommen klar, ob er wirklich die Kausalitätsproblematik mit seinem Ansatz lösen will. Immerhin aber deuten einige Formulierungen dies an; so versteht ihn auch Sachs, Grenzen, S. 417 f.

Die Frage der Rechtfertigung von Differenzierungen aus anderen Verfassungsnormen stellt eher eine Frage der Grundrechtskollision und Grundrechtsbegrenzung, nicht jedoch eine Frage der Kausalität dar.¹⁹⁴

Von zahlreichen Autoren wird daher verlangt, daß das Merkmal der *eigentliche* oder gar der *einzig* Grund für die Ungleichbehandlung sei. Die Frage nach dem *eigentlichen* oder *vorrangigen* Grund aber ist auf der Ebene einfacher Kausalität nicht mehr zu lösen; man könnte sie zwar als Anforderung »gesteigerter Kausalität« formulieren, letztlich aber erfordert sie immer eine wertende Auswahl unter mehreren ursächlichen Faktoren und erreicht damit eine neue Qualität. Dürig fordert zu Recht dazu auf, dies auch terminologisch zum Ausdruck zu bringen: »Man sollte das offen eingestehen und die ›Kausalität‹, die als Begriff naturwissenschaftliche Exaktheit verspricht, besser durch ›Finalität‹ ersetzen«. ¹⁹⁵

3. *Finalität oder die Frage nach dem eigentlichen Grund*

Auch das Verlangen nach Finalität kann an das Wort »wegen« in Art. 3 Abs. 3 GG anknüpfen. Der Begriff »wegen« ist nicht notwendig auf eine Beziehung der Kausalität beschränkt, sondern kann darüber hinaus eine willensmäßige Ziel- oder Zweckrichtung ausdrücken, wie sie etwa in den als Synonymen angebotenen »um – willen, um – zu« zum Ausdruck kommt. ¹⁹⁶ Wie schon für ein Erfordernis nach kausalem Zusammenhang zwischen Merkmal und Differenzierung gezeigt, verbirgt sich auch unter dem Verlangen nach Finalität ein Sammelsurium unterschiedlicher Auffassungen. Häufig wird schon begrifflich nicht zwischen Kausalität und Finalität getrennt und nach der Erläuterung, Art. 3 Abs. 3 GG verlange einen ursächlichen Zusammenhang, ausgeführt, dieser sei gegeben, wenn eine Ungleichbehandlung gerade und nur wegen des Merkmals erfolge. ¹⁹⁷

Bevor jedoch auf die mit »gerade und nur« angesprochenen Beziehungen eingegangen werden soll, wird der Ausgangspunkt des Begriffs »Finalität« zu untersuchen sein. Vielleicht die präziseste Deutung der Finalität ist die Unterscheidung zwischen beabsichtigter Folge und der bloßen Nebenfolge einer ganz anders intendierten Regelung, wie sie insbesondere aus der Diskussion um den enteignungsgleichen Eingriff bekannt ist. Auf diese Unterschei-

194 So auch Sachs, Grenzen, S. 417 f.

195 Dürig, Rdn. 154 zu Art. 3 III (Hervorhebung des Originals weggelassen).

196 Vgl. zur Frage, wie »wegen« in Art. 3 Abs. 3 GG zu verstehen ist, Sachs, Grenzen, S. 429 ff.

197 Typisch hierfür z.B. Hamann/Lenz, Anm. 13 zu Art. 3 Abs. 3.

dung zielen die, freilich nur als Zusatzbegründung verwendeten, Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Radikalen-Beschluß: »Davon abgesehen gilt jenes formalisierte Verbot des Art. 3 Abs. 3 GG nicht absolut. Es sollte auf der Hand liegen, daß es nicht unzulässig sein kann, ... bei der Berufung des Leiters einer Mädchenschule einer weiblichen Direktorin den Vorzug zu geben ... Man kann diese Grenzen damit begründen, daß Art. 3 Abs. 3 GG (>wegen<) nur die >bezweckte< Benachteiligung oder Bevorzugung verbietet, nicht aber einen Nachteil oder einen Vorteil, der die *Folge* einer ganz anders intendierten Regelung ist (z.B. Regelung zum Schutz der werdenden Mutter...)«.¹⁹⁸

Diese Argumentation des Bundesverfassungsgerichts kann nicht überzeugen. Gewähren die Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes werdenden Müttern einen besonderen Schutz, ist nicht recht verständlich, weshalb dieser Schutz »Folge einer ganz anders intendierten Regelung« sein soll.¹⁹⁹ Sollen schwangere Frauen durch das Mutterschutzgesetz etwa nicht vor gesundheitlichen Gefahren und zu starker körperlicher Belastung geschützt werden? Der besondere Schutz der Frau beruht nicht auf einer Verkettung von Zufällen, sondern ist vom Gesetzeszweck mitumfaßt und damit auch »beabsichtigt«. Worauf das Bundesverfassungsgericht wohl letztlich abzielen will, ist die Unterscheidung zwischen dem »Hauptzweck« einer Regelung und den zu seiner Realisierung erforderlichen Mitteln, die es dann als »Folge« betrachtet. Damit aber verläßt man ein Verständnis der Finalität als Unterscheidung zwischen beabsichtigtem Zweck und unbeabsichtigter Folge. Es geht dann um die Frage nach der Gewichtung von Zwecken, also um die Frage nach dem eigentlichen oder vorrangigen Grund. Wie schon bei der Diskussion des Kausalitätserfordernisses zeigt sich, daß ein enger Begriff der Finalität, der nur unbeabsichtigte Folgen ausgrenzt und damit dem Kausalitätsbegriff ohnehin eng verbunden bleibt, den Anwendungsbereich eines Differenzierungsverbotes nicht begrenzen kann.

Verschiedentlich wird daher in der Literatur vertreten, daß ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG nur dann vorliege, wenn die Beziehung zwischen Merkmal und Differenzierung enger sei als bloße Kausalität oder eng verstandene Fi-

198 BVerfGE 39, 334, 368.

199 So auch Sachs, Grenzen, S. 395 f., der auch das zweite Beispiel (die Leiterin der Mädchenschule) unter diesem Gesichtspunkt kritisiert: »Ist der Vorzug für eine weibliche Direktorin einer Mädchenschule keine >bezweckte< Bevorzugung, wenn doch die Stelle – aus welchen Gründen immer, sei es wegen größeren Einfühlungsvermögens gegenüber (weiblichen) Schülerinnen, wegen der Vorbildfunktion oder anderer Überlegungen – gerade gezielt mit einer Frau besetzt wird?« (S. 396).

nalität. Dürig formuliert dies plastisch, indem er die reine Kausalitätsprüfung als »monokausal« bezeichnet. In der Rechtswirklichkeit gehe es aber meist um ein ganzes Gestrüpp in sich verschlungener Kausalketten. Um dieses zu entwirren, sei die Monokausalität ein zu mechanisches Handwerkszeug. Da ein Gesetz zumeist mehrere Ziele verfolge, komme es darauf an, welches das vorrangige Ziel sei.²⁰⁰

Dieser Gedanke findet sich in der Literatur vor allem so ausgedrückt, Art. 3 Abs. 3 GG verbiete nur Differenzierungen, die »gerade und nur« wegen eines der dort genannten Merkmale erfolgen. Diese Deutungsweise knüpft an Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts²⁰¹ an. Eigentlich impliziert dieses Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG zwei Voraussetzungen, deren erste von der zweiten mitumfaßt wäre. Soll »nur«, wie vom allgemeinen Sprachgebrauch nahegelegt, wirklich »allein« heißen, ist das Verlangen danach überflüssig, daß es auch »gerade« sein müsse. Griffe Art. 3 Abs. 3 GG wirklich nur dann ein, wenn die Benachteiligung oder Bevorzugung einer durch ein dort genanntes Merkmal bestimmten Gruppe einziger Grund für eine Differenzierung wäre, wäre die Verfassungsvorschrift vollkommen zur Bedeutungslosigkeit verdammt. Auch der diskriminierende Gesetzgeber kann im Regelfall noch irgendwelche zusätzlichen Gründe anführen. Letztlich vertritt wohl auch niemand das »nur« in voller Konsequenz; vielleicht war es die Schönheit der sprachlichen Formulierung, die zu seiner (unreflektierten?) Verwendung verführte.

»Gerade und nur« bedeutet daher – wie »gerade« allein –, daß Art. 3 Abs. 3 GG Ungleichbehandlungen dann verbietet, wenn das Differenzierungsmerkmal der vorrangige oder maßgebliche Grund für den staatlichen Akt ist.²⁰² Sobald man unter mehreren Gründen den maßgeblichen herausfinden will, sind Wertungen erforderlich, wie von einigen der Vertreter dieser Auffassung auch offen ausgesprochen wird.²⁰³ Eine solche Interpretation des Art. 3 Abs. 3 GG zieht verschiedene Probleme nach sich. Zweifelhaft ist schon, aus welcher Perspektive die Frage nach dem vorrangigen Grund beurteilt werden soll. Kommt es auf den subjektiven Willen des Normsetzers oder den objektiven Willen des Gesetzes an, bzw. wie stellt man einen solchen Willen über-

200 Dürig, M/D/H/S, Rdn. 154 zu Art. 3 III. Daß er in Rdn. 155 f. den Begriff von »beabsichtigtem Erfolg und Nebenerfolg« aufgreift, widerspricht dem oben Gesagten nicht, da klar wird, daß es Dürig um eine Wertung und damit Auswahl des vorrangigen Zieles geht.

201 BVerfGE 2, 266, 267; vgl. dazu Sachs, Grenzen, S. 399 ff.

202 Zum Beispiel Pieroth/Schlink, Christen, S. 348.

203 Zum Beispiel Dürig, Art. 3 Abs. 3, Rdn. 154; Pieroth/Schlink, Christen, S. 348 (»wertende Zuordnung«); von einer »Auswahl unter wertenden Gesichtspunkten« spricht auch Seißer, S. 105.

haupt fest? Schon von daher trägt ein solches Verständnis wesentliche Momente der Unklarheit und Unbestimmtheit in die Interpretation des Art. 3 Abs. 3 GG hinein.

Bedenklich sind aber vor allem die Konsequenzen, wie sie teilweise offen von Vertretern eines solchen Verständnisses dargelegt werden: »Ein derart beabsichtigter Verfassungsverstoß (gezielte Sonderbehandlung wegen eines in Art. 3 III GG genannten Merkmales) wird dem Gesetzgeber allerdings nur dann ›nachzuweisen‹ sein, wenn sich keine sonstigen Gründe für die Differenzierung finden.«²⁰⁴ Die Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 GG rückt somit in gefährliche Nähe zur bloßen Sachlichkeitsprüfung.²⁰⁵ Eine »gezielte Sonderbehandlung« würde in fast keinem Fall die Willkürprüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes passieren können. Fraglich erscheint, ob den besonderen Gleichheitssätzen dann überhaupt noch ein eigenständiger normativer Gehalt zukommen würde.

Selbst wenn man Art. 3 Abs. 3 GG nicht auf eine bloße Sachlichkeitsprüfung reduzieren will, öffnet jede Art eines Finalitätserfordernisses einen weiten Spielraum für den Interpreten. Benachteiligungen von Frauen waren nie allein, wenn überhaupt, damit begründet worden, daß man Frauen benachteiligen wollte. Immer wurden sie auf zusätzliche, – jedenfalls angeblich und zumindest einen Teil der Bevölkerung überzeugende – sachliche Gründe gestützt. Begrenzt man den Anwendungsbereich des Differenzierungsverbots durch Finalitätserwägungen, bleibt von der formalen Striktheit des Differenzierungsverbots nicht viel übrig. Hier stellt sich in besonderer Schärfe die von Thoma schon 1951 befürchtete Konsequenz: »Dann wird es statthaft sein, daß eine einfache gesetzgebende Mehrheit und eine ihr sekundierende der Mitglieder des BVerfG eben doch Diskriminierungen – z. B. der Frauen, der Juden, der Angehörigen irgendeiner politischen Partei oder Religionsgesellschaft – einführen, sofern sie nur der Meinung sind, unter den gegebenen Umständen sei diese Diskriminierung ›reasonable‹ und also gleich = gerecht.«²⁰⁶

204 Fuss, S. 336.

205 Sehr deutlich ausgesprochen von Geiger, S. 37: »Das Grundgesetz (Art. 3 Abs. 3 GG) verbietet schlechthin, daß jemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seines Glaubens, seiner politischen Überzeugung benachteiligt oder bevorzugt wird. Das kann ja nun aber vernünftigerweise nicht bedeuten, daß diese Gesichtspunkte bei einer hoheitlichen Entscheidung überhaupt niemals zum Gegenstand von Überlegungen gemacht werden dürften. Dort, wo die Berücksichtigung eines Umstands der genannten Art *sachgerecht* erscheint, kann er auch für die Entscheidung der Behörde bedeutsam werden« (Hervorhebung durch die Verf.).

206 Thoma, Ungleichheit, S. 459 (der dieses freilich nicht direkt auf das Finalitätserfordernis bezieht); sehr kritisch auch Gubelt, vM-GG, Rdn. 97 zu Art. 3.

4. Begründungsverbot

Das Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG als Begründungsverbot ist vor allem von Podlech entwickelt worden. Podlech versteht Art. 3 GG als einheitlichen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz, dessen Gehalt in einer spezifischen Argumentationslastregel liegt. Dies kommt in seiner als »Arbeitsfassung« umgeschriebenen Formulierung des Art. 3 Abs. 1 zum Ausdruck: »Die öffentliche hoheitlich handelnde Gewalt soll alle Personen einer gekennzeichneten Klasse gleichbehandeln, es sei denn, es liege ein zureichender Grund für eine Ungleichbehandlung vor.«²⁰⁷

Die Absätze 2 und 3 des Art. 3 enthalten nach seiner Auffassung nicht selbständige Verhaltensanweisungen, sondern stellen »verfassungsrechtliche Inhaltsbestimmungen negativer Art des Ausdrucks ›zureichender Grund für eine Ungleichbehandlung‹ dar.«²⁰⁸ In anderen Worten: »Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verbieten der öffentlichen hoheitlich handelnden Gewalt nicht, nach den in diesen Absätzen genannten Merkmalen zu differenzieren. Sie verbieten vielmehr, etwaige Differenzierungen mit diesen Merkmalen zu begründen.«²⁰⁹ Podlechs Prüfungsraster ist in Regel 12.3. beschrieben.²¹⁰

»Ist die gekennzeichnete Klasse einschließlich der behandelten Klasse und der Restklasse festgestellt, so erfolgt die Prüfung des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in folgender Reihenfolge:

1. Nur wenn die behandelte Klasse und die Restklasse durch Merkmale getrennt sind, die in Art. 3 Abs. 2 oder 3 GG genannt sind, liegt ein Fall dieser Absätze vor.
2. Liegt eine solche Trennung vor, ist diese Differenzierung genau dann wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG unzulässig, wenn die Merkmale, nach denen differenziert wird, zugleich Grund der Differenzierung sind.
3. Ist die Differenzierung nicht schon nach der Regel 12.3.2 unzulässig, so hängt die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von den allgemeinen für die verfassungsrechtliche Gleichheit aufgestellten Kriterien ab.«

Podlechs Auffassung ähnelt trotz ihrer anderen Begrifflichkeit der Deutung der Absätze 2 und 3 als »Konkretisierungen« des allgemeinen Gleichheitssatzes. Während im Rahmen des Absatzes 1 zahlreiche Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können, stellen die Absätze 2 und 3 verfassungskräftig fest, daß bestimmte Merkmale einen zulässigen Grund für eine Diffe-

207 Podlech, S. 91 (Anmerkungen des Originals weggelassen).

208 Ebd.

209 Podlech, S. 94 (Regel 12.2); vgl. auch Gusy, Gleichheitsschutz, S. 33.

210 Podlech, S. 95 f.

renzung nicht darstellen. Podlech geht zwar für den allgemeinen Gleichheitssatz insbesondere mit seiner Argumentationslastregel über die h.M. hinaus und präzisiert die Begrifflichkeit, doch für die Absätze 2 und 3 bringt er wenig Neues. Unklar bleibt bei Podlech vor allem, was die Worte »Begründung« bzw. »Grund« genau bedeuten sollen. Er führt nicht aus, wann eine Begründung unabhängig von einem der in Absatz 3 genannten Merkmale erfolgt. Die wenigen Beispiele, die Podlech aus dem Bereich der Absätze 2 und 3 diskutiert, deuten darauf hin, daß er an die Begründbarkeit nicht zu hohe Anforderungen stellt, sondern zahlreiche Regelungen, die nach dort genannten Merkmalen differenzieren, für begründbar hält.²¹¹ Podlech hält es beispielsweise für vereinbar mit Art. 3 Abs. 3 GG, daß auf höheren Schulen allein Schülerinnen Koch- und Handarbeitsunterricht erteilt wird.²¹² Zwar merkt er skeptisch an, daß eine solche Differenzierung gesellschaftspolitisch nicht erwünscht sein möge; dies ändert jedoch nichts daran, daß er sie für begründbar hält, ohne auf das Geschlecht abzustellen. Leider bleibt er die Begründung, die ihm zur Rechtfertigung der Differenzierung vorschwebt, schuldig.²¹³ Podlechs Thesen zum Verständnis der Absätze 2 und 3 kommen damit den oben diskutierten Finalitätsüberlegungen sehr nahe.²¹⁴

Schlink führt Podlechs Ansicht weiter, indem er darauf abhebt, daß nicht jedes beliebige Anführen von Gründen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genügen könne. Wie Podlech geht auch Schlink davon aus, daß Art. 3 Abs. 3 GG nicht jede Ungleichbehandlung von Menschen verschiedenen Geschlechts, sondern lediglich solche Ungleichbehandlungen verbiete, die nur durch den Hinweis auf die Unterschiede des Geschlechts begründet und begründbar seien. Er versucht auch den Unterschiedsbegriff zu präzisieren: »Daß jemand eine Frau ist, einer bestimmten Rasse zugehört oder eine bestimmte Sprache spricht – diese Tatsachen *und mit ihnen einhergehende Wertungen* sollen nach Art. 3 Abs. 3 GG Ungleichbehandlungen nicht begründen und rechtfertigen können.«²¹⁵ Er weist Art. 3 Abs. 3 GG eine »emanzipatorische Funktion«²¹⁶

211 Vgl. dazu auch Sachs, Grenzen, S. 424 ff.

212 Podlech, S. 94 f.

213 Kritisch auch Sachs, Grenzen, S. 426.

214 Freilich waren die Absätze 2 und 3 nicht sein Thema und es mag sein, daß nur die Kürze und Beiläufigkeit der Podlechschen Beschäftigung mit den Absätzen 2 und 3 zu einer mißverständlichen Interpretation seines Verständnisses führt; doch so, wie er es dort formuliert, wäre wohl jede Differenzierung nach dem Geschlecht, für die irgendein anderer Grund als der Geschlechtsunterschied zu finden ist, mit Art. 3 Abs. 2 und 3 vereinbar.

215 Schlink, Identifikation, S. 350 (Hervorhebung durch die Verf.).

216 A.a.O., Anm. 50; den Unterschied zwischen Podlechs und Schlinks Ausführungen berücksichtigt Sachs in seiner Kritik, Grenzen, S. 427, m.E. nicht genügend.

zu: »Art. 3 Abs. 3 GG spricht die traditionell vorurteilsneuralgischen Punkte der Gesellschaft an und verlangt Problematisierungen und Begründungen da, wo einst Vorurteile genügten.«²¹⁷ Schlink spricht damit einen entscheidenden Gesichtspunkt der Diskussion um das Gleichberechtigungsgebot an. Reicht es nicht mehr aus, an gängige Vorurteile zu appellieren, sondern verlangt man eine rationale Begründung für Differenzierungen zwischen Männern und Frauen, so kann dies zumindest zum Aufdecken und Hinterfragen der Vorurteile führen. Auch Schlinks Ausführungen bleiben freilich recht abstrakt; Hinweise darauf, was Vorurteil und was rationale Begründung ist, gibt er nicht. Gerade hier aber liegt der Kernpunkt der Problematik der Gleichberechtigungsdiskussion. Des einen Vorurteil ist häufig des anderen überzeugende Begründung.

5. *Logische Vergleichbarkeit*

Von einigen Autoren wurde die Problematik der bisher vorgestellten Begrenzungsversuche deutlich gesehen. Sobald Kausalitäts- oder Finalitätsüberlegungen zur Begrenzung des Differenzierungsverbots herangezogen wurden, lief man Gefahr, den normativen Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG auf nicht viel mehr als das schon im allgemeinen Gleichheitssatz enthaltene Willkürverbot zu reduzieren. Von Striktheit oder gar Absolutheit des Differenzierungsverbots konnte dann nicht mehr gesprochen werden. Dennoch sollten nach allgemeiner Auffassung aber besondere Mutterschutzregelungen vor der Verfassung weiter bestehen können. Einen Ausweg aus dem Dilemma einer strikten Geltung des Differenzierungsverbots einerseits und der Zulässigkeit von Differenzierungen in bestimmten Fällen schien die Berufung darauf zu bieten, daß in diesen Fällen gar nicht zwischen Männern und Frauen differenziert werde, die Regelung Art. 3 Abs. 2 und 3 GG mithin gar nicht unterfiele. Die Vorarbeiten zu einem solchen Ansatz wurden wiederum von Podlech geleistet,²¹⁸ dessen Argumentationsgang hier vollständig zitiert wird.²¹⁹

»Die nach den Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes gleichbehandelte Klasse ist die Klasse werdender und stillender Mütter und von Wöchnerinnen, soweit sie in einem Arbeitsverhältnis stehen. Die gekennzeichnete Klasse dieser Klasse ist die Klasse aller Zivilpersonen, soweit sie in einem Arbeitsverhältnis stehen. Die Rest-

217 Schlink, Identifikation, S. 350.

218 Dem schließen sich an: Schnapp, Gleichstellung, S. 317 f.; Schlink, Abwägung, S. 202 f.

219 Podlech, S. 92 (Anmerkungen des Originals weggelassen).

klasse der gleichbehandelten Personen ist die Klasse aller Zivilpersonen in einem Arbeitsverhältnis, soweit sie nicht werdende oder stillende Mütter oder Wöchnerinnen sind, einschließlich aller anderen weiblichen Personen. Weder unter den klassenbildenden Merkmalen noch unter den Gründen für die Zulässigkeit der durch das Mutterschutzgesetz angeordneten Differenzierungen kommt das Prädikat ›weiblich‹ vor«.

Auf den ersten Blick wirkt dieser Argumentationsgang geradezu genial, scheint er doch die formale Struktur des Differenzierungsverbots beizubehalten und dennoch eine von (fast) allen für angemessen gehaltene Lösung des Problems des Mutterschutzes zu ermöglichen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß Podlech eine Wertung vornimmt, die von der formalen Struktur des Differenzierungsverbots zwingend nicht vorgegeben ist. Es ist Podlech zwar zuzugeben, daß das Merkmal weiblich allein nicht zur Klassenbildung genügt; unterscheidendes Merkmal ist »schwanger«. Das Merkmal »schwanger« beinhaltet aber immer das Merkmal »weiblich«; »weiblich« ist damit notwendiges, wenn auch nicht hinreichendes Merkmal der Klassenbildung. Podlech gibt keine weitere Begründung, weshalb die Verwendung des Geschlechts als notwendiges, wenn auch nicht hinreichendes Unterscheidungskriterium kein Fall des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sein soll.²²⁰

Die Brisanz, die Podlechs Gedankengang erhalten kann, sei an einer Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten verdeutlicht. In dem berühmt gewordenen Fall *Geduldig v. Aiello*²²¹ hielt es der Supreme Court für verfassungsmäßig, daß das Krankenversicherungssystem des Staates Kalifornien medizinische Kosten der Arbeitnehmer in allen Fällen – darunter auch für männerspezifische gesundheitliche Versorgung wie beispielsweise Prostata-Behandlung und Beschneidungen – außer bei Schwangerschaft übernahm. Das Problem hinsichtlich der Benachteiligung wegen des Geschlechts erledigte der Supreme Court in einer Fußnote: »Das Fehlen der Identität zwischen der ausgeschlossenen gesundheitlichen Behinderung und dem Geschlecht – wie in diesem Versicherungssystem – wird schon bei der flüchtigsten Analyse klar. Das Versicherungssystem teilt mögliche Empfänger in zwei Gruppen – schwangere Frauen und nichtschwangere Personen. Während die erste Gruppe ausschließlich weiblich ist, umfaßt die zweite Angehörige beiderlei Geschlechts.«²²² »Das kalifornische Versicherungspro-

220 Kritisch auch Steglich, S. 55, das Problem werde »durch Bildung von Vergleichsgruppen wegdefiniert«.

221 417 U.S. 484 (1974).

222 A.a.O., S. 496 f.

gramm schließt niemanden von einer Begünstigung wegen des Geschlechts aus, sondern entfernt lediglich einen körperlichen Zustand – Schwangerschaft – von der Liste ersatzfähiger Gesundheitsprobleme«. ²²³ Als der Supreme Court diesen Argumentationsgang im Parallellfall *General Electric Co. v. Gilbert* ²²⁴ auch für die Auslegung eines Antidiskriminierungsgesetzes heranzog, reagierte der Kongreß zügig und stellte im Pregnancy Discrimination Amendment klar: Das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts umfaßt auch Diskriminierungen wegen »Schwangerschaft, Geburt oder damit zusammenhängenden medizinischen Zuständen«. ²²⁵

In dem Moment, wo die Leugnung einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts bei einer Differenzierung zwischen Schwangeren und sonstigen Personen zu einer deutlichen Benachteiligung der Frau führt, wird die gesellschaftliche Problematik von Podlechs Argumentationsgang deutlich. Daß das Gleichberechtigungsgebot solche Fälle auch erreichen und verbieten wollte, erscheint naheliegend. Logisch zwingend fallen diese Konstellationen aus seinem Anwendungsbereich jedenfalls nicht hinaus. Mit der gleichen – logischen – Berechtigung ließen sich alle Differenzierungen, die allein verheiratete Frauen betreffen, aus dem Anwendungsbereich des Gleichberechtigungssatzes hinausdefinieren. Denkt man beispielsweise an ein Verbot der Erwerbstätigkeit, welches allein Ehefrauen trifft, so unterscheiden sich auch hier die ungleich behandelten Personengruppen nicht (allein) in dem Merkmal »Geschlecht«; die nicht von dem Arbeitsverbot betroffene Personengruppe enthält sowohl (alle) Männer als auch (unverheiratete) Frauen. Es würde aber wohl niemand vertreten, daß Art. 3 Abs. 2 GG auf diesen Beispielsfall nicht anwendbar wäre. Diese Unterschiedlichkeit im Ergebnis ist aber kein Problem der logischen Vergleichbarkeit, sondern der wertenden Auswahl dessen, was man als vergleichbar ansehen möchte. ²²⁶

Auch Sachs versucht, mit dem Begriff der logischen Unvergleichbarkeit einige Problemfälle aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG herauszunehmen. Er kritisiert zwar Podlechs Argumentationsgang für den konkreten Fall des Mutterschutzes, behält aber den Begriff der *logischen Unvergleichbarkeit* bei und wendet ihn auf einen konkreten Beispielsfall an. Seine Position leidet m.E. an zwei Fehlern: zum einen ist seine Kritik an Podlech immanent unzutreffend, zum anderen begeht er in seinem Beispiel der

223 Ebd.

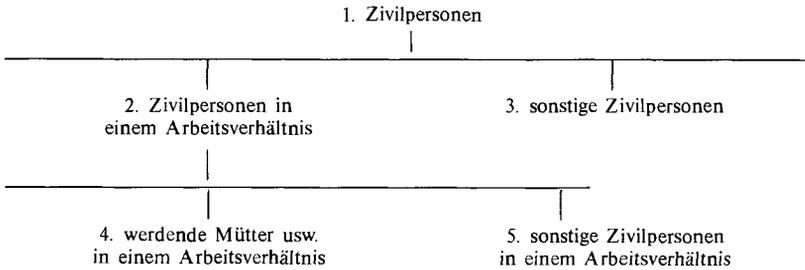
224 429 U.S. 125 (1976).

225 42 U.S.C. § 2000(e)(k) (1978).

226 Vgl. Taub, Book Review, S. 1693.

logischen Unvergleichbarkeit denselben Denkfehler, den er Podlech für das Beispiel des Mutterschutzes vorwerfen zu können glaubt.

Zunächst zu seiner Kritik an Podlech, die sich am übersichtlichsten – und auch von Sachs so gewählt – in einem Baum²²⁷ darstellen läßt. Podlechs Gedankengang stellt Sachs in folgendem Baum zusammen:²²⁸

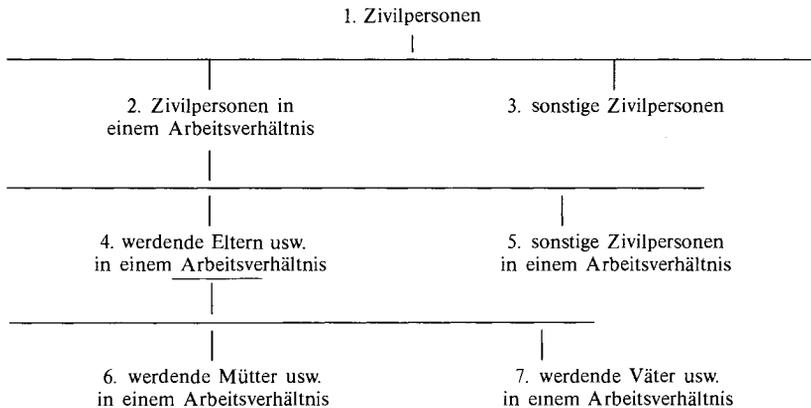


Da die Klasse 5 »sonstige Zivilpersonen in einem Arbeitsverhältnis« Männer wie Frauen enthält, braucht man zur Unterscheidung der Klassen 4 und 5 das Merkmal »weiblich« nicht. Darauf stützt Podlech seine Behauptung, Art. 3 Abs. 3 GG sei für den Fall des Mutterschutzes nicht einschlägig. Sachs versucht, diesem Baum einen Alternativ-Baum entgegenzusetzen, in dem eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen vorkommt:²²⁹

227 Die Elemente des Baumes stellen Klassen, d.h. Gruppen von Personen dar, die gemeinsame Merkmale haben. Jede Klasse A, die mit einer anderen Klasse B durch einen Strich nach oben verbunden ist, ist eine Teilklasse der Klasse B, die Klasse B eine Einschlußklasse der Klasse A; der Strich nach oben läßt sich also lesen als »Klasse A enthalten in Klasse B«, in umgekehrter Richtung »Klasse B enthält Klasse A«; zur näheren Erläuterung der Bildung und Anwendung eines Baumes auf die Gleichheitsprüfung, siehe Podlech, insbesondere S. 64 ff.

228 Sachs, Grenzen, S. 349, Anm. 597.

229 Sachs, Grenzen, S. 350 (Fortsetzung von S. 349, Anm. 597; mit kleinen formalen Veränderungen durch die Verf.).



Offensichtlich werden in Sachs' Baum die Klassen 6 und 7 allein durch das Merkmal Geschlecht unterschieden, da, wer Mutter bzw. Vater ist, allein durch die Geschlechtszugehörigkeit bestimmt wird. Allein das Zwischenschalten der Klasse der werdenden Eltern löst das Problem jedoch nicht. Sachs' Baum ist kein kennzeichnender Baum im Sinne Podlechs hinsichtlich der Behandlung »keine Gewährung von Mutterschaftsurlaub«. Ein kennzeichnender Baum, der zur Prüfung von Gleichheitsverstößen geeignet sein soll, muß für jede Art der in Frage kommenden Behandlungen genau eine Klasse enthalten, die die gleichbehandelten Personen und nur diese als Glieder umfaßt.²³⁰ Verfassungsrechtliche Gleichheit bedeutet nach Podlech, daß zwei Personen beide »in einem gegebenen Rechtsverhältnis zur öffentlichen hoheitlich handelnden Gewalt stehen oder sie beide nicht in diesem Rechtsverhältnis zu ihr stehen.«²³¹ Alle Personen, die nicht unter die Begünstigungen des Mutterschutzgesetzes fallen, werden demnach für die hier zu untersuchende Fragestellung gleichbehandelt. In Sachs Baum sind dies die Klassen 5 und 7, und es gibt keine Klasse, die diese und sonst keine Glieder enthält. Der Versuch, Podlech auf dieser Ebene zu widerlegen, scheitert. Angeregt von einer Fußnote Dürigs²³² hält Sachs aber logische Unvergleichbarkeit in folgendem Fallbeispiel für gegeben: Es wird eine Regelung eingeführt, welche weiblichen Prüflingen, die während ihrer Menstruation ein

230 Vgl. Podlechs Beispiel mit den zwei Tafeln der Trümmergrundstückseigentümer, S. 68 f.

231 Podlech, S. 43.

232 Dürig, M/D/H/S, Rdn. 13 Anm. 2 zu Art. 3 II.

Examen abzulegen hätten, eine Rücktrittsmöglichkeit einräumt. Hier hält es Sachs für eindeutig, daß die Vergleichbarkeit männlicher Kandidaten »ohne weiteres« fehle. »Denn der geregelte Tatbestand beträfe als ›behandelte Klasse‹ ausschließlich Frauen, und zwar während ihrer Menstruation; die ›gekennzeichnete Klasse‹, die von einer denkbaren weiterreichenden Regelung zugunsten beider Geschlechter betroffen sein könnte, wäre nicht so zu bilden, daß ausschließlich Männer (als ›Restklasse‹) hinzukämen.«²³³ Unter der Prämisse, die Sachs beim Beispiel des Mutterschutzes zugrundelegte, ist dies falsch. Wie Sachs beim Mutterschutzbeispiel die »Zwischenklasse« der »werdenden Eltern« einführte, könnte man hier als Zwischenklasse die Klasse der »Menstruationsbelasteten« einführen, die nicht nur menstruierende Frauen, sondern auch mit ihnen verheiratete Männer umfassen könnte. Die Beziehung der mit menstruierenden Frauen verheirateten Männer zu ihren Ehefrauen ist – logisch gesehen – genauso eng wie die Beziehung von Männern, deren Frauen ein Kind erwarteten, zu ihren schwangeren Frauen.²³⁴ Daß die Bildung solcher Klassen sinnlos erscheint, läßt sich unter logischen Gesichtspunkten gerade nicht erfassen. Eigentlich dürfte es für Sachs nach konsequenter Anwendung der von ihm aufgestellten Prinzipien keine Fälle des Fehlens der logischen Vergleichbarkeit geben. Obwohl Sachs als einer der Rechtswissenschaftler anzusehen ist, der sich in Deutschland am intensivsten darum bemühte, dem Art. 3 Abs. 3 GG als striktem Differenzierungsverbot Geltung zu verschaffen, sieht auch er die Vergleichbarkeit als strukturelle Anwendungsvoraussetzung des Unterscheidungsverbots. Er weist zwar zutreffend auf die Problematik jedes Versuches hin, die Vergleichbarkeit als Begrenzungskriterium zu konstruieren,²³⁵ und hebt darauf ab, daß die »Definitionsmacht des Gesetzgebers für die Tatbestandsbildung«²³⁶ nicht zu einer völligen Freiheit von der Bindung an ein Differenzierungsverbot führen dürfe. Er bemüht sich, dies zu verhindern, indem er hohe Anforderungen an die Begrenzung der Anwendbarkeit des Unterscheidungsverbotes stellt. Nur bei größtmöglicher Annäherung an Fälle der logischen Unvergleichbarkeit – wie er sie versteht²³⁷ – soll auch »natürliche«

233 Sachs, Grenzen, S. 351.

234 Ein solches Vorgehen ist nach Sachs' Verständnis von Podlech logisch immer möglich, wenn man als nächste Einschlussklasse die Klasse derer bezeichnet, die die Frauen mit dem spezifischen Merkmal und die zu ihnen in einer gewissen Beziehung stehenden Männer, beispielsweise die mit ihnen verheirateten, umfaßt.

235 Sachs, Grenzen, S. 333 ff.

236 S. 491.

237 Meines Erachtens gibt es – wie gezeigt – keine Fälle der logischen Unvergleichbarkeit.

Unvergleichbarkeit zur Nichtanwendung der besonderen Gleichheitssätze führen.²³⁸ Eine Konstellation, auf die das Differenzierungsverbot nicht angewendet werden kann, sieht er bei Vorliegen eines merkmalspezifischen Lebenssachverhalts gegeben, »dessen Behandlung als Fall eines übergreifenden, durch Einbeziehung ausschließlich von Nicht-Merkmalsträgern festzulegenden Lebenssachverhaltes willkürlich wäre«.²³⁹ Er hält eine solche Begrenzung für unvermeidlich, um die Fälle auszuklammern, auf die das Unterscheidungsverbot »nicht paßt«.²⁴⁰ Schon diese Formulierung freilich zeigt, daß auch Sachs hier, so sehr er sich um Präzisierung bemüht, einen nicht unbeträchtlichen Interpretationsspielraum eröffnet. Letztlich waren alle Auseinandersetzungen um die Geltung des Gleichberechtigungsgebots davon getragen, daß man unterschiedlicher Ansicht war, wann eine Gleichbehandlung von Männern und Frauen »passe«. Sachs nähert sich insoweit der Deutung des Art. 3 Abs. 2 GG als umgekehrtem Willkürverbot an. Wenn er sich auch bemüht, das Einfließen des Vorverständnisses des Interpreten von den Unterschieden zwischen Mann und Frau zu begrenzen, ausgeschlossen hat er es nicht.

6. Würdigung

Die sechziger, siebziger und achtziger Jahre waren dadurch gekennzeichnet, daß sich das gesellschaftliche Bewußtsein in Bezug auf das Verhältnis von Männern und Frauen änderte. Die Vorstellung, das Wesen der Frau erfülle sich im Ehefrau- und Mutter-Sein, während der Mann für die Ernährung der Familie zu sorgen habe, stellte nicht länger den gesellschaftlichen Konsens dar. Immer mehr der früher als selbstverständlich angesehenen Unterschiede zwischen Männern und Frauen wurden fraglich und konnten Unterschiede in der rechtlichen Behandlung von Männern und Frauen nicht länger rechtfertigen. Eine Deutung des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot setzte sich durch. In dem Maße, in dem sich die Reichweite der als wesentlich angesehenen Unterschiede zwischen den Geschlechtern verengte, konnte sich der Anwendungsbereich des Differenzierungsverbots erweitern. Die Literatur folgte ganz überwiegend der dogmatischen Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts und ging allenfalls insoweit darüber hinaus, als sie eine re-

238 Sachs, Grenzen, S. 492, S. 378 ff.

239 S. 492.

240 S. 492.

strikte Handhabung der Formel von den objektiven biologischen oder funktionalen Unterschieden verlangte. Daneben versuchte eine Reihe von Autoren, eine absolute Geltung des Differenzierungsverbots allgemeiner als durch die Berufung auf Ausnahmen zu begrenzen. Doch führte keiner der Neuansätze zu befriedigenden Lösungen. Selbst diejenigen, die sich um eine möglichst strikte Geltung des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot bemühten, kamen letztlich nur zu dogmatischen Konstruktionen, die dem Vorverständnis des Interpreten weite Spielräume eröffneten. Dies läuft der Zielrichtung des Gleichberechtigungssatzes, verstanden als Differenzierungsverbot, jedoch gerade zuwider. Im Bereich der Gleichberechtigung von Männern und Frauen waren immer Vorurteilsbehaftetheit und unterschiedliche Auffassungen darüber, was »wirkliche« Unterschiede zwischen den Geschlechtern darstellt, Kern des Problems und Brennpunkt ideologischer Auseinandersetzung.

Aus diesem Dilemma hätte nur ein striktes oder absolutes Differenzierungsverbot führen können. Es hätte auch in der Konsequenz der dogmatischen Entwicklung zu einem immer weiterreichenden Anwendungsbereich des Differenzierungsverbots gelegen, letztendlich jegliche Differenzierung zwischen Männern und Frauen als verfassungswidrig auszusehen. Eine solche Deutung als absolutes Differenzierungsverbot ist in Deutschland bisher zwar nicht vertreten worden,²⁴¹ wäre aber denkbar²⁴² und würde keineswegs zu so völlig absurden Ergebnissen führen, wie man in Deutschland gemeinhin zu meinen scheint. Dies sei für das in Deutschland am meisten genannte Beispiel für ungleiche Behandlung, den Mutterschutz, angedeutet. Zwar mag Schwangerschaft als menschliche Erfahrung einzigartig sein, in Bezug auf irgendein legitimes staatliches Regelungsinteresse ist ihre Einzigartigkeit zweifelhaft. Für den Arbeitsschutz ausschlaggebend ist beispielsweise die Arbeitsfähigkeit und der Schutz der Gesundheit. Insoweit unterscheidet sich der Zustand der Schwangerschaft oder der Zustand direkt nach der Geburt nicht von Krankheiten oder anderen körperlichen Beschwerden. Auch Schwangerschaft nimmt einen individuellen Verlauf. Es ist daher keineswegs

241 Podlech, S. 95, weist auf eine solche Möglichkeit hin, dem Art. 3 Abs. 2 GG im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 3 GG ein Verbot bereits in der Merkmalsbildung zu entnehmen, führt diesen Gedanken aber nicht aus.

242 In den USA wird ein striktes Differenzierungsverbot für das Merkmal Geschlecht durchaus vertreten. Unter dem Schlagwort »equal treatment versus special treatment« hat sich eine intensive Diskussion darüber entwickelt, ob eine Differenzierung nach dem Geschlecht jemals zulässig sein kann, vgl. dazu unten S. 298 ff.

a priori einleuchtend, weshalb man bei Schwangerschaft und Geburt die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nicht denselben Regeln unterwerfen könnte wie bei anderen medizinischen Gegebenheiten, etwa nach einer Operation. Auch Kündigungsschutz und Erziehungsurlaub lassen sich geschlechtsneutral regeln. Die völlige Streichung des Merkmals »Geschlecht« aus der Rechtsordnung würde jeglicher Diskussion darüber, ob Frauen von Natur aus anders sind, den Boden entziehen, und damit einem Ideal der absoluten Gleichbehandlung der Geschlechter uneingeschränkt entsprechen. In der praktischen Anwendung verspräche das absolute Differenzierungsverbot uneingeschränkt Konsistenz, Klarheit und Rechtssicherheit.

Freilich wirft das absolute Differenzierungsverbot ebenso wie jegliches Bemühen um eine striktere Handhabung eines Differenzierungsverbots mit Ausnahmen die Frage auf, ob es in seinen Konsequenzen dem Ziel und dem Inhalt des Art. 3 Abs. 2 GG heute noch gerecht werden kann. Solange das Problem, dem sich die Forderung nach Gleichberechtigung gegenüberstah, in ausdrücklichen Benachteiligungen der Frau lag, war ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot taugliches dogmatisches Mittel, um die Gleichberechtigung zu fördern. Seit den fünfziger Jahren ist die Anzahl dieser Problemkonstellationen jedoch ständig zurückgegangen. Inzwischen sind fast alle differenzierenden Normen, die Frauen offensichtlich benachteiligen, aus der Rechtsordnung verschwunden. Die wenigen Vorschriften dieser Art, die noch zu finden sind, erscheinen eher als bisher übersehene Relikte, deren Abschaffung lediglich eine Frage der Zeit ist. So muß sich das Bemühen um Gleichberechtigung aus dem Blickwinkel des Differenzierungsverbots quasi notgedrungen auf die übriggebliebenen »Privilegien«²⁴³ der Frauen richten.²⁴⁴ Der einzige Problembereich, den das Differenzierungsverbot erreichen kann und will, sind Normen, die an das Merkmal Geschlecht unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen. In einem gesellschaftlichen Zustand, in dem die ausdrücklich nach dem Geschlecht differenzierenden Normen fast ausschließlich noch »Bevorzungen« von Frauen enthalten, kann das Gleichberechtigungsgebot nur noch zum Schutz von Männern real wirken. Je strikter das Differenzierungsverbot verstanden wird, desto eher nützt es – inzwischen – Männern. Seine Funktion, Frauen zu schützen, hat

243 Daß viele der hier angesprochenen Fälle durchaus einen Doppelcharakter haben und auch zum Nachteil von Frauen wirken, ändert nichts daran, daß sie primär als Begünstigung von Frauen angesehen und auch als solche angegriffen werden.

244 Typisch der Titel der Untersuchung von R. Scholz: »Gibt es eine rechtliche Benachteiligung des Mannes?«; siehe auch Zöllner, S. 223.

Art. 3 Abs. 2 GG bei dieser Interpretation inzwischen längst erfüllt. Für Frauen läuft das Gleichberechtigungsgebot, verstanden als Differenzierungsverbot, praktisch leer.

C. Die dritte Phase: die Betonung der sozialen Unterschiede

In den siebziger Jahren hatte sich das Rollenverständnis von Mann und Frau entscheidend verändert. Nicht länger war es selbstverständlich, daß Frauen auf den Reproduktionsbereich beschränkt sein sollten, während die öffentliche Sphäre Männern vorbehalten blieb. So stieg insbesondere die Erwerbstätigkeit verheirateter Frauen stetig an. Waren 1950 nur etwa 34 % aller erwerbstätigten Frauen verheiratet, hat sich diese Prozentzahl inzwischen fast verdoppelt. Dennoch erreichten Frauen bei weitem nicht einen gleichen Anteil an Mitwirkung und Einfluß im beruflichen, wirtschaftlichen und politischen Bereich.

Daß tatsächliche Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen nicht besteht, ist offensichtlich; auch die meisten juristischen Untersuchungen, die sich mit Gleichberechtigungsfragen befassen, setzen ein solches Gleichheitsdefizit voraus.²⁴⁵ Daher sollen nur einige Stichworte das Ausmaß der Schlechterstellung der Frau in Erinnerung rufen.²⁴⁶ Ausbildungs- und Arbeitsmarkt sind durch horizontale wie vertikale geschlechtsspezifische Segregation gekennzeichnet. Die Erwerbstätigkeit von Frauen beschränkt sich auf wenige Berufszweige, wie insbesondere die allgemeinen Dienstleistungsbetriebe, Textil- und Bekleidungsindustrie und den Gesundheitsdienst. Mag sich die horizontale Segregation auch allmählich ändern, die vertikale Segregation besteht weiter. Frauen sind in jedem Berufszweig, in dem sie überhaupt zu finden sind, überproportional am unteren Ende der Hierarchie zu finden. Je verantwortungsvoller und einflußreicher die Position, desto stärker sinkt der Frauenanteil oder wie Däubler-Gmelin formuliert: »Je schlechter, voraussetzungsloser, niedriger bezahlt und weniger attraktiv die Tätigkeit in einem Bereich ist, desto höher ist der Anteil der dort beschäftigten

245 So z.B. ausdrücklich Schmitt Glaeser, *Abbau*, S. 9; etwas ausführlicher dazu z.B. Dix, *Gleichberechtigung*, S. 14 ff.; Garbe-Emden, *Gleichberechtigung*, S. 34 ff.; Benda, *Notwendigkeit*, S. 9 ff.; Pfarr, *Quoten*, S. 122 ff.

246 Vgl. dazu z.B. Langkau-Herrmann u. a.; Däubler-Gmelin, *Frauenarbeitslosigkeit*; sowie die Beiträge in den Sammelbänden: Gerhard u.a., *Auf Kosten der Frauen*; Gerhard/Limbach; Däubler-Gmelin u.a., *Mehr als gleicher Lohn*; Janssen-Jureit, *Frauenprogramm*; M. Jansen; Pfarr/Bertelsmann, *Diskriminierung*.

Frauen«.²⁴⁷ Dies gilt für die Privatwirtschaft wie für den öffentlichen Dienst, sowohl für »Frauenberufe« als auch für Berufe, in denen Frauen deutlich unterrepräsentiert sind. Nach wie vor beträgt der Bruttoverdienst erwerbstätiger Frauen nur etwa zwei Drittel desjenigen der Männer; infolge der Konzentration von Frauen in Teilzeitarbeit und Heimarbeit genießen sie geringeren sozialen Schutz. Von Arbeitslosigkeit sind Frauen deutlich stärker betroffen als Männer. Frauen wird häufiger gekündigt, sie sind länger und öfter arbeitslos. Auch im politischen Bereich ist die Unterrepräsentation der Frauen offensichtlich. Frauen stellen lediglich ca. 15% der Abgeordneten in Bundes- und Landesparlamenten, in Bundes- und Länderregierungen besetzen sie in der Regel einen Ministerposten (in der Regel den für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit),²⁴⁸ in Führungspositionen der Parteien – mit Ausnahme der Grünen – sind sie nur auf wenigen Plätzen zu finden.²⁴⁹

Angesichts dieses Befundes stellte sich die Frage neu, welche Aufgabe der Rechtsordnung bei der Bewältigung des Problems zukommen könne. Die Abschaffung von Normen, die nach dem Geschlecht differenzierten, hatte die Benachteiligung von Frauen in weiten gesellschaftlichen Bereichen nicht beseitigt. Neue rechtliche Strategien der Bekämpfung von Frauendiskriminierung mußten entwickelt werden.²⁵⁰ Kaum überraschend rückte damit auch der verfassungsrechtliche Gleichberechtigungssatz wieder ins Zentrum des Interesses. Ende der siebziger und insbesondere in den achtziger Jahren erfuhr Art. 3 Abs. 2 GG wieder so viel Aufmerksamkeit, wie er dies schon direkt nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes, Anfang der fünfziger Jahre, getan hatte. Wie damals wird die Diskussion zum Teil sehr emotional und polemisch geführt. Der Berg der Literatur, der sich in den letzten zehn Jahren mit der Gleichberechtigung von Männern und Frauen beschäftigt hat, ist ins Unermeßliche gewachsen. Auch die Themenbereiche, die im Zusammen-

247 Däubler-Gmelin, Frauenarbeitslosigkeit, S. 64.

248 Für die Länderregierungen ist dies nicht mehr uneingeschränkt gültig (Schleswig-Holstein hat 4 Ministerinnen). Andererseits aber zeigt die Aufregung, die die Neubesetzung des Berliner Senats nach der Koalition von SPD und Grünen 1988 in den Medien hervorgerufen hat (dabei stellen Frauen mit 8 von 14 nur knapp mehr als die Hälfte), wie ungewöhnlich die Vorstellung noch ist.

249 Vgl. Ballhausen u. a.; Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 47; dies mag sich mit der Einführung von Quotenregelungen in der SPD freilich bald ändern.

250 Als einer der ersten griff der Deutsche Juristentag das Thema der tatsächlichen Gleichheit von Männern und Frauen auf und befaßte sich schon 1974 mit der Frage »Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?« mit Gutachten von Löwisch (Arbeitsrecht), Gitter (Sozialrecht), Menzel (Steuerrecht); vgl. dazu auch Maier; siehe auch Bericht der Enquete-Kommission Frau und Gesellschaft.

hang mit Gleichberechtigung diskutiert werden, werden immer umfassender und reichen in fast alle Rechtsgebiete hinein. Der Hinweis auf zwei Gesetzesvorhaben, denen die Literatur ihr besonderes Interesse widmete, möge dies veranschaulichen.

Im Jahre 1980 nahm der deutsche Gesetzgeber²⁵¹ – mit erheblicher Verspätung²⁵² – die Anpassung des deutschen Rechts an zwei Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft zum Abbau der Diskriminierung der Frau²⁵³ vor. Kernstück war die gesetzliche Verankerung eines generellen arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots in § 611 a BGB; da eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots aber nur den Ersatz des Vertrauensschadens nach sich zog – daher der Name »Portoparagraph« –, fehlte es an einer ausreichenden Sanktion.²⁵⁴ Das arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz war bereits im Entwurfsstadium umstritten und erfuhr auch nach seinem Inkrafttreten heftige Kritik in der Literatur.²⁵⁵

Ein weiterer Diskussionsschub setzte bei der Frage nach der Schaffung eines Antidiskriminierungsgesetzes ein.²⁵⁶ Zur Vorbereitung der Sachverständigenanhörung am 21./22. Januar 1982 in Bonn war ein umfangreicher Fragenkatalog erarbeitet worden, der Vorstellungen über den möglichen Inhalt eines Antidiskriminierungsgesetzes konkretisierte.²⁵⁷ Der Fragenkatalog betraf im wesentlichen folgende Themenbereiche: Schaffung einer gesetzlichen Generalklausel, die generell auch für den privaten Rechtsverkehr die Benachteiligung wegen der Geschlechtszugehörigkeit untersagte, Verbesserung des EG-Anpassungsgesetzes und dessen Ergänzung durch die Schaffung betrieblicher Förderungsmaßnahmen beispielsweise durch Zielvorgaben und Quoten, die Schaffung weiterer Mitbestimmungsrechte für Betriebsrat und Perso-

251 Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1308).

252 Das Gesetz trat am 21.8.1980 in Kraft; die Richtlinien hätten bis zum 10.2.1976 bzw. 9.8.1978 umgesetzt werden müssen.

253 Richtlinien 75/117 und 76/207.

254 Vgl. Urteil des EuGH vom 10.4.1984, NJW 1984, S. 201, auf Vorlagen zweier deutscher Gerichte; vgl. dazu Zuleeg; Raasch, Chancengleichheit, S. 325 ff.; Pfarr, Gleichbehandlung, S. 191 ff.; dies., Gleichstellung; Garbe-Emden, Frauendiskriminierung, S. 332 ff.; Colneric.

255 Dix, Wirkungsloses Gesetz, S. 354 ff.; Bertelsmann, Gleichbehandlung, S. 1806 ff.; Slupik, Entwurf, S. 58 ff.; Binkert, S. 747 ff.; Pfarr/Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, S. 29 ff.; Hanau, Gleicher Zugang, S. 457 ff.; vgl. auch Eich, S. 2330 ff.; Knigge, S. 1272 ff.

256 Vgl. Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 92 ff.; Friauf, Grundrechtsprobleme; Schmitt Glaeser, Sorge; Schlußveranstaltung des 54. Deutschen Juristentages, S. O 6 ff.; Slupik, Verrechtlichung; Gitter, Gleichberechtigung, S. 1568 ff.; Coester-Waltjen, Zielsetzung, S. 217 ff.; Hohmann-Dennhardt, Antidiskriminierungsgesetz.

257 Abgedruckt in: Sachverständigenanhörung, S. 98 ff.

nalrat, die Normierung eines Benachteiligungsverbots für den Geschäfts- und Dienstleistungsverkehr bzw. Wohnungsvergabe und das Verbot diskriminierender Werbung, die Einführung begrenzt offener Listen im Wahlrecht und Möglichkeiten der Schaffung einer Instanz zur Überwachung und Durchsetzung des Gleichberechtigungsgesetzes. In seiner hauptsächlichlichen Orientierung auf das Arbeitsleben wurde der Fragenkatalog von manchen Sachverständigen als zu eng kritisiert. Es fehle eine Diskussion über die Stellung und insbesondere die soziale Sicherung der Hausfrau, über wichtige Vorschriften des Familienrechts, über strafrechtliche Themengebiete wie Abtreibung und Gewalt gegen Frauen sowie über die Diskriminierung der Frau in den Medien.²⁵⁸ Neben Stellungnahmen zu konkreten im Fragenkatalog angesprochenen Regelungen fand eine grundsätzliche Diskussion darüber statt, ob und inwieweit es überhaupt zulässig und sinnvoll sei, Antidiskriminierungsvorschriften zu schaffen. Ist die Benachteiligung der Frau auf Faktoren rückführbar, die ein Gesetz beheben könnte?

Vielfältige weitere Vorschläge zum Thema Gleichberechtigung sind seither diskutiert worden. In fast allen Aufsätzen, die sich mit Fragen der Verbesserung der Lage der Frau befassen, werden verfassungsrechtliche Bezüge hergestellt oder zumindest erwähnt. Eine vollständige Darstellung der Gleichberechtigungsdiskussion in all ihren Verästelungen ist daher ausgeschlossen. Die Auseinandersetzung mit der Literatur wird sich auf zwei Problemkreise beschränken, die ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot besonders deutlich in Frage stellen. Zunächst sollen die Versuche, aus Art. 3 Abs. 2 GG einen Verfassungsauftrag abzuleiten, dargelegt (I), sodann die Diskussion um spezifische Frauenfördermaßnahmen, insbesondere Quotenregelungen, nachgezeichnet werden (II). Schließlich wird kritisch zu würdigen sein, inwieweit es der Literatur gelungen ist, dogmatisch befriedigende Lösungen angesichts der heute bestehenden Problemlage der Gleichberechtigung zu finden (III).

I. Verfassungsauftrag

Von einem Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Differenzierungsverbot herkommend, ist es konsequent, die Herstellung tatsächlicher Gleich-

258 Vgl. z.B. die Stellungnahmen des Deutschen Frauenrates, S. 121; Emma, S. 200 ff., sowie in der Diskussion S. 90 ff.; Courage, S. 210 ff. (jeweils in Sachverständigenanhörung).

berechtigung nicht als (verfassungs-)rechtliches Problem anzusehen.²⁵⁹ Erschöpft sich der Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG darin, nach dem Geschlecht differenzierende Regelungen zu verbieten, mag die Schaffung tatsächlicher Gleichheit zwischen den Geschlechtern ein gesellschaftspolitisches Problem darstellen. Seine Lösung aber muß dem politischen Spiel der Kräfte überlassen bleiben. Andere hingegen sehen die Schaffung wirklicher Gleichberechtigung als Kernpunkt der verfassungsrechtlichen Garantie des Art. 3 Abs. 2 GG. Wie die Ableitung eines Verfassungsauftrags aus Art. 3 Abs. 2 GG begründet (1) wurde, welcher Inhalt einem solchen Verfassungsauftrag gegeben (2) und welche Konsequenzen daraus gezogen wurden (3), soll im folgenden skizziert werden.

1. Ableitung

Als erster griff Säcker 1974 – gegen die Position des gleichzeitig vorgelegten Gutachtens von Löwisch²⁶⁰ – in seinem Referat zum 50. Deutschen Juristentag die These auf, daß sich Art. 3 Abs. 2 GG nicht lediglich im Sinne der liberalen Grundrechtstheorie auf die Funktion als Abwehrrecht des einzelnen gegenüber einer an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfenden staatlichen Differenzierung beschränke. »Der zur Sozialstaatlichkeit verpflichtete Gesetzgeber ist gehalten, zugleich auch die faktisch-realen Voraussetzungen zu schaffen, unter denen die der Frau verfassungskräftig zugesagte Gleichberechtigung Wirklichkeit werden kann. Insoweit enthält Art. 3 Abs. 2 GG zugleich auch eine Förderungsverpflichtung für die staatlichen Gewalten.«²⁶¹ Säcker hatte einen sich aus Art. 3 Abs. 2 GG ergebenden Verfassungsauftrag nur »kursorisch«²⁶² begründet.

Friauf leitet die Existenz eines solchen eingehender ab. Er erstattete 1981 im Auftrag des Bundesministers des Innern ein Rechtsgutachten zu der Fra-

259 So prononciert Zöllner, S. 226; sowie Starck, vM/K/S, Rdn. 209 zu Art. 3: »Dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 ist Genüge getan, wenn Männer und Frauen rechtlich gleichgestellt sind, ohne daß im faktischen gesellschaftlichen Zustand Männer und Frauen annähernd gleiche Ämter, Stellungen, Verantwortlichkeiten innehaben und Tätigkeiten ausüben oder ohne daß dieser Zustand durch alle möglichen Kompensationen und Erleichterungen bzw. Erschwerungen angestrebt werden muß. Wenn sich z. B. Frauen mehrheitlich für die Hausfrauentätigkeit oder für bestimmte Berufe entscheiden, dann ist durch diese faktische Situation die Gleichberechtigung von Männern und Frauen, wie sie Art. 3 Abs. 2 vorschreibt, nicht beeinträchtigt« (Anmerkungen des Originals weggelassen).

260 Löwisch, S. D42.

261 Säcker, S. L25.

262 Friauf, Verfassungsauftrag, S. 9.

ge, »ob eine positive Verpflichtung des Staates bestehe, die in Art. 3 II GG grundrechtlich gewährleistete Gleichberechtigung der Frau in den verschiedenen Lebensbereichen durch aktive Förderung und Unterstützung zu ermöglichen und zu sichern«. ²⁶³ In seinem ersten Abschnitt befragt Friauf den durch Auslegung zu ermittelnden Sinngehalt des Art. 3 Abs. 2 GG. Er sieht wegen der unterschiedlichen Formulierung des Abs. 2 und Abs. 3 zwar einen gewissen Anhaltspunkt für die Annahme gegeben, daß Art. 3 Abs. 2 GG im Sinne einer positiven staatlichen Förderungspflicht zu verstehen sei, einen »vollgültigen Beweis« dafür ergäben Wortlaut und systematischer Zusammenhang jedoch nicht. ²⁶⁴ Auch die Entstehungsgeschichte führe lediglich zu einem non liquet, ²⁶⁵ und eine isolierte, auf Art. 3 Abs. 2 GG beschränkte teleologische Auslegung könne ein anderes Ergebnis nicht stützen. ²⁶⁶ In einem zweiten Abschnitt beschäftigt sich Friauf daher mit allgemeinen grundrechtsdogmatischen Überlegungen. Er zeichnet kurz den Weg nach, wie unter der Geltung des Grundgesetzes die Beschränkung der Grundrechte auf ihre Funktion als Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen als nicht ausreichend angesehen wurde. Er zeigt auf, wie sich in Rechtsprechung und Schrifttum immer mehr eine Ergänzung der traditionellen Grundrechtsfunktion auf eine positive Wirkung der Grundrechte i. S. von Schutzpflichten, Gewährleistungs- und Teilhabefunktion hin durchgesetzt habe. Die Realisierung der in den Grundrechten angelegten Freiheitschancen gehöre bei einem vom Gedanken des sozialen Rechtsstaats determinierten Grundrechtsverständnis zur Daseinsvorsorge des Staates für seine Bürger. Grundsätzlich sei daher die Möglichkeit gegeben, einem Grundrecht neben seinem Charakter als Abwehrrecht auch positive Verpflichtungen des Gesetzgebers zur Förderung und Unterstützung der Grundrechtsverwirklichung zu entnehmen. ²⁶⁷ Friauf legt sodann dar, weshalb er Art. 3 Abs. 2 GG als ein Grundrecht ansieht, welches als Grundlage auch für entsprechende positive Verpflichtungen des Staates geeignet scheint. Als Anknüpfungspunkt kämen insbesondere Staatszielbestimmungen in Betracht. »Die Grundrechte erzeugen dort Unterstützungs- und Förderungspflichten, wo sie nicht lediglich einen individuellen Freiraum eröffnen wollen, sondern zugleich Ausdruck einer Staatszielbestimmung des Grundgesetzes sind«. ²⁶⁸ Unter diesen Staatszielbestim-

263 Ebda.

264 A. a. O., S. 10 ff., insb. S. 12.

265 A. a. O., S. 12 ff., insb. S. 14.

266 A. a. O., S. 14.

267 A. a. O., S. 25.

268 A. a. O., S. 27.

mungen nehme das Sozialstaatsprinzip einen besonders hohen Rang ein. Gerade das Sozialstaatsprinzip sei in ganz besonderem Maße auf positive staatliche Tätigkeit statt auf bloße Enthaltensamkeit im Sinne einer Respektierung vorgefundener Strukturen und Verhältnisse bezogen. Es ermächtige und verpflichte den Staat zu einer aktiven und gestaltenden Tätigkeit im sozialen und wirtschaftlichen Bereich, insbesondere dort, wo die Selbsthilfe des Bürgers nicht ausreiche. Das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 GG besitze eine wesentliche sozialstaatliche Dimension. Gerade auch auf die Verbesserung der sozialen Stellung der Frau sei der Sinn des Gleichberechtigungsgrundsatzes gerichtet. Friauf kommt damit zu dem Schluß, daß der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet sei, die Gleichberechtigung durchzusetzen. Es genüge daher nicht, wenn er der freien gesellschaftlichen Entwicklung ihren Lauf lasse, die Durchsetzung der Gleichberechtigung fordere vielmehr aktive staatliche Intervention zugunsten des jeweils benachteiligten Geschlechts.²⁶⁹

Die meisten der weiteren Anhänger eines Verfassungsauftrages verwenden zu seiner Begründung eines oder mehrere der von Friauf erwähnten Elemente, teils in unterschiedlicher Kombination, teils mit unterschiedlicher Gewichtung. Die einen beziehen sich stärker unmittelbar auf das Sozialstaatsprinzip,²⁷⁰ andere legen den Schwerpunkt eher auf allgemeine grundrechtsdogmatische Überlegungen. So beruft sich Dix auf den »programmatisch-objektivrechtlichen Gehalt«, aus dem sich der Verfassungsauftrag zur Herstellung und Aufrechterhaltung realer Chancengleichheit ergebe,²⁷¹ und auch Benda zieht den Gehalt als objektiver Wertmaßstab heran.²⁷² Aber auch für die, die sich auf den objektivrechtlichen Gehalt des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 2 GG beziehen, ist die Einbindung in ein sozialstaatlich geprägtes Grundrechtsverständnis wesentlicher Bestandteil der Begründung. Angesichts eines weiter bestehenden Gleichheitsdefizits soll der Staat als Sozialstaat verpflichtet sein, aktiv Maßnahmen zur Herstellung gleicher tatsächlicher Entfaltungschancen für Männer und Frauen zu ergreifen.

269 A.a.O., S. 29 f.

270 So beispielsweise Raasch, die bei der Interpretation des Gleichberechtigungsgrundsatzes, »einen engen Zusammenhang des Art. 3 Abs. 2 GG mit dem Sozialstaatspostulat des Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG herstellt«, Chancengleichheit, S. 321.

271 Dix, Gleichberechtigung, S. 374.

272 Benda, Notwendigkeit, S. 123 ff.

2. Inhalt

Freilich wird von einigen Autoren²⁷³ betont, daß Art. 3 Abs. 2 GG damit nicht zu einer »Sachverhaltsgarantie« geworden sei. Der Staat sei nicht verpflichtet, von sich aus dafür Sorge zu tragen, daß die Frau auch in der Realität in jeder Hinsicht faktisch dem Mann gleichstehe. Die Verpflichtung des Staates beschränke sich darauf, reale Wahlfreiheit zu gewährleisten, d.h. insbesondere der Frau und dem Mann die Wahl für oder gegen Berufstätigkeit zu ermöglichen. Wie einzelne Männer und Frauen diese Wahlfreiheit ausüben, könne und solle der Staat nicht festlegen oder vorschreiben. Doch sei der Gesetzgeber »zur Schaffung unterverfassungsgesetzlicher Normenkomplexe, hier, konkret gesprochen, familien-, arbeits-, beamten-, sozial- und steuerrechtlicher Vorschriften aufgerufen, die es ermöglichen, daß die Frau, die die ihr grundrechtlich verheißene Gleichberechtigung begehrt, auch effektive Chancengleichheit vorfindet.«²⁷⁴ Der Gesetzgeber müsse also den Frauen, die faktische Diskriminierung überwinden wollen, auch die reale Möglichkeit dazu gewährleisten.

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, daß der Staat in der Wahl der Mittel, diesem Verfassungsauftrag nachzukommen, grundsätzlich frei sei. Im demokratischen System sei es Sache des Gesetzgebers, über Schwerpunkte der Sozialpolitik zu entscheiden. Die Auswahl der Maßnahmen falle grundsätzlich in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.²⁷⁵ Der objektiven Pflicht des Gesetzgebers korrespondiere somit grundsätzlich kein subjektives Recht des einzelnen auf die Vornahme bestimmter Gesetzgebungsakte oder sonstiger Maßnahmen. Der Verfassungsauftrag soll also nicht einklagbar und gerichtlich kontrollierbar sein.

Einige versuchen dennoch, die (individual)rechtliche Durchsetzbarkeit zumindest in besonderen Fällen zu rechtfertigen. Friauf beispielsweise nimmt einen unmittelbaren Grundrechtsverstoß durch Unterlassung einer gebotenen Maßnahme in extremen Ausnahmefällen an, »dann nämlich, wenn ein besonders schwer erscheinendes, intensiv belastendes Gleichberechtigungsdefizit in der gegebenen Sachlage sinnvoll nur in einer bestimmten Weise ausgeglichen werden kann.«²⁷⁶ Auch dann lasse sich aber aus der Verfassung nur die Garantie eines Minimalstandards ableiten, der den essentiellen Notwendigkeiten der Grundrechtsverwirklichung Rechnung trage.

273 Insbesondere schon Säcker, S. L26; ihm folgend Dix, Gleichberechtigung, S. 374.

274 Säcker, S. L26.

275 Friauf, Verfassungsauftrag, S. 32 f.

276 Verfassungsauftrag, S. 33.

Weitergehend verfassungsrechtlich vorgegeben erscheint Hofmann der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG. Er verpflichte nicht nur zur Schaffung objektiv-rechtlicher Rahmenbedingungen, »sondern zur Normierung positiv-rechtlicher, subjektiv-öffentlichrechtlicher Ansprüche der sich aus Art. 3 Abs. 2 GG ergebenden Rechte«. Dabei sei die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sehr wohl beschränkt: das Unterlassen normierender Tätigkeit vertrage sich mit dem durch Art. 3 Abs. 2 GG intendierten aktiven Gestaltungsauftrag nicht.²⁷⁷ Hofmann legt allerdings nicht dar, welche rechtlichen Konsequenzen sich aus dem »Nicht-Vertragen« ergeben sollen.

Garbe-Emden schließlich nimmt eine Bindung hinsichtlich des »Wie« der Förderung insoweit an, als der Gesetzgeber dazu verpflichtet sei, in den aufgrund empirischer Untersuchungen festgestellten Diskriminierungsfeldern solche Regelungen zu treffen, die den Stand der Effektivitätsforschung in vollem Umfange berücksichtigen. Auf Appelle, wie dies bei dem arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetz geschehen sei, dürfe sich der Gesetzgeber nicht beschränken. Darüber hinaus erscheint ihr fraglich, ob eine objektiv-rechtlich gefaßte Interventionsverpflichtung auf Dauer dem Gehalt des Gleichberechtigungsgrundsatzes gerecht werde: »Die gegenwärtige wirtschaftliche Entwicklung mit der überproportional hohen Frauenarbeitslosenquote und der gleichzeitigen ideologischen Aufwertung der Familienarbeit lassen befürchten, daß die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung sich verschärfen und damit die Lebensperspektive von Frauen sich wieder verstärkt auf [das] Hausfrauen- und Mutterdasein verengen wird mit allen Folgewirkungen, insbesondere der Verdrängung aus dem öffentlichen Leben. Wenn sich die Frauen(rechts)politik hier weiter als nicht effektiv genug erweist, ... wird der Minimalstandard des Art. 3 Abs. 2 GG zweifellos unterschritten mit der Folge, daß Frauen dann auch unmittelbar leistungsberechtigt sein werden.«²⁷⁸ Auch sie bietet freilich keine genauere rechtliche Definition, worauf sich eine solche unmittelbare Leistungsberechtigung genau richten soll.

3. Konsequenzen

Es läßt sich insgesamt feststellen, daß diejenigen, die einen Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG annehmen, darin allein eine objektiv-rechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers sehen, sich überhaupt des Problems der tatsächlichen Gleichberechtigung anzunehmen. Welche Maßnahmen der Ge-

277 Hofmann, Entwicklung der Gleichberechtigung, S. 37.

278 Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 89.

setzgeber im einzelnen ergreift, bleibt ihm überlassen. Ob und inwieweit er dieser Verpflichtung nachkommt, ist gerichtlicher Kontrolle entzogen. Die vereinzelt Versuche, auch konkretere Rechtsfolgen aus dem Verfassungsauftrag abzuleiten, bestärken diesen Eindruck eher, als daß sie ihn in Frage stellen könnten. Teils wird die konkrete Durchsetzbarkeit auf »extreme Ausnahmefälle« begrenzt und entspricht der Struktur nach damit der Rechtsfigur des Verstoßes gegen Treu und Glauben. Deren Funktion besteht aber gerade darin, in besonderen Ausnahmesituationen allgemein als unbillig empfundenen Ergebnissen im Einzelfall abzuweichen, und bietet dementsprechend für grundsätzliche dogmatische Überlegungen keinen Ansatzpunkt. Auch soweit ein Mehr an Kontrollierbarkeit gefordert wird, bleiben die Formulierungen so vage und unbestimmt, daß sie zu einer näheren dogmatischen Durchformung des Verfassungsauftrags kaum dienen können. Der Verfassungsauftrag auf Herstellung effektiver Gleichberechtigung stellt damit – wie Säcker formulierte – »ständige Mahnung und Ansporn«²⁷⁹ dar. Inwieweit der Verfassungsauftrag dann mehr Wirkung zeitigt als allgemeine politische Forderungen, scheint fraglich.

Vielleicht war es die Einsicht, daß Konkretes sich aus dem Verfassungsauftrag nicht ableiten lasse, und abstrakte Folgerungen wenig Veränderung bewirken, was dazu führte, daß in jüngerer Zeit kaum noch jemand die Frage nach einem umfassenden Geltungsanspruch des Verfassungsauftrags stellt. Seit der eingehenden Untersuchung von Friauf hat sich niemand mehr ausführlich mit dem Versuch der Präzisierung des Verfassungsauftrags beschäftigt.²⁸⁰ Dies sollte jedoch nicht mißverstanden werden. Der Verfassungsauftrag ist weiterhin in vieler Munde, doch kümmert nicht mehr seine Ableitung oder sein Inhalt. Heute dient der Verfassungsauftrag – von dessen Existenz man zumeist ohne nähere Erörterung ausgeht – vielmehr zur Rechtfertigung konkreter staatlicher Maßnahmen, die im weitesten Sinne der Herstellung effektiver Chancengleichheit von Männern und Frauen dienen. Damit verändert sich die Fragestellung grundlegend. Es geht nicht länger darum, inwieweit der Gesetzgeber verpflichtet, sondern inwieweit er berechtigt sei, bestimmte Maßnahmen zur Förderung von Frauen zu ergreifen. Diesem Problem kommt vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um Quotenregelungen Bedeutung zu; hiermit beschäftigt sich der nächste Teil.

279 Säcker, S. L27.

280 Slupik, Parität, beschäftigt sich zwar eingehend mit der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG und versteht ihn als kollektives Förderungsgebot, welches wohl auch einem Verfassungsauftrag nahekommen könnte. Doch beruht ihr Ansatz auf einem vollkommen anderen Begründungsantrag, dazu unten S. 45 ff. Zudem präzisiert auch sie den Inhalt des Förderungsgebots im hier besprochenen Sinne nicht.

II. Frauenfördermaßnahmen und die Quotendiskussion

Frauenfördermaßnahmen sind in vielfältiger Art und Weise denkbar.²⁸¹ Sie können sich direkt und ausschließlich an Frauen wenden, etwa indem besondere Anstrengungen unternommen werden, um Frauen als Bewerberinnen für bestimmte Stellen zu gewinnen oder sie durch spezifische Förderprogramme in bisher im wesentlichen Männern vorbehaltenen Berufen weiterzubilden. Frauenfördermaßnahmen können aber auch auf »geschlechtsneutrale« Strukturänderungen ausgerichtet sein, um die typischen Lebenszusammenhänge von Frauen auch im beruflichen Bereich zu berücksichtigen. Zu denken wäre beispielsweise an eine Veränderung der Beurteilungskriterien, so daß Qualifikation und Eignung nicht länger den ununterbrochenen, durch familiäre Verpflichtungen nicht belasteten Karriereweg eines Mannes voraussetzen. Daneben kommen aber auch vielfältige Unterstützungsmaßnahmen in Betracht, die es erleichtern könnten, Erwerbstätigkeit und Familienleben zu verbinden. Hierzu zählen z. B. die Erweiterung des Angebots an Kinderbetreuungsstätten, Entlastung von den Kosten der Kinderbetreuung, die Anrechnung von Erziehungszeiten im Arbeitsverhältnis oder im System der sozialen Sicherung. Die Zulässigkeit solcher frauenfördernder Maßnahmen wird in der Literatur kaum bestritten.²⁸²

Sehr kontrovers werden hingegen Quotenregelungen in Parteien und im Bereich des Arbeitslebens diskutiert. Zunächst soll die Debatte um die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nachgezeichnet (1) und sodann einige Bemerkungen zur Diskussion um die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit anderen Grundrechten angeschlossen werden (2).

1. Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG

Hinter dem Begriff der Quotenregelungen verbirgt sich ein weites Spektrum rechtlicher Regelungen. Quotenmodelle im Arbeitsleben lassen sich beispielsweise unterscheiden nach den durch sie Begünstigten, nach dem Bezugspunkt bei der Festlegung der Höhe der Quote, ihrem Qualifikationsbezug, nach der verfahrensmäßigen Ausgestaltung, dem Bereich, in dem sie eingesetzt werden, nach der quotensetzenden Instanz, sowie nach ihrer

281 Vgl. dazu mit weiteren Beispielen Pfarr, Quoten S. 201 f.

282 So auch das Fazit von Pfarr, Quoten S. 202.

Durchsetzbarkeit bzw. Sanktionierbarkeit bei Verstößen.²⁸³ Eines ist jedoch allen Typen der Quote gemeinsam: das Merkmal Geschlecht ist mitentscheidend oder gar ausschlaggebend dafür, wer eingestellt oder befördert wird.²⁸⁴ Deutet man Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot, stellt jede Verwendung des Merkmals Geschlecht, unabhängig davon, wen sie belastet, einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungssatz dar.²⁸⁵

Betont wird in der Diskussion um Quotenregelungen deswegen auch immer wieder die »Doppelgesichtigkeit«²⁸⁶ der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Männer hätten in gleichem Umfang wie Frauen einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Quotenregelungen seien daher unzulässig, wenn sie zu einer »umgekehrten Diskriminierung« führen. Daß Art. 3 Abs. 2 GG auch Männer schütze, machen nahezu alle Autoren zum Ausgangspunkt ihrer Stellungnahme.²⁸⁷ Zur Verfassungsmäßigkeit von Quotenregelungen kann man dann nur noch kommen, wenn das subjektive Recht des Mannes irgendwie verdrängt wird.

Manche Autoren lehnen die Möglichkeit einer Modifizierung oder Durchbrechung des männlichen Anspruchs auf Gleichbehandlung strikt ab. Knapp und klar kommt dies beispielsweise in Friaufs Stellungnahme zum Ausdruck: Es »muß maßgeblich darauf abgestellt werden, daß der Grundrechtsschutz, der letztlich auf die in Artikel 1 I GG zum obersten Wert erklärte Würde des Menschen zurückführt, keine statistische Angelegenheit ist, sondern daß es um die individuellen Rechte des einzelnen Bürgers geht.«²⁸⁸ Er folgert daraus, daß eine kompensatorische Bevorzugung oder Förderung zu-

283 Vgl. zu teilweise abweichenden Kategorisierungen der verschiedenen Quotenmodelle Pfarr, Quoten, S. 202 ff.; Hohmann-Dennhardt, Ungleichheit, S. 30; Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 147 ff.; Dix, Gleichberechtigung, S. 350 ff.; Slupik, Parität, S. 121 ff.

284 Dies gilt auch im Hinblick auf geschlechtsneutral formulierte Quoten. Zwar kann man ihnen ohne Bezugnahme auf die tatsächlichen Verhältnisse nicht ansehen, zugunsten welchen Geschlechts sie sich auswirken werden, doch bleibt das Merkmal Geschlecht Anknüpfungspunkt der Entscheidung; so auch Sachs, Frauenquoten, S. 554.

285 Diese Aussage trifft nur zu, wenn – wie für die folgende Erörterung vorausgesetzt – die Quote irgendwie vom Staat gesetzt wird; entweder für den öffentlichen Dienst oder als verbindliche Rechtsnorm für die Privatwirtschaft. Lehnt man mit der h.M. eine Bindung von Privaten an die Grundrechte ab, stellen sich keine verfassungsrechtlichen Probleme, wenn Unternehmen sich selbst Quoten setzen.

286 Schmitt Glaeser, Sorge, S. 387.

287 Dies gilt sowohl für Quotenbefürworter wie für Quotengegner: vgl. statt vieler: Pfarr/Fuchsloch, S. 2202; Sachs, Frauenquoten, S. 534; Starck, vM/K/S, Rdn. 210 zu Art. 3 Abs. 2; Maidowski, S. 102, 123 ff.; allein Slupik; Parität, geht von einem ganz anderen Ansatz aus, da sie Art. 3 Abs. 2 GG nicht länger als Differenzierungsverbot versteht.

288 Sachverständigenanhörung, S. 105.

gunsten derjenigen zulässig sei, die selbst aus geschlechtsbezogenen Gründen Nachteile in ihrem bisherigen beruflichen Werdegang mit der Folge einer fortwirkenden Statusminderung erlitten haben. »Die Zugehörigkeit zu einem früher benachteiligten Geschlecht ist, wenn sie sich heute nicht mehr in einem individuell meßbaren Nachteil niederschlägt, unter gleichheitsrechtlichen Aspekten kein kompensationsfähiger Tatbestand«. ²⁸⁹ Da die Festlegung einer Quote gerade nicht auf individuellen Nachteilsausgleich zielt, sondern für den Kreis der Begünstigten allein auf die Geschlechtszugehörigkeit abstellt, ist nach dieser Ansicht jegliche Form einer Quotenregelung verfassungswidrig.

Vielen Autorinnen und Autoren scheint diese strikte Haltung, die im Rahmen eines Verständnisses des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot sicherlich konsequent ist, jedoch nicht überzeugend. Sie stellen sich die Frage, ob eine identische Behandlung von Männern und Frauen bei ungleicher faktischer Ausgangslage dem Gehalt des Gleichberechtigungsgebotes wirklich gerecht wird. Besonders plastisch wird dies von Hohmann-Dennhardt ausgesprochen: Da Männer bisher gegenüber Frauen eine bevorzugte Stellung einnehmen, müsse jedes Bestreben, die Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern zu erreichen, einen Abbau männlicher Privilegien und damit auch möglicherweise eine Reduzierung konkreter Chancen für Männer mit sich führen. »Wollte man dies ausreichen lassen, um eine Verletzung von Art. 3 GG zugunsten der Männer anzunehmen, bliebe von dem dort aufgestellten Gleichberechtigungsgebot nur eine durch Tradition legitimierte Besitzstandsklausel männlicher Bevorzugung übrig«. ²⁹⁰ Von dieser oder einer ähnlichen Grundüberlegung ausgehend, sind zwei unterschiedliche Ansatzpunkte gewählt worden, um eine Verfassungsmäßigkeit von Quoten zu begründen.

a) Frauenfördermaßnahmen als zulässige Ausnahme

Von einigen Autorinnen und Autoren wird vertreten, daß Quotenregelungen eine zulässige Ausnahme von dem in Art. 3 Abs. 2 GG grundsätzlich statuierten Differenzierungsverbot darstellen. Von jeher war das Differenzierungsverbot gerade bei dem Merkmal Geschlecht nicht als absolut angesehen worden. Wenn der zu ordnende Lebenssachverhalt als essentiell unvergleichbar angesehen wurde, waren schon immer Ungleichbehandlungen

289 Ebd.; ähnlich Feindt, Gleichberechtigung, S. 80.

290 Hohmann-Dennhardt, Ungleichheit, S. 45.

zwischen Männern und Frauen für zulässig oder sogar geboten gehalten worden. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ihr folgend der überwiegende Teil der Literatur hatten solche Ungleichbehandlungen insbesondere beim Vorliegen objektiver biologischer und/oder funktionaler (arbeitsteiliger) Unterschiede anerkannt. Unmittelbar unter eine dieser beiden Kategorien lassen sich Frauenfördermaßnahmen freilich nicht fassen. Bei Quotenregelungen geht es ja nicht um die Berücksichtigung von Unterschieden, die »objektiv«, im Sinne von unwandelbar, dem Geschlecht anhaften. Es ist gerade das Ziel von Quotenregelungen, irgendwann überflüssig zu werden. Die Berücksichtigung der faktischen Benachteiligung der Frau führt daher zur Anerkennung einer neuen Fallgruppe von Ausnahmen vom Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 GG.²⁹¹

Das Bundesverfassungsgericht ist diesen Weg bei der Rentenalter-Entscheidung gegangen. Es hält die im weiblichen Erwerbsleben typischen Nachteile für relevant genug, daß der Gesetzgeber kompensatorisch zugunsten von Frauen tätig werden durfte. Obwohl das Bundesverfassungsgericht diese Unterschiede letztlich als »biologische« bezeichnet, wird in der näheren Begründung der Entscheidung deutlich, daß es sich nicht um objektive biologische Unterschiede handelt, wie sie die Rechtsprechung bisher verstanden hatte. Daß die Übernahme von Kindererziehung und Haushaltsführung nicht biologisch zwingend vorgegeben ist, sieht das Bundesverfassungsgericht durchaus; doch unzweifelhaft ist der Befund, daß diese Tätigkeiten in der heutigen Gesellschaft ganz überwiegend noch von Frauen erwartet und geleistet werden. Das Gericht hat denn auch den temporären Charakter kompensatorischer Maßnahmen betont. Wenn die in der Entscheidung angeführten Benachteiligungen der Frau nicht mehr bestehen, entfallen auch die Rechtfertigung spezifischer frauenfördernder Maßnahmen.²⁹²

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts läßt sich daher die Anerkennung einer dritten Kategorie von Unterschieden ableiten,²⁹³ die eine

291 Einen interessanten Ansatz vertritt Maidowski, der – ohne einen Verfassungsauftrag in Art. 3 Abs. 2 GG zu sehen – wegen des pogramatischen Charakters, den er Art. 3 Abs. 2 GG zuerkennt, Frauenfördermaßnahmen als Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter in gewissen Grenzen für zulässig hält. Er versucht aber, diese Ausnahmen abstrakter zu fassen: »Es läßt sich daher die allgemeine Regel formulieren, daß Durchbrechungen der grundrechtlichen Rechtsgleichheit nur zulässig sind, soweit und solange sie der Verwirklichung des Normziels dienen, während gleichzeitig die Beibehaltung der strikten Rechtsgleichheit eine weitere Annäherung der Verfassungswirklichkeit an das Verfassungsrecht behindern würde« (S. 126, ohne Hervorhebungen des Originals).

292 BVerfGE 74, 163, 180 ff.

293 Vgl. dazu oben S. 74 ff.; sowie Eckertz-Höfer, S. 458 ff. (insb. 467 ff.).

Differenzierung zwischen Männern und Frauen gestatten kann. Diese neue Kategorie der sozialen Unterschiede erfaßt diejenigen, »die sich kraft geschlechtsrollenspezifisch sozialer Zuschreibung im Ergebnis für Frauen im Erwerbsleben – und fortwirkend im Rentenrecht – nachteilig auswirken.«²⁹⁴ Zu Quotenregelungen hat sich das Bundesverfassungsgericht bisher nicht geäußert. Eckertz-Höfer entwickelt jedoch überzeugend, wie sich aus der bisherigen Interpretation des Gleichberechtigungsgebots durch das Bundesverfassungsgericht ableiten läßt, daß »temporäre Bevorzugungen von Frauen, um transitorische, als biologisch bedingt fingierte, Benachteiligungen auszugleichen und zu beseitigen«,²⁹⁵ auch nach der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig sein könnten.²⁹⁶

Von der dogmatischen Struktur her ähnlich argumentiert Schmitt Glaeser. Zwar arbeitet er nicht Fallgruppen von Unterschieden heraus, in denen Differenzierungen von Männern und Frauen zulässig sein sollen, doch bezieht auch er sich insoweit auf die herkömmliche Interpretation, als er Differenzierungen bei essentiell unvergleichbaren Sachverhalten als verfassungsgemäß anerkennt. Solche essentiell ungleichen Elemente könnten sich auch im Erwerbsleben finden, doch gesteht Schmitt Glaeser nur »gewichtigen Wirklichkeitsverzerrungen« rechtfertigende Funktion zu. Differenzierende Behandlung sei nur dann zulässig, wenn »die faktische Ungleichheit ... gleichsam so groß ist, daß die rechtliche Gleichbehandlung zur reinen Theorie wird.«²⁹⁷ Er kommt damit – zumal auf andere Grundrechte gestützt²⁹⁸ – zu wesentlich restriktiveren Ergebnissen.

b) Objektive Dimension und Sozialstaatsprinzip

Einen anderen dogmatischen Weg schlagen die ein, die dem subjektiven individual-rechtlichen Anspruch auf Gleichberechtigung die objektiv-rechtliche Seite des Grundrechts gegenüberstellen. Die objektiv-rechtliche Deutung des Gleichberechtigungsgebots wird aus allgemeinen grundrechtsdogmatischen Überlegungen, insbesondere gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, abgeleitet. Aus Art. 3 Abs. 2 GG als objektiver Wertentscheidung folge die grundsätzliche Verpflichtung des Staates, für die

294 Eckertz-Höfer, S. 469.

295 A.a.O., S. 472.

296 Eckertz-Höfer hält im Ergebnis eine ganze Reihe von Typen von Quotenregelungen für zulässig, vgl. ihre Beispiele auf S. 478 ff.

297 Schmitt Glaeser, Abbau, S. 35; ders., Sorge, S. 387.

298 Siehe dazu unten S. 180 ff.

Herstellung effektiver Chancengleichheit zu sorgen. Auf die unterschiedlichen Nuancen, wie diese objektiv-rechtliche Seite des Grundrechts im einzelnen begründet wird – insbesondere inwieweit das Sozialstaatsprinzip unmittelbar oder mittelbar, zur Begründung oder Verstärkung²⁹⁹ einer solchen objektiven Verpflichtung des Staates herangezogen wird –, kommt es für die weitere Untersuchung nicht an. Entscheidend ist, daß mit der Annahme einer solchen objektiven Verpflichtung des Staates zur Herstellung effektiver Gleichberechtigung ein Konflikt mit der subjektiv-rechtlichen Seite des Grundrechts auftritt. Geht man davon aus, daß ohne spezifisch frauenfördernde Maßnahmen wirkliche Gleichberechtigung nicht oder jedenfalls erst sehr viel später eintreten wird, könnte der objektiv-rechtliche Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG den Staat zumindest berechtigen, hier handelnd einzugreifen. Freilich bleibt dann das Problem, daß jede Maßnahme, die am Geschlecht anknüpfend Frauen besonders fördert, zu einer Verletzung des subjektiven Rechts der Männer auf Gleichbehandlung führt.

Von einigen wird zur Lösung dieses Konflikts das Prinzip der Herstellung praktischer Konkordanz herangezogen. Dieses Prinzip wird aus dem Grundsatz der Einheit der Verfassung abgeleitet und hat vor allem bei Kollisionen zwischen Freiheitsrechten und anderen Rechtsgütern Bedeutung gewonnen. »[V]erfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen, darf nicht in vorschneller ›Güterabwägung‹ oder gar abstrakter ›Wertabwägung‹ eines auf Kosten des anderen realisiert werden.«³⁰⁰ Die Besonderheit, daß es bei der Diskussion um Frauenfördermaßnahmen um die Herstellung praktischer Konkordanz innerhalb einer Grundrechtsnorm, nämlich ihrer subjektiven und ihrer objektiven Seite, geht, führe nicht zum Ausschluß ihrer Anwendbarkeit.³⁰¹ Darüber, wie eine solche Lösung der Problematik der Quotenregelung durch praktische Konkordanz im einzelnen aussehen soll, besteht jedoch keine Einigkeit.

(1) *Die Position Bendas*

In seinem Gutachten zur »Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst« geht Benda ausführlich auf die Problematik des Verhältnisses von subjektiver und objektiver Dimen-

299 Vgl. Benda, *Notwendigkeit*, S. 141 ff.

300 Hesse, *Grundzüge*, Rdn. 72.

301 Pfarr, *Quoten*, S. 80; Benda, *Notwendigkeit*, S. 135 – dort auch zu dem Problem, daß es vorliegend um Gleichheitsrechte und nicht um Freiheitsrechte geht.

sion des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 2 GG zueinander und zum Sozialstaatsprinzip ein. Er will die Sozialstaatsklausel als Mittel zur Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Art. 3 Abs. 2 GG als individuellem Grundrecht und dem objektiv-rechtlichen Gehalt dieser Verfassungsnorm einsetzen.³⁰²

Benda betont zunächst die Bedeutung des Art. 3 Abs. 2 GG als einem individuellen Grundrecht, welches Frauen wie Männern Schutz vor der Benachteiligung aus geschlechtsspezifischen Gründen garantiert.³⁰³ Auf der anderen Seite sieht er die grundsätzliche Verantwortung des Staates, zur Herstellung faktischer Gleichberechtigung tätig zu werden. Für eine Prüfung positiver Fördermaßnahmen allein am Maßstab des Art. 3 Abs. 2 GG kommt er zunächst zu dem »recht eindeutigen« Ergebnis: »zwar sind begleitende Fördermaßnahmen wie Hilfen bei der Fortbildung oder ähnliches zulässig oder sogar geboten. Gegenüber Quotenregelungen bestehen dagegen Bedenken, die allein aus Art. 3 Abs. 2 GG in seiner objektiv-rechtlichen Bedeutung und seiner Bedeutung als Teilhaberecht nicht zu überwinden sind.«³⁰⁴

In der weiteren Prüfung sucht er jedoch »nach einer tragfähigen Begründung dafür ... , das strikte Gebot des Individualgrundrechts so zu modifizieren, daß auch die faktischen Voraussetzungen für eine Gleichstellung der Frau geschaffen werden können«,³⁰⁵ und sieht einen möglichen Ansatzpunkt im Prinzip der Einheit der Verfassung, aus dem folge, daß bei der Auslegung eines Grundrechts ebenso der individuell-subjektive Anspruch des Grundrechtsträgers als auch sein objektiv-institutioneller Gehalt heranzuziehen seien. Dies könne auch zu dem Ergebnis führen, daß individuelle Grundrechtspositionen modifiziert würden, um der objektiven Wertentscheidung Geltung zu verschaffen.³⁰⁶ Dabei lasse sich das Sozialstaatsprinzip als Mittel zur Interpretation des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 2 GG heranziehen; hierbei werde vor allem die objektiv-rechtliche Bedeutung gegenüber dem individuellen Anspruch verstärkt.³⁰⁷ An anderer Stelle betont Benda aber die weitgehende Unklarheit über die Bedeutung der Sozialstaatsklausel und ihres normativen Gehalts³⁰⁸ und legt dar, daß nicht abschließend geklärt werden

302 So der Titel eines Unterabschnitts, Benda, Notwendigkeit, S. 145 ff.

303 A.a.O., S. 118 f.

304 A.a.O., S. 130.

305 A.a.O., S. 132.

306 A.a.O., S. 133.

307 A.a.O., S. 141.

308 A.a.O., S. 144.

müsse, ob das Sozialstaatsprinzip von außen her auf Art. 3 Abs. 2 GG modifizierend einwirke oder ob der gleiche Gedanke aus einer sozialstaatlich geprägten Auslegung des Grundrechts des Art. 3 Abs. 2 GG in dessen objektiv-rechtlicher Dimension zu entnehmen sei.³⁰⁹ Seine Schlußüberlegungen leitet Benda denn auch mit den Worten ein: »Der entscheidende Konflikt liegt weiterhin in der Kollision zwischen dem objektiven und individuellen Grundrecht des Art. 3 Abs. 2 GG und dem Sozialstaatsprinzip, das die objektive Auslegung des Grundrechts beeinflußt und dieses insoweit auch zu modifizieren geeignet ist.«³¹⁰

Zwar ergibt sich nach Benda »aus dem Sozialstaatsprinzip die Legitimität einer Zielsetzung, die in der heute noch weithin bestehenden Unterrepräsentanz von Frauen in herausgehobenen Positionen und allgemein in den höheren und gehobenen Laufbahnen ein Defizit sieht und sich bemüht, dem mit geeigneten Mitteln entgegenzuwirken«,³¹¹ doch schränkt er die Zulässigkeit des Mittels Quotenregelung in entscheidender Weise ein. Jedenfalls müsse eine Lage unerträglicher Wirklichkeitsdefizite faktischer Gleichheit festgestellt werden, eine schematische paritätische Quote sei damit ausgeschlossen. Weiterhin seien verfahrensmäßige Absicherungen erforderlich. Einbezogen werden müsse dabei auch das Interesse potentiell betroffener männlicher Mitbewerber, deren Anspruch auf Gleichbehandlung »nicht mehr als unabweisbar notwendig« beeinträchtigt werden dürfe.³¹² »Eine ausgleichende und schonende Regelung muß jeden Schematismus vermeiden. Die sorgfältige Prüfung des Einzelfalls darf nicht ausgeschlossen werden.«³¹³

Wie Benda diese Kriterien findet, bleibt trotz der langen Auseinandersetzung mit den Fragen der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG offen. Er benennt zwar deutlich, wie sich der Konflikt zwischen subjektiver und objektiver Dimension des Grundrechts und dem Sozialstaatsprinzip seines Erachtens darstellt, doch eine dogmatisch befriedigende Lösung bietet er nicht an. Ihm scheint die Bedeutung des individuellen Grundrechts deutlich zu überwiegen, aber eben doch nicht so, daß jegliche Modifikation ausgeschlossen sein soll. Als dogmatische Konstruktion kann dieser Ansatz nicht überzeugen. Er bleibt vage, legt sich noch nicht einmal darin fest, was eigentlich genau in praktische Konkordanz gebracht werden soll. So läuft das Herstellen prakti-

309 A.a.O., S. 153.

310 A.a.O., S. 154.

311 A.a.O., S. 152

312 A.a.O., S. 156.

313 A.a.O., S. 157.

scher Konkordanz Gefahr, nicht mehr zu leisten als den eigenen Vorstellungen des Interpreten von der »Gerechtigkeit und Vernünftigkeit« von Quotenregelungen zum Durchbruch zu verhelfen.

(2) *Die Position Pfarrs*

Auch Pfarr stellt die objektiv-rechtliche und die subjektiv-rechtliche Dimension des Gleichberechtigungsgrundrechts einander gegenüber. Als subjektiv-rechtliche Seite sieht sie dabei das absolute Differenzierungsverbot an, also den Anspruch des einzelnen, nicht wegen des Geschlechts ungleich behandelt zu werden. Als objektiv-rechtliche Dimension bezeichnet sie den Verfassungsauftrag zur Realisierung der Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern in der gesellschaftlichen Wirklichkeit.³¹⁴ Dabei sieht sie die subjektive Seite im bundesdeutschen Recht im wesentlichen erfüllt, während dies von der objektiv-rechtlichen Seite, dem Ziel tatsächlicher Gleichberechtigung nicht behauptet werden könne.³¹⁵ Zum Konflikt zwischen objektiv-rechtlichem und subjektiv-rechtlichem Element des Gleichberechtigungssatzes komme es dann, wenn das individual-rechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wirksamen Maßnahmen zur Realisierung tatsächlicher Gleichberechtigung entgegenstehe bzw. wenn der aus Art. 3 Abs. 2 GG abgeleitete Verfassungsauftrag nur durch Regelungen, die an das Geschlecht anknüpfen, verwirklicht werden könne.³¹⁶

Es lasse sich sozialwissenschaftlich belegen, daß die bisher existierenden einfachgesetzlichen Gleichbehandlungsgebote, die den individuellen, subjektiv-rechtlichen Anspruch aus Art. 3 Abs. 2 GG nicht berührten, allein nicht geeignet seien, der faktischen Gleichberechtigung der Geschlechter in vertretbarer Zeit und in vertretbarem Umfang näher zu kommen.³¹⁷ Damit stellt sich das Problem der Herstellung praktischer Konkordanz für sie deutlich anders als bei Benda. Nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz muß zwischen widerstreitenden Grundrechtspositionen ein Ausgleich gefunden werden, der es erlaubt, daß jedes verfassungsrechtlich geschützte Gut »Wirklichkeit« gewinnen könne. Bei Kollisionen darf sich also das eine Rechtsgut nicht

314 Pfarr/Fuchsloch, S. 2203.

315 Pfarr, Quoten, S. 81.

316 Pfarr/Fuchsloch, S. 2203.

317 Pfarr, Quoten, S. 82 und S. 119 ff. Erstaunlicherweise bezeichnet sie auf S. 82 auch Frauenförderungsmodelle, die Frauen bei gleicher Qualifikation bevorzugen, als Maßnahmen, die den individuellen, subjektiv-rechtlichen Aspekt des Art. 3 Abs. 2 nicht berühren sollten. Mit einem Verständnis als Differenzierungsverbot läßt sich dies wohl kaum vereinbaren.

vollkommen zu Lasten des anderen durchsetzen. Da nach Pfarrs Ansicht der objektiv-rechtlichen Bedeutung des Art. 3 Abs. 2 GG ohne Beeinträchtigung der subjektiven Rechte der Männer nicht Geltung verschafft werden kann, ergibt sich zwangsläufig die grundsätzliche Zulässigkeit von Quotenregelungen. Dem subjektiv-rechtlichen Aspekt des Art. 3 Abs. 2 GG widerfähre nur eine zeitlich befristete und verfahrensmäßig streng beschränkte Einschränkung.³¹⁸ »Eine befristete und bedingte, langfristig auf rechtliche Gleichheit ausgerichtete Maßnahme, nach der Frauen durch Gesetz, Tarifvertrag oder betriebliche Regelungen etc. den männlichen Konkurrenten vorgezogen werden, um so endlich eine tatsächliche Gleichberechtigung in absehbarer Zeit erreichen zu können, erscheint auf diesem Hintergrund nicht nur als angemessen, sondern als notwendig.«³¹⁹

Zur Entscheidung darüber, welche Maßnahmen eingesetzt werden sollen, sei der Normgeber befugt, der die sozialwissenschaftlichen Daten beurteilen und gewichten müsse, um daraus eine Effektivitäts-Prognose abzuleiten.³²⁰

»Selbstverständlich« aber müsse die Einschränkung der subjektiv-rechtlichen Seite des Art. 3 Abs. 2 GG in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit bleiben.³²¹ Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit kommt Pfarr auch bei der Frage der Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit anderen Grundrechten, wie z. B. dem der Berufsfreiheit.³²² Ihre Prüfung der Verhältnismäßigkeit soll hier nur angerissen werden.³²³

Auf der ersten Stufe sei zu prüfen, ob das mit der grundrechtsbeschränkenden Maßnahme erstrebte Ziel selbst verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge. Dies ist bei Maßnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung der Geschlechter jedenfalls dann unproblematisch, wenn man – wie Pfarr – dem Grundrecht des Art. 3 Abs. 2 GG einen Verfassungsauftrag in diesem Sinne entnimmt.³²⁴

Auch die Geeignetheit von Quotenregelungen zur Erreichung des gesetzgeberischen Zieles der Herstellung von Gleichberechtigung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit bejaht Pfarr in wenigen Sätzen. Sie stützt sich dabei zum einen auf das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts³²⁵ und

318 Pfarr, Quoten, S. 82.

319 A.a.O., S. 82.

320 A.a.O., S. 82 f.

321 A.a.O., S. 82.

322 A.a.O., S. 103 ff.

323 Ausführlich a.a.O., S. 103 ff., S. 208 ff.

324 Dementsprechend kurz zu dieser Prüfungsstufe: Pfarr, Quoten, S. 104.

325 BVerfGE 50, 290, 331 ff.

betont, daß Gerichte nicht die Zweckmäßigkeit von Gesetzen an Stelle des Gesetzgebers überprüfen dürften. Es bestehe ein weiter gesetzgeberischer Prognosespielraum.³²⁶ Darüber hinaus beruft sie sich auf die in den USA mit Zielvorgaben und Quoten gemachten positiven Erfahrungen.³²⁷ Die Erforderlichkeitsprüfung bei Pfarr läßt sich als zweigestuft beschreiben. Sie bejaht zunächst grundsätzlich die Erforderlichkeit von speziellen, an das Geschlecht anknüpfenden Frauenfördermaßnahmen als solchen³²⁸ und überprüft in einem zweiten Schritt die konkrete Ausgestaltung der Quotenregelung nach den Grundsätzen der »Situationsadäquanz und des Differenzierungsgebots bei unterschiedlichen Sachverhalten«.³²⁹ Aufgrund einer Untersuchung der Erwerbsbedingungen für Frauen³³⁰ kommt Pfarr zu dem Schluß, daß die bisher geltenden Diskriminierungsverbote, insbesondere die »geschlechtsneutralen« Gleichbehandlungsgebote, wie insbesondere europarechtliche und arbeitsrechtliche Regelungen wirkungslos geblieben seien oder jedenfalls keine ausreichende Wirkung in bezug auf das Verfassungsziel der tatsächlichen Gleichstellung der Frau gezeigt hätten.³³¹ Quotenregelungen erschienen als die wirksamste Maßnahme zur Erreichung des Verfassungsauftrages; sie seien daher grundsätzlich zulässig. Im nächsten Schritt prüft Pfarr dann die Wirksamkeit bestimmter »Grundtypen« von Quotenregelungen. Dabei untersucht sie zunächst die insbesondere in einigen Bundesländern für den öffentlichen Dienst gewählte Art der Quotenregelung, wonach (nur) bei gleicher oder vergleichbarer Qualifikation bevorzugt Frauen eingestellt würden.³³² In dieser Art von Quotenregelungen sieht sie jedenfalls keine ausreichende Rechtfertigung zur Ablehnung anderer (schärferer) Formen von Quotenregelungen, da diese sich als weniger geeignet erwiesen hätten als sich für jene anderen Formen prognostizieren lasse.³³³ Pfarr stützt sich dabei vor allem auf die in Hamburg gewonnenen Erfahrungen, wo sich der Frauenanteil unter Geltung einer solchen Richtlinie innerhalb von zwei Jahren gerade um 0,2% erhöhte.³³⁴

326 Pfarr, Quoten, S. 104 f.

327 Ebda.

328 Pfarr/Fuchsloch, S. 2206.

329 Ebda.

330 Pfarr, Quoten, S. 119 - 199.

331 So zusammengefaßt, a.a.O., S. 211.

332 Vgl. etwa die Richtlinien in Hamburg und Bremen, Nachweise bei Pfarr, Quoten, S. 213 f., sowie das Frauenförderungsgesetz in Nordrhein-Westfalen vom 31. 10. 1989, GVBl. NRW 1989, S. 267.

333 A.a.O., S. 216.

334 A.a.O., S. 214.

Schließlich beschäftigt sich Pfarr mit der Frage, nach welchem Bezugspunkt die Höhe der Quote festgelegt werden solle,³³⁵ und differenziert in der Beurteilung nach den Bereichen, in denen die Quote eingesetzt werden soll.³³⁶ Sie geht grundsätzlich von der Angemessenheit einer 50/50-Quote aus, da die Parität der Geschlechter als Bezugsgröße für Frauenfördermaßnahmen unmittelbare Plausibilität habe.³³⁷ Jede Abweichung von der paritätischen Quote bedürfe somit besonderer Rechtfertigung. Andererseits betont sie aber, daß Quotenregelungen situationsadäquat und realistisch ausgestaltet werden müßten.³³⁸ Es müsse dem Unternehmen – schon unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit – auch möglich sein, die nach der Quote erforderliche Anzahl von Bewerberinnen zu finden.

Pfarrs Umgang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip stimmt skeptisch.³³⁹ Ob sich wirklich eine 50 %-Quote als »notwendig« rechtfertigen läßt, erscheint schon zweifelhaft. Der Verweis auf das weiterhin bestehende Gleichheitsdefizit reicht dafür wohl nicht aus. Schwerer wiegen aber noch die grundrechtsdogmatischen Bedenken, auf die in der Würdigung zusammenfassend eingegangen werden soll.³⁴⁰

(3) *Andere Positionen*

Benda und Pfarr gehen beide grundsätzlich von der »Gleichrangigkeit« der subjektiven und der objektiven Dimension des Grundrechts auf Gleichberechtigung aus. Beide ziehen zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses das Prinzip praktischer Konkordanz heran, das herkömmlich zur Lösung von Kollisionen zwischen zwei Grundrechten verwendet wird. Es setzt die Gleichrangigkeit beider Normen notwendig voraus, nur so kann es verfassungsrechtlich geboten sein, beide Rechtsgüter zur optimalen Verwirklichung zu bringen und nicht eines zu Lasten des anderen durchzusetzen.

Andere, die Quotenregelungen in bestimmtem Umfang für zulässig erachten, gehen zwar – zumeist³⁴¹ – auch von einem Spannungsverhältnis zwi-

335 A.a.O., S. 219 ff.

336 A.a.O., S. 225 ff.

337 A.a.O., S. 219 f.

338 Pfarr/Fuchsloch, S. 2206.

339 Wie Sachs, Frauenquoten, S. 557, zu Recht rügt.

340 Siehe unten S. 199 ff.

341 Hofmann, Gleichberechtigungsgebot (1), steht ziemlich allein, wenn er die mögliche Problematik eines Verstoßes von Quotenregelungen gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht einmal erwähnt.

schen individualrechtlicher Gleichbehandlung und Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung aus, nehmen aber für den Bereich der Quotenregelung – mehr oder weniger klar ausgesprochen bzw. begründet – einen Vorrang der objektiven Seite des Grundrechts an. Häufig wird an die Plausibilität des »argumentum ad absurdum« appelliert: Betrachtete man Quotenregelungen als verfassungswidrig, würden geschlechtsspezifische Unterschiede gleichsam eingefroren, d.h. der aus der objektiven Seite des Grundrechts folgende Verfassungsauftrag könnte nicht erfüllt werden.³⁴² Zudem wird eher pauschal darauf verwiesen, daß Quotenregelungen nicht eine Bevorzugung von Frauen darstellten, sondern daß hier lediglich faktische Ungleichheiten und Nachteile ausgeglichen würden.³⁴³ Wie ein Vorrang der objektiven Grundrechtsdimension zu begründen ist, wird in der Regel nicht weiter präzisiert.

2. Bemerkungen zur Diskussion um die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit anderen Grundrechten

Art. 3 Abs. 2 GG ist nicht das einzige Grundrecht, das durch Quotenregelungen im Arbeitsleben³⁴⁴ möglicherweise verletzt werden könnte. Diskutiert werden darüber hinaus Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 12 GG zugunsten der männlichen Konkurrenten, für den öffentlichen Dienst vor allem auch Art. 33 Abs. 2 GG, hinsichtlich gesetzlich vorgeschriebener Quotenregelungen in der privaten Wirtschaft auch Grundrechte der Arbeitgeber wie Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 GG und die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG. Die Prüfung all dieser Grundrechtsvorschriften soll hier nicht im einzelnen vorgenommen werden; Quotenregelungen sind zwar ein Anwendungsbeispiel, an dem sich dogmatische Fragen der Auslegung der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG besonders deutlich stellen, Quotenregelungen als solche sind aber nicht Gegenstand dieser Arbeit. Einige kurze Bemerkungen zu der Diskussion um diese anderen Grundrechte sollen dennoch gemacht werden, um bestimmte gleichberechtigungsrelevante Argumentationsgänge ins rechte Licht zu rücken.

342 Garbe-Emden, Gleichberechtigung S. 161 f.; Raasch, Chancengleichheit, S. 330.

343 Garbe-Emden, a.a.O., S. 161.

344 Die besonderen Probleme der Quotierungen in Parteistatuten sollen hier ausgeklammert bleiben, da sie Fragen nach der Grundrechtsbindung von Parteien und insbesondere der Wahlrechtsgleichheit aufwerfen, welche über den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit weit hinausgehen; vgl. dazu Ebsen, Verbindliche Quotenregelungen; K. Lange, Frauenquoten; Oebbecke; Blechschmidt; Heyen.

Zu Art. 6 Abs. 1 GG seien die Ausführungen von Schmitt Glaeser in den entscheidenden Passagen zitiert.³⁴⁵

»Schließlich ist noch mit Nachdruck hinzuweisen auf das Spannungsverhältnis zwischen dem mit Quotenregelungen (insbesondere im Bereich der Arbeitsverhältnisse) angestrebten Ziel faktischer Gleichheit der Frauen und dem in Art. 6 GG verankerten Schutz von Ehe und Familie. ... Gerade die Quotenregelung, jedenfalls und vor allem in Form der imperativen Quotierung, ist ohne Zweifel im Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Privatheit der Familie ein brisantes und gefahrgeneigtes Instrument. ... Die faktische Verwirklichung der Gleichberechtigung der Frau darf auf keinen Fall zu einer faktischen Un-Wirklichkeit von Ehe und Familie führen. In Besonderheit besteht die Gefahr einer Überregulierung des familiären Bereichs, zumindest für eine Übergangszeit, in der der Mann seine herkömmliche Rolle in der Familie (noch) nicht verändert; diese Gefahr ist umso größer, je effektiver das Instrument der Quotenregelung und anderer die faktische Gleichberechtigung der Frau fördernder Maßnahmen (in ihrer Summierung) greifen. Der Staat müsste jedenfalls zahlreiche flankierende Maßnahmen treffen, insbesondere um eine ausreichende Betreuung und Erziehung der Kinder sicherzustellen. So zöge eine Reglementierung die andere nach sich und am Ende könnte die ›Bürokratisierung‹ der Familie stehen, gewiß ein verfassungswidriger Zustand«.

Diese Argumentation erinnert stark an die familienrechtliche Diskussion der fünfziger Jahre. Damals war der Schutz von Ehe und Familie als ein Hauptargument herangezogen worden, um weiterhin die Frau benachteiligende Regelungen zu rechtfertigen.³⁴⁶ Inzwischen hat sich hingegen die Auffassung durchgesetzt, daß Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe gleichberechtigter Partner, insbesondere die private, vom Staat unbeeinflusste Entscheidung der Ehegatten darüber schützt, wie sie die Arbeitsteilung in der Ehe vornehmen; dies ist gerade Inhalt der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung,³⁴⁷ auf die sich auch Schmitt Glaeser beruft. Nun bleibt unverständlich, inwieweit dieser Schutzbereich betroffen sein soll, wenn der Staat durch Quotenregelungen den Zugang von Frauen zu Berufen fördert, von denen sie bisher weitgehend ausgeschlossen waren. Sollte man doch meinen, daß eine freie Entscheidung der Ehegatten gerade gewährleistet wird, wenn es auch für die Frau faktisch leichter oder gar erst möglich wird, sich für (qualifizierte) Erwerbstätigkeit zu entscheiden. Sollten Schmitt Glaesers »naheliegende Besorgnisse«³⁴⁸ dahingehend zu verstehen sein, daß es – wenn die Frau nicht länger selbstverständ-

345 Schmitt Glaeser, Abbau, S. 35 f. (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

346 Vgl. unten S. 108 ff.

347 BVerfGE 6, 55, 81.

348 Schmitt Glaeser, Abbau, S. 36.

lich die Rolle der Kindererziehung und Haushaltsführung übernimmt – zur Folge haben könnte, daß für die Kindererziehung stärker staatliche Vorsorge zu treffen ist, dann ist dies Resultat der grundrechtlich geschützten Freiheit der Ehegatten, über die Gestaltung ihres Familienlebens zu entscheiden. Versteht man die Erleichterung des Eintritts ins Erwerbsleben für Frauen als Problem des Schutzes von Ehe und Familie, sieht man im Kern eben doch die Hausfrauenehe als verfassungsrechtlich garantierte Eheform an. Dies aber widerspricht dem (inzwischen) vorherrschenden Verständnis von Ehe und Familie.³⁴⁹

Soweit sich die Diskussion auf Quotenregelungen im öffentlichen Dienst bezieht, werden vor allem Bedenken aus Art. 33 Abs. 2 GG geltend gemacht. Art. 33 Abs. 2 GG garantiert jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Hieraus folgert Schmitt Glaeser in einer prägnanten Formulierung: »Das Geschlecht ist kein legitimes Auswahlkriterium. Das Geschlecht wird hier zum Neutrum: ein verfassungsgerechtes Paradoxon.«³⁵⁰ Ohne daß im folgenden abschließend zur Vereinbarkeit von Quoten mit Art. 33 GG Stellung genommen wird, so soll doch auf vier Unstimmigkeiten in der Argumentation derer, die das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG gegen Quotenregelungen ins Felde führen, hingewiesen werden.³⁵¹

Zum einen ist der Leistungsgrundsatz im öffentlichen Dienst schon nach der bisher geltenden Rechtslage in vielfältiger Weise durch Vorzugsregelungen zugunsten bestimmter Gruppen durchbrochen. Abgesehen von den in der Verfassung selbst vorgesehenen Ausnahmen wie etwa Art. 36 Abs. 1 GG, sind zahlreiche Quotenregelungen von der rechtswissenschaftlichen Literatur als Durchbrechungen, Ausnahmen, Modifikationen oder Korrekturen für zulässig gehalten worden.³⁵² Sowohl § 9 a des Heimkehrergesetzes i.d.F. vom 17.8.1953³⁵³ als auch § 9 des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes i.d.F. vom 15.12.1965³⁵⁴ enthalten eindeutige Durchbrechungen des Leistungsprinzips.³⁵⁵ Regelungen, die auf die angemessene Berücksichtigung

349 Vgl. zur Kritik an Schmitt Glaesers Position auch Pfarr, Quoten, S. 86 ff.; Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 164 ff.; Raasch, Chancengleichheit, S. 332 f.

350 Schmitt Glaeser, Sorge, S. 387.

351 Vgl. zur Kritik auch Pfarr, Quoten, S. 91 ff.

352 Vgl. dazu Schmidt-Aßmann, S. 17 ff.; Schmitt Glaeser, S. 12 ff, jeweils m. w. Nachw.

353 BGBl. I S. 931.

354 BGBl. I S. 2073.

355 Schmidt-Aßmann, S. 19.

begünstigter Gruppen hinwirken sollen, sehen auch § 16 Bundesevakuierengesetz i.d.F. vom 13.10.1961³⁵⁶ und § 77 Bundesvertriebenengesetz i.d.F. vom 3.9.1971³⁵⁷ vor. Schließlich enthält § 10 des Soldatenversorgungsgesetzes i.d.F. vom 5.3.1987³⁵⁸ einen quotenmäßigen Stellenvorbehalt für ehemalige Soldaten, sofern der Bewerber die allgemeinen Voraussetzungen für die Einstellung erfüllt. Das Leistungsprinzip wird hier nur innerhalb des Kreises der Vorbehaltsbewerber, nicht aber zwischen ihnen und normalen Stellenbewerbern angewandt; das Verfahren entspricht insoweit genau der am heftigsten bekämpften Form der Quotenregelung zugunsten von Frauen, einer Ergebnisquote.³⁵⁹ Auch das Schwerbehindertengesetz i.d.F. vom 26.8.1986³⁶⁰ sieht in § 5 Abs. 1 eine Quotenregelung vor. Die genannten echten und unechten Quotenregelungen erfahren nach überwiegender Meinung im Schrifttum ihre Rechtfertigung aus sozialpolitischen Gründen, gestützt auf das gleichfalls mit Verfassungsrang ausgestattete Sozialstaatsprinzip.³⁶¹ Es wäre wohl konsequent, jegliche Durchbrechung des Leistungsprinzips beim Zugang zu öffentlichen Ämtern als Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG abzulehnen; erkennt man aber »Ausnahmen« - oder wie immer man sie bezeichnen will - aus sozialpolitischen Gründen an, dann muß man sich mit der Frage auseinandersetzen, weshalb Bevorzugungen von Schwerbehinderten oder Soldaten verfassungsgemäß, die zugunsten von Frauen jedoch verfassungswidrig sein sollen. Auf eben diese Frage wird vielfach nicht eingegangen.

Soweit Unterschiede zwischen Quoten zugunsten von Frauen gegenüber den anderen bisher schon bevorzugten Gruppen erwähnt werden, können diese nicht überzeugen. Wenn Schmitt Glaeser die Bevorzugungen der vorgenannten Gruppen als Ausdruck des Versorgungs- und Ausgleichsgedankens, der zur Ergänzung oder als Korrektiv des Leistungsprinzips herangezogen werden könne, rechtfertigt, Quotenregelungen zugunsten eines Geschlechts jedoch als »geschlechtsbezogenes Mitleid« abtut,³⁶² bleibt er eine Begründung für diesen Unterschied gerade schuldig. Hauptsächlich scheint ihm in den vorgenannten Bevorzugungsregelungen »die Evidenz, mit der der

356 BGBl. I S. 1685.

357 BGBl. I S. 1565, 1807.

358 BGBl. I S. 842.

359 Darüber hinaus werden ehemalige Soldaten nach § 11 a ArbeitsplatzschutzG. i.d.F. vom 14.4.1980 (BGBl. I S. 425) bei gleicher Eignung bevorzugt eingestellt.

360 BGBl. I S. 1421.

361 Maunz, M/D/H/S, Rdn. 22 zu Art. 33; Schmidt-Abmann, S. 19 m.w.N.

362 Schmitt Glaeser, Abbau, S. 44; ähnlich auch Kempfen, S. 290.

Vorrang sozialpolitischer Gründe in der fachlichen und öffentlichen Meinung anerkannt wird«,³⁶³ von Bedeutung zu sein; die Berufung auf einen allgemeinen Konsens ist zur Rechtfertigung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten jedoch nicht ausreichend. Schließlich verweist Schmitt Glaeser darauf, daß all die vorgenannten Regelungen keinen Bezug zu den in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genannten Merkmalen aufweisen und somit lediglich am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes zu messen seien.³⁶⁴ Dies ist zwar eine zutreffende Erkenntnis, sie zeigt aber gerade, daß sich aus Art. 33 GG selbst eine unterschiedliche Beurteilung von Quoten zugunsten der obengenannten Gruppen gegenüber denen zugunsten von Frauen nicht ergibt. Art. 33 Abs. 3 GG hebt zwar bestimmte Merkmale ausdrücklich hervor, die eine Ungleichbehandlung im öffentlichen Dienst ausschließen, das Merkmal Geschlecht ist dort jedoch gerade nicht aufgeführt. Art. 33 GG für sich genommen stützt somit nicht eine Ansicht, nach der Bevorzugungen zugunsten bestimmter Gruppen zulässig sind, das Geschlecht jedoch als unter allen Umständen unzulässiges Merkmal ausgeschlossen ist.

Auch abgesehen von der Frage, inwieweit Modifikationen bzw. Durchbrechungen des Leistungsprinzips verfassungsrechtlich zulässig sein sollen, läßt sich fragen, ob Quoten zugunsten von Frauen wirklich eine Abweichung vom Leistungsprinzip darstellen. Teilweise wird darauf abgestellt, daß bei einer deutlichen Unterrepräsentation von Frauen in bestimmten Bereichen, Frauen als »geeigneter« angesehen werden müßten.³⁶⁵ Dieser Argumentation – auch wenn sie m.E. in dieser allgemeinen Formulierung zu weit geht – liegt ein wichtiger Gesichtspunkt zugrunde. Häufig werden die Begriffe »Eignung, Befähigung und fachliche Leistung« so verwendet, als handle es sich hierbei um zwingend vorgegebene Kriterien, die nach objektiven Methoden genau erfaßbar und meßbar sind. Dies ist für die allermeisten Positionen jedoch nicht der Fall. Es entspricht einer geradezu banalen Einsicht, daß die hervorragende Examensnote allein weder den guten Richter noch den guten Arzt ausmacht; sobald aber bei der Beurteilung Persönlichkeitsbewertungen miteinfließen, sind subjektive Wertungen – wie im übrigen auch bei der Bewertung von Examensklausuren – unumgänglich. Wenn man bedenkt, daß die Festlegung der Kriterien seit langer Zeit von Männern erfolgte, scheint –

363 Schmitt Glaeser, Abbau, S. 15 f. unter Verwendung eines Zitats von Schmidt-Aßmann, S. 19. Einen Konsens nehmen beide jedoch nicht hinsichtlich der Bevorzugungen des Soldatenversorgungsgesetzes an.

364 Schmitt Glaeser, Abbau, S. 16.

365 Raasch, Chancengleichheit, S. 332 ff.; für bestimmte Bereiche auch Benda, Notwendigkeit, S. 162; Pfarr, Quoten, S. 93.

zumindest wenn man die Prämisse teilt, daß Frauen grundsätzlich gleichermaßen geeignet sind wie Männer – nicht unwahrscheinlich, daß die von Männern gesetzten Kriterien auch von Männern leichter zu erfüllen sind, bzw. Fähigkeiten bei Bewerberinnen weniger wahrgenommen werden als beim konkurrierenden Bewerber. Nicht umsonst spricht man häufig davon, daß eine Frau doppelt so gut qualifiziert sein müsse wie ein Mann, um eine entsprechende Position zu erreichen. Unter dieser Prämisse lassen sich Quotenregelungen zugunsten von Frauen nicht länger als Durchbrechung, sondern gerade als Durchsetzung des Leistungsprinzips im öffentlichen Dienst begreifen.

Schließlich läßt sich darauf verweisen, daß gerade aus dem Bereich des öffentlichen Dienstes immer wieder die Existenz von »Männerquoten« bekannt geworden ist.³⁶⁶ In Anbetracht dessen, daß zu diesen wohl über Jahrzehnte dauernden Männerbevorzugungen in der juristischen Diskussion nicht Stellung genommen wurde, mag der Eifer, mit dem nun Frauenquoten bekämpft werden, etwas von seiner Überzeugungskraft verlieren.

Soweit Grundrechte von Arbeitgebern betroffen sind, gilt es darauf hinzuweisen, daß auch für den privatwirtschaftlichen Bereich andere Quotenregelungen, wie etwa im Schwerbehindertengesetz, für zulässig gehalten worden sind. Hinzu kommt, daß die Eingriffe in die Grundrechte des Arbeitgebers kaum als besonders schwerwiegend angesehen werden können.

Soweit Art. 12 GG betroffen sein könnte, handelt es sich lediglich um einen Eingriff auf der Ebene der Berufsausübung, nach der Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts also auf der am leichtesten einschränkbarsten Stufe. Wie Friauf zu Recht betont, fehlt, »um zwei beliebige Beispiele herauszugreifen, jeglicher Anhaltspunkt für die Annahme, der Inhaber einer Wäscherei, der nur weibliche Wäscherinnen beschäftigt, oder der Gastwirt, der nur männliche Kellner beschäftigt, gehöre einem anderen Beruf an als die jeweiligen Konkurrenten, die nicht in solcher Weise diskriminieren.«³⁶⁷

Daß durch Quotenregelungen überhaupt in den Schutzbereich des Art. 14 GG eingegriffen wird, erscheint zweifelhaft. Quotenregelungen verpflichten den Arbeitgeber – je nach der konkreten Ausgestaltung direkt oder indirekt –, einen bestimmten Prozentsatz von Frauen einzustellen. Sie betreffen damit in der Regel verfassungsrechtlich geschützte Eigentumspositionen nicht, al-

366 Mit zahlreichen Beispielen und Nachweisen Pfarr, Quoten S. 15 ff.; dies., Quotierung, S. 86 f.; Bertelsmann, Gleichbehandlung bei der Ausbildung, S. 89; Eckertz-Höfer, S. 476 f.

367 Friauf, Grundrechtsprobleme, S. 16.

lenfalls berühren sie entfernt den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Dessen verfassungsrechtlicher Schutz wird vom Bundesverfassungsgericht aber gerade zurückhaltend beurteilt.³⁶⁸ Ein Eingriff in die Substanz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs wird jedenfalls kaum angenommen werden können. Die Eigentumsgarantie kann somit wohl nur in außerordentlich seltenen Fällen zur Unzulässigkeit von Quotenregelungen führen.³⁶⁹

Hinsichtlich des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG ist schon fraglich, ob für eine Prüfung am Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit überhaupt Raum ist. Art. 2 Abs. 1 GG ist nach h.M. lediglich Auffanggrundrecht und daher den speziellen grundrechtlichen Gewährleistungen gegenüber subsidiär. Die Beschränkungen, die Quotenregelungen dem Arbeitgeber auferlegen, könnten daher schon durch die Prüfungen am Maßstab des Art. 12 GG abgedeckt worden sein. Freilich könnte man in Art. 2 Abs. 1 GG die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit, insbesondere die Vertragsfreiheit, besonders geschützt sehen und müßte sich dann mit der Einschränkung des Grundrechts befassen.³⁷⁰ Doch ist Art. 2 Abs. 1 GG ein relativ leicht einschränkbares Grundrecht, wie schon die in der Verfassung selbst ausgesprochene Möglichkeit der Begrenzung durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz zeigt. Erhöhte Anforderungen mögen an die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zu stellen sein, wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder der Schutz der Intimsphäre betroffen sind, deren Schutz ebenfalls in Art. 2 Abs. 1 GG verankert werden. Doch ziehen diese ihre besondere Bedeutung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der engen Beziehung zur Garantie der Menschenwürde, eine Parallele, die für die Vertragsfreiheit nicht gezogen werden kann; dies erst recht dann nicht, wenn es sich bei den durch Quotenregelungen verpflichteten Arbeitgebern um juristische Personen handelt.

Selbstverständlich sind Quotenregelungen jeweils in ihrer konkreten Ausgestaltung an den hier genannten Grundrechten zu messen. Die abstrakte Analyse des Gefährdungspotentials zeigte jedoch, daß den möglicherweise gegebenen Grundrechtseingriffen eine besondere Intensität nicht zukommt. Frei-

368 Vgl. BVerfGE 51, 193, 221; 58, 300, 353; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 1001.

369 Vgl. Friauf, Grundrechtsprobleme, S. 26 ff.

370 Vgl. Friauf, Grundrechtsprobleme, S. 32 ff. Zwar behandelt Friauf in seinem Gutachten Grundrechtsprobleme, die entstehen könnten, wenn der Gesetzgeber den Grundsatz der Nichtdiskriminierung nach dem Geschlecht für den gesamten Privatrechtsverkehr festlegt. Hinsichtlich der Vertragsfreiheit der Arbeitgeber stellt sich die Problemlage bei Quotenregelungen aber grundsätzlich gleich: die Freiheit des Arbeitgebers bei der Einstellungsentcheidung wird begrenzt.

lich gibt es Ausnahmen, wie beispielsweise im Falle von sehr kleinen Unternehmen oder höchstpersönlichen Dienstverhältnissen. Auch wäre die grundrechtliche Gefahrenlage anders zu beurteilen, wenn die Quote für den Arbeitgeber wegen des Fehlens ausreichend qualifizierter Bewerberinnen praktisch unerreichbar wäre. Nur sind dies Extremsituationen und Ausnahmefälle, auf die sich die »normale Quotendiskussion« nicht bezieht. Alle von ihren Befürwortern ernsthaft vorgeschlagenen Quotenmodelle sehen eine Mindestgröße der Unternehmen vor, für die Quoten vorgesehen werden sollen; alle beziehen in die Festlegung der Höhe der Quote die jeweils bestehende Arbeitsmarktsituation mit ein.

Insgesamt fällt an der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit von Quotenregelungen auf, wie stark sich ihr Schwerpunkt von der Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG weg und hin zur Vereinbarkeit mit anderen Grundrechten verlagert hat. Diejenigen, die Quoten nicht oder nur in sehr engen Grenzen – zumeist allenfalls als nichtzwingende Bevorzugung bei gleicher Qualifikation – für zulässig erachten, legen häufig besonderes Gewicht auf die Unvereinbarkeit von Quotenregelungen mit anderen Grundrechten. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG werden zwar immer erwähnt und insbesondere betont, daß Quotenregelungen zugunsten von Frauen nicht zur »umgekehrten Benachteiligung« des Mannes führen dürften. Was dies jedoch genau heißen soll, beispielsweise, ob jede Quotenregelung eine solche umgekehrte Diskriminierung enthalte, wird offengelassen oder durch Abwägung im Einzelfall bestimmt. Die Prüfung der Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nimmt häufig geringeren Raum ein und führt zu weniger eindeutig vorgetragenen Ergebnissen als die Prüfung am Maßstab anderer Grundrechte.³⁷¹

Bei unbefangener Betrachtung der Problemlage muß diese Schwerpunktsetzung in der Diskussion überraschen. Eigentlicher Konflikt bei Quotenregelungen ist die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen. Die allgemeine, politische Quotendiskussion wird denn auch primär darüber geführt, ob es – vereinfacht ausgedrückt – »gerecht« ist, nach jahrhundertelanger Benachteiligung der Frau nun Frauen bei der Einstellung in bestimmten Bereichen zu bevorzugen. Freilich mögen auch Gesichtspunkte wie die Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes oder die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitgeber eine gewisse Rolle spielen; als zentrale Frage

371 Vgl. Mengel, Maßnahmen, S. 535 ff.; Schmitt Glaeser, Sorge, 385 ff.; Hanau, Umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung, S. 315 ff.

wird jedoch diskutiert, ob Quotenregelungen »Gleichbehandlung der Geschlechter« oder »umgekehrte Diskriminierung der Männer« darstellen. Genau diese Fragestellung, juristisch gefaßt, ist aber die Konfliktlage, von der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG handeln. Daß die Gegner von Quotenregelungen häufig einer genauen Prüfung dieser Vorschriften ausweichen und sich statt dessen primär auf andere Grundrechte beziehen, um die Unzulässigkeit von Quotenregelungen darzutun, läßt den Verdacht eines Ausweichmanövers aufkommen. Hält man Quotenregelungen für nicht vereinbar mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, so wäre eine strikte Ablehnung von Quotenregelungen auf dieser Grundlage überzeugender.³⁷² Geht man hingegen davon aus, daß Quoten mit dem Gleichberechtigungssatz vereinbar sind, so spricht doch eine gewisse Vermutung dafür, daß sie auch nicht gegen andere Grundrechte verstoßen, die bei weitem nicht so intensiv betroffen sind, wie die Rechte der konkurrierenden Männer.

III. Würdigung

In den achtziger Jahren orientieren sich die politische wie die juristische Gleichberechtigungsdiskussion an neuen Fragestellungen. In fast allen Bereichen des öffentlichen Lebens sind Frauen schlechter gestellt. Nach wie vor verdienen Frauen im Durchschnitt deutlich weniger als Männer, sind sie überproportional arbeitslos und besetzen in jedem Berufszweig, abgesehen von vereinzelt Ausnahmen, Positionen nur auf den unteren Stufen der Hierarchie. Ein solcher Befund in der gesellschaftlichen Wirklichkeit läßt sich aber nicht länger durch Rechtsnormen erklären, die zwischen Männern und Frauen differenzieren. Solche Regelungen sind inzwischen größtenteils aus der Rechtsordnung verschwunden und die wenigen, die noch geblieben sind, betreffen relativ abgelegene Sachverhalte (z. B. die Wartezeit bei der Wiederheirat) oder enthalten aus dem patriarchalischen System überkommene »Privilegien« der Frauen.

Welche Gründe für das weiterbestehende Ungleichgewicht zwischen den Geschlechtern verantwortlich zu machen sind, läßt sich nicht allein aus dem Blickwinkel der Rechtswissenschaft beantworten. Um die Ursachen für die fortdauernde Benachteiligung der Frau komplett zu erfassen, müßten Erklärungsansätze aus den verschiedenen Disziplinen der Sozialwissenschaften

372 Konsequent daher Sachs, Frauenquoten, S. 554; Kempen, S. 290 f.

wie Psychologie, Soziologie, Politologie und Wirtschaftswissenschaften herangezogen werden. Eine umfassende Stellungnahme zu dieser Problematik kann im Rahmen dieser Arbeit nicht gegeben, lediglich die Grundannahmen sollen herausgestellt und plausibel gemacht werden. Leider lassen zahlreiche Aufsätze eine solche Offenlegung ihres Vorverständnisses vermissen. Welche Gründe für das Ungleichgewicht zwischen den Geschlechtern als maßgeblich angesehen werden, prägt aber entscheidend die Bestimmung der Problemlage, deren rechtliche Bewältigung Gegenstand der Gleichberechtigungsdiskussion der achtziger Jahre ist.

Eine mögliche Erklärung für die Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen ist die Annahme von Unterschieden zwischen Männern und Frauen hinsichtlich ihrer Fähigkeiten und Interessen.³⁷³ Daß Frauen typischerweise in bestimmten Situationen andere Präferenzentscheidungen treffen als Männer mag zutreffen. Überraschend wäre dies in Anbetracht des weiterhin durch Geschlechtsunterschiede geprägten gesellschaftlichen Systems nicht,³⁷⁴ doch sollte vor einer Überbewertung eines solchen empirischen Befundes gewarnt werden. Im Laufe der letzten Jahrzehnte hat sich in einer rapiden Entwicklung gezeigt, daß immer mehr der als unwandelbar angesehenen Geschlechtsunterschiede ihren Anspruch auf Objektivität aufgeben mußten.³⁷⁵ Bevor unreflektiert auf Unterschiede zurückgegriffen wird, sollte daher zumindest danach gefragt werden, ob es andere Erklärungen für unterschiedliche Präferenzentscheidungen von Männern und Frauen gibt. Vielleicht entspringen die von Frauen möglicherweise häufiger getroffenen Entscheidungen, Führungspositionen »seltener haben [zu] wollen oder doch anderen Wegen der Persönlichkeitsentfaltung, etwa im Bereich der Kindererziehung, den Vorzug [zu] geben«³⁷⁶ nicht ihrer freien Wahl, sondern sind das Ergebnis struktureller Bedingungen einer Gesellschaft, die erst vor kurzem die offizielle Ausrichtung am patriarchalischen System aufgab.

373 Dies ist wohl die Tendenz von Sachs, Frauenquoten, S. 557.

374 Aus diesem Grunde scheint mir auch der Streit darüber, ob solche Unterschiede biologisch determiniert oder kulturell vermittelt werden, zumindest verfrüht und jedenfalls überflüssig. Eine wirklich »geschlechtsneutrale Erziehung« kann es in der heutigen Gesellschaft nicht geben; die Frage der Herkunft der Unterschiede läßt auch Gilligan in ihrem einflußreichen Buch »In a Different Voice«, S. 2, ausdrücklich offen.

375 Vgl. nur die frühen Entscheidungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dazu oben S. 80 ff.; oder die Diskussion in der Literatur Anfang der fünfziger Jahre, mit der daran anschließende Entwicklung, oben S. 103 ff.

376 Sachs, Frauenquoten, S. 557.

Die Gesellschaft der Bundesrepublik hat ihren Arbeitsprozeß am Leitbild der Hausfrauenehe ausgerichtet.³⁷⁷ Die scharfe Trennung von Berufs- und Privatleben in der heute anzutreffenden Form entwickelte sich als Folge der Trennung der personellen Zuständigkeit für die beiden Bereiche. Nur weil der Erwerbstätige unbelastet von familiären Verpflichtungen war, konnte verlangt werden, daß er seine gesamte Kraft dem Beruf widme und den Bedürfnissen des Arbeitslebens jederzeit Vorrang vor denen des Privatlebens einräume. In dem Moment, in dem Frauen nicht mehr bereit sind, eine Allein-zuständigkeit für den reproduktiven Sektor als naturgegeben hinzunehmen, und auf der anderen Seite Männer nicht die Rolle des Hausmannes übernehmen wollen, entfällt die Grundlage für eine solche Gestaltung des Arbeitsprozesses. Angesichts dessen, daß die Existenz und Erziehung von Kindern nicht nur von privatem, sondern von eminentem gesellschaftlichem Interesse ist – für ihr Überleben sozusagen unabdingbar –, hätte man erwarten können, daß der Arbeitsprozeß auf die veränderte Situation reagiert. Ein solcher Strukturwandel ist bisher jedoch nicht eingetreten. Der Arbeitsbereich verlangt nach wie vor – jedenfalls für höherqualifizierte und besserbezahlte Positionen – den voll einsatzbereiten und einsatzfähigen Mitarbeiter. Familie und Beruf lassen sich für diejenigen, denen nicht eine Hausfrau zur Seite steht, nur unter außerordentlichen Schwierigkeiten miteinander vereinbaren. Theoretisch wäre es natürlich denkbar, daß auf dieses Dilemma nicht geschlechtsspezifisch reagiert wird; wenig überraschend sieht die Wirklichkeit anders aus. Ganz überwiegend sind es Frauen, für die die »Verbindung von Beruf und Familie« Karriereeinbußen zur Folge hat. Doch beschränkt sich die Konsequenz eingeschränkter Karrieremöglichkeiten für Frauen nicht auf den Bereich des Faktischen. Zahlreiche Rechtsnormen setzen den unbeschränkt Erwerbstätigen voraus und errichten somit mittelbare und unmittelbare Hemmnisse für eine Berufstätigkeit von Frauen.³⁷⁸ Diese »strukturelle Diskriminierung«³⁷⁹ ist eine der Hauptursachen für die weiterbestehende Schlechterstellung der Frau.

Daneben sollte aber auch nicht vergessen werden, daß es in der Regel Männer sind, die über Eignung und Befähigung, Einstellung und Beförderung

377 Vgl. beispielsweise zum Problem des Ehegatten-Splittings die berechtigte Kritik von Menzel, *Frauen, Steuern*, S. 86 ff.; sowie weitere Beispiele aus dem Sozialrecht in den Beiträgen zu dem von Gerhard u.a. herausgegebenen Band »Auf Kosten der Frauen«.

378 Vgl. zu Problemen hinsichtlich des Zugangs zum sowie der Beförderung im öffentlichen Dienst: Langkau-Herrmann u.a., S. 55 ff.; 78 ff.; 97 ff.

379 Diesen Begriff verwendet auch Benda, *Notwendigkeit*, S. 7.

entscheiden. Gerade wenn man davon ausgeht, daß Frauen typischerweise andere Fähigkeiten haben als Männer, die Beurteilungskriterien aber von Männern stammen und eigentlich zur Beurteilung von Männern gedacht sind, wäre eine Unterbewertung typisch weiblicher Eigenschaften als Folge wahrscheinlich. Und schließlich sei an die Möglichkeit der Existenz von Vorurteilen seitens der männlichen Entscheidungsträger erinnert. Freilich wird heute kaum noch jemand eine konkrete (Nicht-)Einstellungsentscheidung öffentlich damit begründen, er wolle keine Frau auf dieser Position haben. Doch scheint wenig plausibel, daß Vorurteile, nur weil sie nicht länger öffentlich geäußert werden, vollkommen aus dem Leben verschwunden wären. Erinnert man sich an die gerade eine Generation zurückliegenden Gleichberechtigungsdebatten der fünfziger Jahre, käme es einem Wunder gleich, wenn all die, die damals noch unverhohlen vom anderen Wesen und der anderen Aufgabenbestimmung der Frau sprachen, heute von der grundsätzlich gleichen Eignung der Frau – zumal im Hinblick auf Führungspositionen – ausgingen.

Legt man die heutige Problemlage im Verhältnis zwischen Männern und Frauen zugrunde, wie sie eben skizziert worden ist, verlagert sich der Schwerpunkt auch der verfassungsrechtlichen Diskussion. Nicht länger interessiert die Zulässigkeit traditioneller Differenzierungen nach dem Geschlecht, sondern drei neue Fragestellungen werden an Art. 3 Abs. 2 GG herangetragen.

- Erfasst der Gleichberechtigungssatz auch rechtliche Normen, die zwar nicht ausdrücklich zwischen Männern und Frauen differenzieren, sich aber ganz überwiegend zum Nachteil von Frauen auswirken?
- Ist der Staat verpflichtet zu intervenieren? Gibt das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 einen Anspruch darauf, daß der Staat Maßnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung ergreift?
- Sind besondere Frauenfördermaßnahmen mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar, auch wenn sie gerade am Merkmal Geschlecht anknüpfen?

Aus einem Verständnis des Gleichberechtigungsgrundsatzes als striktem Differenzierungsverbot, wie es in der konsequenten Fortentwicklung der Tendenz der siebziger Jahre lag, hätte die Antwort auf alle drei Fragen klar und ohne besonderen Begründungsaufwand »nein« lauten müssen.³⁸⁰ Die Ant-

380 Dies gilt jedenfalls hinsichtlich der mittelbaren Benachteiligung und der Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen; die Position hinsichtlich des Verfassungsauftrags könnte dagegen eher mit der grundrechtstheoretischen Position zusammenhängen, dazu gleich ausführlicher.

worten, die in der Literatur der achtziger Jahre gegeben werden, sollen im folgenden kritisch gewürdigt werden.

1. *Mittelbare Benachteiligung*

Für die Bekämpfung struktureller Benachteiligung könnte einem verfassungsrechtlichen Verbot der mittelbaren Benachteiligung entscheidende Bedeutung zukommen. Seitdem der Europäische Gerichtshof klargestellt hat, daß die Gleichbehandlungsrichtlinie der EG auch die mittelbare Benachteiligung erfaßt, ist im deutschen Arbeitsrecht schon manche Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten beseitigt worden.³⁸¹ Auf verfassungsrechtlicher Ebene wird die Auseinandersetzung um mittelbare Benachteiligung jedoch nur vereinzelt ausgetragen. Einige Autoren – häufig von der arbeitsrechtlichen Diskussion ausgehend – postulieren zwar, daß auch Art. 3 Abs. 2 und 3 GG die mittelbare Benachteiligung verbiete, begründen dies jedoch nur kursorisch;³⁸² eine dogmatische Ausformung und Einbindung lassen sie vermissen. Dabei müßte die Heranziehung des Gleichberechtigungssatzes auch für mittelbare Benachteiligung durchaus begründet werden; von einem Differenzierungsverbot³⁸³ können Normen, die nicht nach dem verpönten Merkmal differenzieren, nicht erfaßt werden. Eine Regelung, die mittelbare Benachteiligung darstellen könnte, behandelt ja gerade nicht zwei allein durch das Geschlecht bestimmte Gruppen unterschiedlich; die Ungleichbehandlung trifft zwar überwiegend – aber eben nicht nur – Personen eines Geschlechts. Aus merkmalsbezogener Sicht lassen sich diese Fälle nicht als Problem der Gleichberechtigung von Männern und Frauen erfassen; konsequent lehnt deshalb Sachs eine Erstreckung der Reichweite des Art. 3 Abs. 2 GG auf Fälle der mittelbaren Benachteiligung ab und überprüft sie lediglich am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG.³⁸⁴

381 Siehe z. B. die Bilka-Entscheidung des EuGH, Rs 170/84, NZA 1986, S. 599 m. Anm. Pfarr, S. 585; und die darauffolgende Entscheidung des BAG, Streit 1987, S. 57; vgl. auch Pfarr/Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, Falkenberg; Gamillschegg, Mittelbare Benachteiligung; vgl. zur Rechtsprechung des EuGH im Sozialrecht: Jaeger.

382 So z.B. Pfarr/Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, S. 96 ff.; Slupik, Parität, S. 98 ff.; Jarass, Jarass/Piero, Rdn. 42 zu Art. 3.

383 Ein Verbot mittelbarer Benachteiligung läßt sich nur dann stimmig begründen, wenn man den besonderen Gleichheitssätzen eine neue – gruppenbezogene – Deutung zuweist; vgl. dazu unten S. 312 ff.

384 Sachs, Grenzen, S. 479 ff.

2. *Verfassungsauftrag*

Ausdrücklich enthält Art. 3 Abs. 2 GG keinen an den Gesetzgeber gerichteten Auftrag, tatsächliche Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen herzustellen. An anderer Stelle des Grundgesetzes wird der Gesetzgeber hingegen schon im Wortlaut einer Norm direkt angesprochen, wie etwa in Art. 4 Abs. 3, Art. 6 Abs. 5, Art. 21 Abs. 3, Art. 98 Abs. 1 und 3 GG usw.³⁸⁵ In der Diskussion um die tatsächliche Gleichberechtigung von Männern und Frauen wird dabei vor allem auf Art. 6 Abs. 5 GG Bezug genommen,³⁸⁶ der bestimmt: »Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern«. Gerade der Vergleich zwischen den unterschiedlichen Formulierungen des Normtextes des Art. 6 Abs. 5 und des Art. 3 Abs. 2 GG, spricht eher dagegen, aus Art. 3 Abs. 2 GG einen den Gesetzgeber bindenden Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung abzuleiten.³⁸⁷

Erhärtert wird diese Überlegung zudem durch die Betrachtung des Art. 117 Abs. 1 GG, der für eine Übergangsfrist das dem Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehende Recht »bis zu seiner Anpassung« weitergelten ließ. Zwar läßt sich aus Art. 3 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 117 Abs. 1 GG unschwer ein Gesetzgebungsauftrag für die Zeit bis zum 31. März 1953 entnehmen; doch bezog sich dieser – zeitlich befristet – lediglich auf die Abschaffung gleichberechtigungswidrigen Rechts, nicht aber auf die Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung. Auch damit ist freilich die Frage nach einer bindenden verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Gesetzgebers zu aktiven Förderungsmaßnahmen noch nicht zwingend negativ beantwortet; der Verfassungsauftrag könnte, auch ohne ausdrücklichen Anklang im Text der Norm zu finden, Inhalt des Grundrechts sein. Anders ausgedrückt: Mit der Garantie der Gleichberechtigung von Männern und Frauen könnte neben der rechtlichen auch faktische Gleichberechtigung gemeint sein.

385 Vgl. dazu Stern, Staatsrecht I, S. 84 ff.

386 Eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 6 Abs. 5 GG könnte die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Frauenquoten stützen; hinsichtlich der nichtehelichen Kinder erkannte das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit kompensierender Bevorzugung zur Schaffung tatsächlicher Gleichstellung an: »Namentlich kann die verschiedene Ausgangslage es rechtfertigen oder sogar geboten erscheinen lassen, das uneheliche Kind anders und günstiger zu behandeln als das eheliche Kind, um dem Verfassungsauftrag gerecht zu werden« (BVerfGE 25, 167, 183).

387 Ähnlich skeptisch auch Benda, Notwendigkeit, S. 105 f.; Schmitt Glaeser, Abbau, S. 24; a.A. Pfarr, Quoten, S. 55 ff.

Dies wirft allgemeiner die Frage auf, wie sich »rechtliche« und »faktische« Gleichheit³⁸⁸ in den Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes zueinander verhalten. Für den allgemeinen Gleichheitssatz ist die Spannung zwischen rechtlicher und faktischer Gleichheit bereits seit langem diskutiert worden.³⁸⁹ Bei Verschiedenheit der Ausgangslage kann die rechtliche Gleichbehandlung zur Verstärkung der Ungleichheit führen: »Werden Besizende und Nichtbesizende formal den gleichen rechtlichen Bedingungen unterstellt, so müssen sich in der sozialen Wirklichkeit notwendig die Besitzunterschiede auswirken. Die formelle Rechtsgleichheit hebt daher die faktische Ungleichheit nicht nur nicht auf, sondern sie führt wegen der verschiedenen sozialen Voraussetzungen notwendig zu ihr hin«.³⁹⁰ Auf der anderen Seite schließt jedenfalls die politische Forderung nach Gleichheit auch eine Angleichung der realen Lebensbedingungen ein.³⁹¹ Die Herstellung größerer sozialer Gleichheit verlangt aber häufig gerade die Ungleichbehandlung: »Einzelne Gruppen fördern heißt bereits, andere ungleich zu behandeln«.³⁹² Ohne noch auf die grundsätzliche Problematik des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit eingehen zu müssen,³⁹³ zeigt sich die Gegenläufigkeit der Prinzipien rechtlicher und faktischer Gleichheit schon im Rahmen des Gleichheitssatzes selbst: die Durchführung des Prinzips der rechtlichen Gleichheit führt zu Verstößen gegen das Prinzip der faktischen Gleichheit und umgekehrt. Alexy nannte diese Kollision das »Paradox der Gleichheit«.³⁹⁴ Der einfachste Weg, das Paradox zu vermeiden, wäre der Verzicht auf eines der beiden Prinzipien. Nach ganz herrschender Meinung kann aber auf die rechtliche Gleichheit als Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht zugunsten der faktischen Gleichheit verzichtet werden.³⁹⁵ So kann sich

- 388 Die Bezeichnungen »rechtliche« und »faktische« Gleichheit haben sich eingebürgert, so daß sie auch hier der Einfachheit halber verwendet werden sollen. Doch ist die Terminologie unglücklich, da sie das Ergebnis letztlich schon präjudiziert. Zu naheliegend ist der Schluß, daß Art. 3 Abs. 1 GG – als Rechtsnorm – auch das als »rechtliche Gleichheit« Benannte primär schützt. Angemessener erschiene daher eigentlich die Unterscheidung von »aktbezogener« und »folgenbezogener« Gleichheit, wie sie Alexy, Theorie, S. 377 f. vorgest. hat; auch er verwendet aber letztlich die übliche Terminologie.
- 389 Vgl. nur Podlech, S. 200 ff.; Kloepfer, Gleichheit, S. 36 ff.; Zippelius, S. 13 ff.; G. Müller, S. 53; Schoch, S. 86 f.; Starck, Anwendung, S. 55 ff.; Alexy, Theorie, S. 377 ff.; Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 180 ff.
- 390 Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 180.
- 391 Vgl. Zippelius, S. 13; Dann, S. 19; Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 178 ff.
- 392 BVerfGE 12, 354, 367.
- 393 Dazu unten S. 357 f.
- 394 Alexy, Theorie, S. 379; ähnlich auch Starck, Anwendung, S. 56: »An beide Gleichheitskonzeptionen zusammen kann aus logischen Gründen keine rechtliche Bindung bestehen«.
- 395 Statt vieler: Starck, Anwendung, S. 55 ff.; ders., vM/K/S, Rdn. 3 ff. zu Art. 3; Podlech, S. 200 ff.; Schoch, S. 866; Alexy, Theorie, S. 380.

dann nur noch die Frage stellen, ob die faktische Gleichheit neben der rechtlichen garantiert wird. Hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Schon die Formulierungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind nicht eindeutig: Einerseits darf »sich der Gesetzgeber grundsätzlich nicht damit begnügen, vorgefundene tatsächliche Unterschiede ohne weiteres hinzunehmen; sind sie mit den Erfordernissen der Gerechtigkeit unvereinbar, so muß er sie beseitigen«,³⁹⁶ andererseits gebietet der Gleichheitssatz nicht, »eine Regelung zu treffen, die verhindert, daß ungleiche Sachverhalte, der bestehenden Ungleichheit entsprechend, zu verschiedenen Rechtsfolgen führen«. ³⁹⁷

Die Ablehnung einer Garantie der faktischen Gleichheit³⁹⁸ wird vor allem auf die Überlegung gestützt, daß ein Prinzip der faktischen Gleichheit viel zu unbestimmt sei, um justitiabel zu sein. Urteile über faktische Gleichheit können auf sehr unterschiedlichen Gesichtspunkten beruhen, wie beispielsweise Besitz, Bildung, politische oder wirtschaftliche Macht, soziale Anerkennung, Chancen zur Selbstverwirklichung. Wie eine gerechte Sozialordnung zu schaffen sei, sei wesentlicher Bestandteil des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers; verfassungsgerichtlicher Kontrolle anhand eines vagen Maßstabes »faktischer Gleichheit« sei dieser Bereich nicht zugänglich. Nur die rechtliche Gleichheit könne von den durch Art. 1 Abs. 3 GG an den Gleichheitssatz gebundenen Staatsgewalten gewährleistet werden.³⁹⁹

Demgegenüber sind diejenigen, die auch faktische Gleichheit in gewissem Umfang als von Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet sehen, in der Zuerkennung eines subjektiven Rechts auf faktische Gleichheit sehr vorsichtig.⁴⁰⁰ Dies zeigt sich schon darin, daß die Befürworter einer Verpflichtung zu tatsächlicher Gleichheit sich häufig nicht allein auf den allgemeinen Gleichheitssatz, sondern auf Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip berufen.⁴⁰¹ Inhalt und Bedeutung des Sozialstaatsprinzips waren seit seiner Einführung umstritten,⁴⁰² auch heute sind Inhalt und Umfang weithin unge-

396 BVerfGE 3, 58, 158.

397 BVerfGE 9, 237, 244.

398 Starck, Anwendung, S. 55 ff.; Podlech, S. 200 ff.

399 Starck, Anwendung, S. 56.

400 Vgl. Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 180 ff., 213 ff.; Zacher, Soziale Gleichheit, S. 341 ff.; Scholler, S. 14 ff.; Häberle, Diskussionsbeitrag, S. 84.

401 Vgl. Hesse, Diskussionsbeitrag, S. 78; Häberle, Diskussionsbeitrag, S. 84.

402 Insbesondere das Verhältnis von Sozialstaatsprinzip und Rechtsstaatsprinzip, vgl. z.B. Forsthoft, Sozialer Rechtsstaat; A bendroth, S. 279 ff.; Bachof, Sozialer Rechtsstaat, S. 37 ff.; Benda, Sozialer Rechtsstaat, S. 509 ff.; Stern, Staatsrecht I, S. 877 ff.; Hesse, Grundzüge, Rdn. 207 ff.

klärt.⁴⁰³ Einigkeit besteht aber insoweit, daß subjektive Rechte allenfalls in Extremfällen aus der Garantie des sozialen Rechtsstaats abgeleitet werden können. Dies zeigt sich bereits in der Diskussion um soziale Grundrechte oder eine Funktion der Grundrechte als Teilhabe- und Leistungsrechte.⁴⁰⁴ Beschränkt man aber den aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitenden Verfassungsauftrag auf eine objektive Bindung des Gesetzgebers, faktische Gleichheit zu schaffen und stellt sie noch dazu unter den Vorbehalt des Möglichen, wird fraglich, was man durch die Verbindung von Sozialstaatsprinzip und Grundrecht gewonnen hat. Inwieweit geht der grundrechtlich gestützte Verfassungsauftrag dann noch über die allgemeine staatliche Verpflichtung des Sozialstaatsprinzips hinaus?

Einen Weg der Berücksichtigung des Prinzips faktischer Gleichheit im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes hat Alexy vorgeschlagen. Doch auch hier zeigt sich, wie begrenzt und zurückhaltend dies geschieht. Ausgangspunkt für Alexys Modell ist die klassische Formulierung des Gleichheitssatzes – »Gleiches ist gleich, Ungleiches ist ungleich zu behandeln« –, die Alexy präziser faßt als:

1. »Wenn es keinen zureichenden Grund für die Erlaubtheit einer Ungleichbehandlung gibt, dann ist eine Gleichbehandlung geboten«.⁴⁰⁵
2. »Wenn es einen zureichenden Grund für die Gebotenheit einer Ungleichbehandlung gibt, dann ist eine Ungleichbehandlung geboten«.⁴⁰⁶

Alexy möchte das Prinzip der faktischen Gleichheit im Rahmen des Begriffs des zureichenden Grundes bei beiden Regeln zur Geltung bringen.⁴⁰⁷ Soweit er sich dabei auf die Gleichbehandlungsnorm der ersten Regel stützt, führt dies zu keinem neuen Gesichtspunkt. Niemand bestreitet, daß das Bemühen um soziale Gerechtigkeit einen zureichenden Grund für eine Differenzierung im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes darstellt. Dafür braucht man keine Verankerung der faktischen Gleichheit in der Grundrechtsnorm des Art. 3 Abs. 1 GG selbst. Im zweiten Fall spielt das Prinzip der faktischen

403 So auch das Fazit Bendas, *Notwendigkeit*, S. 144.

404 Vgl. dazu Stern, *Staatsrecht III/1*, S. 690 ff.; Böckenförde, *Soziale Grundrechte*; Badura, *Soziale Grundrechte*, S. 17 ff.; Bieback; Bethge, *Aktuelle Probleme*, S. 351 ff.; Friesenhahn; Hermes, S. 113 ff.; Jarass, S. 363 ff.; Rupp, S. 161 ff.; Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*.

405 Alexy, *Theorie*, S. 370; ähnlich Podlech, S. 77.

406 Alexy, *Theorie*, S. 372. Podlech, S. 57, beschränkt den Gleichheitssatz auf eine Argumentationslast für Ungleichbehandlungen und ordnet ihm allein eine Gleichbehandlungsnorm zu.

407 Alexy, *Theorie*, S. 383.

Gleichheit die Rolle eines Grundes für das Recht auf eine rechtliche Ungleichbehandlung, die der Herstellung faktischer Gleichheit dient. Nach Alexys Auffassung käme man somit auch zu einem subjektiven Recht auf faktische Gleichheit. Dieses soll aber nur Geltung erlangen können, wenn es alle in Frage kommenden gegenläufigen Prinzipien überspiele. Alexy stellt selbst ein »ganzes Bündel gegenläufiger Prinzipien« vor, die zu beachten seien.⁴⁰⁸ Im Ergebnis sind es nur ganz seltene Fälle, in denen er ein subjektives Recht auf Herstellung faktischer Gleichheit annehmen würde.⁴⁰⁹

Wird somit schon im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes ein Auftrag zur Herstellung faktischer Gleichheit überwiegend abgelehnt oder jedenfalls in der Intensität seiner normativen Bindung bzw. gerichtlichen Durchsetzbarkeit eng umgrenzt, trifft diejenigen, die einen Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen annehmen, erhebliche Begründungslast. Der Grund, weshalb man bei Art. 3 Abs. 1 GG gegenüber einem Prinzip faktischer Gleichheit so skeptisch war, lag in dem hohen Wert der rechtlichen Gleichheit. In den besonderen Gleichheitssätzen wird aber nach dem herkömmlichen Verständnis dieser Sätze als Differenzierungsverbote das Recht auf Gleichbehandlung in noch stärkerem Maße verankert. Anzahl und Reichweite der Gründe, die eine rechtliche Ungleichbehandlung von Männern und Frauen verfassungsrechtlich rechtfertigen können, ist nach allgemeiner Auffassung wesentlich geringer als unter Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Für ein der rechtlichen Gleichheit gegenläufiges Prinzip faktischer Gleichheit ist somit in den besonderen Gleichheitssätzen noch weniger Raum als in Fällen, die allein dem Art. 3 Abs. 1 GG unterfallen. Sich allein in wenigen Sätzen auf die »objektive Bedeutung« des Gleichberechtigungssatzes eventuell in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip zu berufen, kann angesichts der starken Gegenargumente zur Begründung eines Verfassungsauftrages nicht ausreichen.

Zudem geht mit der Annahme eines Verfassungsauftrags zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung eine Wandlung vom formellen zum materiellen Prinzip einher. Versteht man Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot, ist subjektiv-rechtlich die Abwehr von Rechtsnormen gewährleistet, die das Merkmal Geschlecht verwenden. Von diesem Ansatz herkommend, kor-

408 Alexy, Theorie, S. 383.

409 Als Beispiele nennt Alexy, Theorie, S. 387 f., die Armenrechts-Fälle (BVerfGE 2, 336 und folgende Entscheidungen, Nachweise in BVerfGE 56, 139, 143 ff.) und Existenzminimum-Fälle.

respondierte dem individuellen Recht als objektive Seite lediglich die an den Staat gerichtete Verpflichtung, die Verwendung des Merkmals Geschlecht zu unterlassen. Will man den Staat dagegen auf die Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung verpflichten, läßt sich dies aus einer Objektivierung der subjektiven Seite, die man weiterhin in der Abwehr nach dem Geschlecht differenzierender Normen sieht, gerade nicht ableiten. Ein neues Element der Auslegung muß hinzutreten. Auch aus diesem Grunde unterliegt die Annahme eines Verfassungsauftrages erheblichen Begründungsanforderungen, denen zumeist nicht nachgekommen wird.

Schließlich stellt sich die Frage, was mit der Annahme eines Verfassungsauftrages im Hinblick auf die Ausgangsfragen eigentlich gewonnen wird. Überwiegend geht man davon aus, daß subjektive Rechte aus dem Verfassungsauftrag nicht abzuleiten sind. Zudem wird die staatliche Verpflichtung im Regelfall so allgemein und abstrakt formuliert, daß nicht ersichtlich ist, was der Verfassungsauftrag zur Lösung konkreter Probleme im Verhältnis von Männern und Frauen zueinander noch beiträgt.⁴¹⁰ Anstoß für die Diskussion um den Verfassungsauftrag war aber der Umstand, daß Antworten auf die neuen Problembereiche⁴¹¹ gesucht wurden, denen die Gleichberechtigung heute begegnet. Ohne praktische Konsequenzen und unzureichend begründet kann die Annahme eines Verfassungsauftrags als Lösung nicht überzeugen.

3. Frauenfördermaßnahmen

Schwerpunkt der Gleichberechtigungsdiskussion der achtziger Jahre ist die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit von Quotenregelungen. Aus grundrechtsdogmatischer Sicht können dabei weder die Argumente, die zur Ablehnung der Verfassungsmäßigkeit von Quoten angeführt werden, noch die Begründungsstränge befriedigen, die zur Rechtfertigung des gegenteiligen Ergebnisses führen.

Allerdings wäre es leicht gewesen, die Verfassungswidrigkeit von Quotenregelungen dogmatisch sauber zu begründen, wenn man sich auf die Auslegung des Gleichberechtigungssatzes als Differenzierungsverbot berufen würde. Quotenregelungen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie nach dem Merkmal Geschlecht differenzieren. Nachdem seit den siebziger Jahren die Reichweite der zulässigen Ausnahmen vom Differenzierungsverbot immer

410 Zu der einen konkreten Auswirkung, die ihm entnommen wird, der Rechtfertigung von Quotenregelungen, siehe unten S. 199 ff.

411 Siehe oben S. 157 ff.

weiter reduziert wurde, hätte man – ganz auf die bisherige Auslegung gestützt – zur Unzulässigkeit von Quotenregelungen kommen können. Auffällig ist aber, daß dieser naheliegende Weg kaum beschritten wird.⁴¹² Stattdessen wird zur Begründung der Verfassungswidrigkeit von Quotenregelungen vielfach auf die Unvereinbarkeit mit anderen Grundrechten abgehoben.⁴¹³ Die Möglichkeit eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG wird zwar immer erwähnt, selten aber möchte man sich daran festhalten lassen und jedenfalls nicht allein darauf stützen.

Darüberhinaus werden durchweg besondere Frauenfördermaßnahmen, wie z.B. die Förderung der Ausbildung von Mädchen in traditionellen Männerberufen oder das Angebot besonderer Kurse für Frauen, um sie zu »Führungspersonal heranzubilden«, für verfassungsgemäß erachtet, obwohl auch sie nach dem Geschlecht differenzieren.⁴¹⁴ Es scheint nicht vorstellbar, daß dieselben Programme, ausschließlich Männern vorbehalten, als verfassungsgemäß angesehen würden. Der heftige Widerstand gegen Quotenregelungen ist damit weder konsistent noch überzeugend. Hauptunterschied zwischen beiden Formen der Frauenförderung ist das Ausmaß der Belastung, die sie für Männer mit sich bringen. Von einem Verständnis als Differenzierungsverbot ausgehend, spielt jedoch die unterschiedlich starke Belastung eines Geschlechts keine Rolle, wie im übrigen auch unerheblich ist, welches Geschlecht von einer Maßnahme betroffen wird. Erstaunlich viele der Autoren, die Quotenregelungen ablehnen oder jedenfalls nur in ganz engen Grenzen für möglicherweise zulässig halten, erkennen zudem einen aus Art. 3 Abs. 2 GG folgenden Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit grundsätzlich an, messen ihm aber für die aktuelle Problemlösung nur wenig Bedeutung bei.

Letztlich scheint damit auch für diese Gruppe von Autoren ein Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als formellem Prinzip seine Legitimations- und Überzeugungskraft verloren zu haben. Auch sie scheinen die spezifische Ausgangssituation, die jahrhundertlange Benachteiligung der Frau, im Rahmen der Auslegung des Gleichberechtigungssatzes nicht vollkommen ignorieren zu können. Dogmatisch verarbeitet wird das Brüchigwerden der

412 Siehe aber z.B. Sachs, Frauenquoten, S. 554 f., der von seinem relativ strikten Verständnis der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG her (dazu oben S. 153 f.) konsequent argumentiert; konsequent auch Kellmann, S. 672.

413 Siehe dazu oben S. 179 ff.

414 Zum selben Fazit kommen auch Hamann, Sachverständigenanhörung, S. 115; Pfarr, Quoten, S. 202.

Grundlagen einer Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot jedoch von dieser Seite nicht.

Aber auch diejenigen, die Quotenregelungen grundsätzlich für verfassungsgemäß halten, bleiben einem Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot verhaftet. Um Quotenregelungen dennoch vor dem Gleichberechtigungssatz zu rechtfertigen, sind vor allem zwei Ansätze vertreten worden.

Die einen halten Quotenregelungen für eine weitere Kategorie von Ausnahmen vom Differenzierungsverbot.⁴¹⁵ Sie können dabei zwar an die Rentenalter-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴¹⁶ anknüpfen und sich damit auf die bundesverfassungsgerichtliche Autorität stützen. Wie bereits gezeigt,⁴¹⁷ läßt sich aber eine solche (neue) Kategorie von berücksichtigungsfähigen Unterschieden zwischen Männern und Frauen aus einem Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot dogmatisch konsistent nicht ableiten; man kann es lediglich als Ausnahme behaupten und auf Zustimmung im Ergebnis hoffen.

Die anderen spielen dagegen die objektive und die subjektive Seite des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 2 GG gegeneinander aus. Von vielen Autoren – auch wenn sie sich in der Nuancierung, insbesondere im Ausmaß der Heranziehung des Sozialstaatsprinzips unterscheiden – wird in der objektiven Seite des Art. 3 Abs. 2 GG eine Verpflichtung des Staates zur Schaffung tatsächlicher Gleichberechtigung gesehen.⁴¹⁸ Manche Befürworter von Quotenregelungen versuchen nun, diese objektive Grundrechtsdimension zur Rechtfertigung von Eingriffen in die subjektive Dimension heranzuziehen. Als subjektiv-abwehrrechtliche Deutung legen sie weiterhin ein Verständnis als Differenzierungsverbot zugrunde. Vereinfacht läuft die Argumentation darauf hinaus, daß Quotenregelungen als Maßnahmen im Rahmen der objektiven Verpflichtung des Staates, tatsächliche Gleichberechtigung herzustellen, zur Verdrängung der subjektiven Rechte der betroffenen Männer auf Gleichbehandlung führen können sollen. Mir scheint ein solches Vorgehen grundrechtsdogmatisch bedenklich.

Ganz überwiegend wird inzwischen davon ausgegangen, daß den Grundrechten über ihren Charakter als subjektive Abwehrrechte hinaus weitere Rechtswirkungen zukommen. Es ist aber auch zu konstatieren, daß bis heute

415 Siehe dazu oben S. 169 ff.

416 BVerfGE 74, 163.

417 Siehe S. 74 ff., sowie S. 92 f.

418 Siehe oben S. 160 ff.

über diese zusätzlichen Rechtsgehalte der Grundrechtsbestimmungen »weder in der Terminologie noch in der Sache«⁴¹⁹ Übereinstimmung erzielt werden konnte.

Unmittelbar nach Inkrafttreten des Grundgesetzes war man sich noch weitgehend darin einig, daß die in Art. 1 Abs. 3 GG angeordnete Bindung der Staatsgewalten ein Verständnis der Grundrechte als einklagbare subjektive Rechte des einzelnen gegen den Staat verlange.⁴²⁰ Erst ab Mitte der fünfziger Jahre wurde den Grundrechten darüberhinaus Bedeutung als objektive Prinzipien zuerkannt, wenn sich auch an Ansätze in der Weimarer Zeit, insbesondere an die Position Smends,⁴²¹ anknüpfen ließ. Die Entwicklung hin zur Anerkennung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte wurde, seit sie vom Bundesverfassungsgericht⁴²² eingeleitet worden war, von Kritik in der Staatsrechtslehre begleitet,⁴²³ und bis heute werden Versuche unternommen, die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte auch im Hinblick auf aktuelle Gefährdungslagen zu rekonstruieren.⁴²⁴

Soweit sich die Kritik auf die vom Bundesverfassungsgericht zunächst vorgenommene Beschreibung objektiver Grundrechtsgehalte als »Werte« oder auf die Postulierung einer »objektiven Wertordnung« des gesamten Grundrechtsteils bezog,⁴²⁵ ist sie nicht ohne Auswirkungen geblieben. Ein unvermittelter Rückgriff auf »Werte« wird heute kaum noch vertreten, stattdessen bezieht man sich stärker auf den Grundsatzcharakter oder auf »objektive Prinzipien«.⁴²⁶

Mit der Verbannung der Werte aus der Begründung der objektiven Seite der Grundrechte trägt man zwar dem Bedenken Rechnung, daß in einer pluralistischen Gesellschaft das Rekurrieren auf (umstrittene) Werte zur rationalen Begründung nicht ausreichen kann, löst aber nicht die aus der Offenheit und Vagheit resultierenden Probleme, die einem Verständnis der Grundrechte als »objektive Rechtsgrundsätze« notwendigerweise in besonderem Maße anhaften.⁴²⁷ Je weiter die Grundrechte als objektive Prinzipien die Rechtsord-

419 Stern, Staatsrecht III/1, S. 891.

420 V. Mangoldt, S. 273, 275 f.

421 Vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 260 ff.

422 Insbesondere eingeleitet in BVerfGE 6, 55 – steuerliche Zusammenveranlagung von Ehegatten; 7, 198 – Lüth.

423 Vgl. z.B. Forsthoff, Umbildung, S. 37 ff.; Schwabe, S. 286 ff.; Henke, S. 6.

424 Siehe z.B. Schlink, Freiheit; Lübke-Wolff.

425 Vgl. dazu insb. Forsthoff, Umbildung, S. 35 ff.; ders., Staat der Industriegesellschaft, S. 148 ff.; Goerlich, Wertordnung; Böckenförde, Grundrechtstheorie, S. 1534; aus neuerer Zeit: Böckenförde, Kritik der Wertbegründung.

426 Vgl. dazu insb. Alexy, Theorie, S. 125 ff.

427 Vgl. hierzu insb. Böckenförde, Grundsatznormen, S. 21 ff.

nung prägen und gestalten sollen, desto stärker wächst die Gefahr, den Gesetzgeber zum bloßen Verfassungsvollzug zu degradieren. Dem korrespondiert die wachsende Kontrollbefugnis einer mit umfassenden Kompetenzen ausgestatteten Verfassungsgerichtsbarkeit, was zu erheblichen funktionell-rechtlichen Problemen im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht führen kann. Schon aus diesen Gründen ist Vorsicht in der Argumentation mit der objektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte geboten. In der Diskussion um die Grundrechte als objektive Elemente der Rechtsordnung haben sich drei Bereiche herausgebildet, in denen Folgerungen aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte allgemein anerkannt werden: die Bedeutung für Organisation und Verfahren, Schutzpflichten und Ausstrahlungswirkung.⁴²⁸ Erst auf einer zweiten Stufe steht demgegenüber die Frage nach der Subjektivierbarkeit der objektiv-rechtlichen Bedeutungen, da sie die Anknüpfung an gegebene objektiv-rechtliche Gehalte voraussetzt. Alle drei der oben genannten Bereiche tragen aber zur Rechtfertigung von Quotenregelungen nichts bei.⁴²⁹

Quotenregelungen treffen materielle Anordnungen, auf Organisations- und Verfahrensgehalte lassen sie sich daher nicht stützen.

Schutzpflichten⁴³⁰ können zwar (auch) auf materielle Normen gerichtet sein, doch betreffen sie andere Problemkonstellationen. Indem sie die vorbeugende Verhinderung von Grundrechtsverletzungen verlangen, richten sie sich typischerweise auf Fälle, in denen die Gefährdung eines grundrechtlich geschützten Rechtsgutes, insbesondere des Lebens oder der Gesundheit, durch Dritte droht. Selbst wenn man den Gedanken der Schutzpflichten auf Gleichheitsrechte übertragen können sollte, geht es bei Quotenregelungen gerade nicht um die Abwehr rechtlicher Ungleichbehandlung, die Inhalt der (subjektiven) Seite des Gleichberechtigungssatzes ist.⁴³¹

Mit der Ausstrahlungswirkung schließlich ist die Einwirkung von Grundrechtsnormen auf die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts gemeint. Inhaltlich eigenständige Anforderungen für die Beurteilung der Ver-

428 Vgl. (auch zum folgenden): Böckenförde, Grundsatznormen; J.P. Müller; Alexy, Grundrechte; Stern, Staatsrecht III/1, S. 992; Jarass; Hesse, Bestand und Bedeutung (2), S. 93 ff.; Bleckmann, S. 260 ff.

429 Vgl. auch Sachs, Frauenquoten, S. 556.

430 Vgl. zu Schutzpflichten, insb. Hermes.

431 Zwar kann man argumentieren, daß Quotenregelungen noch vorhandenen diskriminierenden Entscheidungen entgegenwirken, da der Nachweis diskriminierender Absicht kaum noch zu führen sein wird. Doch kann dann die Schutzpflicht nicht darin bestehen, zugunsten von rechtlicher Gleichbehandlung (nur um diese geht es bei der subjektiven Seite) rechtliche Ungleichbehandlung einzusetzen.

fassungsmäßigkeit eines Gesetzes lassen sich aus der Ausstrahlungswirkung nicht ableiten.

Der objektiv-rechtliche Gehalt, den die Quotenbefürworter meinen, geht über die allseits anerkannten Bereiche objektiv-rechtlicher Grundrechtsgelände hinaus und bezieht sich auf eine als umfassendes Ziel vorgestellte Verpflichtung zur Schaffung tatsächlicher Gleichberechtigung. Schon die Existenz eines solchen Verfassungsauftrags anzunehmen, ist – wie bereits gezeigt – nicht unproblematisch. Ihn zur Beschränkung des subjektiv-abwehrrechtlichen Gehaltes heranzuziehen, ist selbst dann nicht überzeugend, wenn man die bisherigen Ergebnisse der verfassungsrechtlichen Diskussion um die objektiv-rechtliche Grundrechtsbedeutung zugrundelegt.

Zwar wird immer wieder vom »Doppelcharakter« der Grundrechte gesprochen,⁴³² was die Annahme der »Gleichrangigkeit« von objektiver und subjektiver Grundrechtsbedeutung nahelegen könnte. Demgegenüber machte das Bundesverfassungsgericht schon in der Lüth-Entscheidung deutlich, daß die Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind,⁴³³ und betonte im Mitbestimmungsurteil:

»Nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind sie [die Einzelgrundrechte] in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Die Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien besteht in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft, hat jedoch ihre Wurzel in dieser primären Bedeutung. Sie läßt sich deshalb nicht von dem eigentlichen Kern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen verselbständigen, in dem der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte zurücktritt.«⁴³⁴

Auch die ganz h.M. in der Literatur geht davon aus, daß der subjektiv-abwehrrechtlichen Deutung Vorrang vor dem objektiven Gehalt der Grundrechte zukomme.⁴³⁵ Dienen Grundrechte als objektiv-rechtliche Prinzipien der »prinzipiellen Verstärkung« der subjektiv-abwehrrechtlichen Deutung, läuft eine Heranziehung objektiver Gehalte zur Begrenzung individualrechtlicher Grundrechtspositionen ihrer ursprünglichen Zweckrichtung zuwider.

432 Hesse, Grundzüge, Rdn. 279 ff.; Stern, Staatsrecht III/1, S. 906; Kröger, S. 19.

433 BVerfGE 7, 198, 204.

434 BVerfGE 50, 290, 337 (Anmerkungen und Nachweise des Originals weggelassen).

435 Hesse, Bestand und Bedeutung (2), S. 106; Starck, vM/K/S, Rdn. 126 ff. zu Art. 1 Abs. 3; Böckenförde, Grundrechtstheorie, S. 1537; Merten, S. 111 m.w. Nachw.; anders aber z.B. die institutionelle Grundrechtssicht Häberles, Wesensgehaltgarantie, insb. S. 96 ff.

Freilich hat der objektiv-rechtliche Charakter auch in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schon manchmal zur Einschränkung subjektiver Abwehransprüche geführt. Besonders deutlich wurde dies in der Abtreibungs-Entscheidung, als das Bundesverfassungsgericht eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlaß einer Strafnorm annahm.⁴³⁶ Dieses Resultat erfuhr denn auch gerade unter diesem Gesichtspunkt im Sondervotum heftige Kritik:

»Unser stärkstes Bedenken richtet sich dagegen, daß erstmals in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine objektive Wertentscheidung dazu dienen soll, eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlaß von Strafnormen, also zum stärksten denkbaren Eingriff in den Freiheitsbereich des Bürgers zu postulieren. Dies verkehrt die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil. Wenn die in einer Grundrechtsnorm enthaltene objektive Wertentscheidung zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes genügen soll, um daraus die Pflicht zum Strafen herzuleiten, so könnten die Grundrechte unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden.«⁴³⁷

Doch ließ sich die objektive Wertentscheidung in der Abtreibungs-Entscheidung wenigstens noch insoweit als »Verstärkung« der ursprünglichen Bedeutung auffassen, als sie einem Grundrecht, dem Grundrecht auf Leben,⁴³⁸ effektiveren Schutz gewährte. Der Ausgleich von verschiedenen grundrechtlich geschützten Rechtspositionen war von jeher ein typischer Fall der objektiv-rechtlichen Bedeutung der Grundrechte. Durch die Zuerkennung ihres objektiv-rechtlichen Gehaltes sollten die Grundrechte dahingehend verstärkt werden, daß sie die gesamte Rechtsordnung prägen, also insbesondere auch in das Verhältnis zwischen Privaten hineinwirken sollten. Daß verfassungsrechtliche Anforderungen an den Ausgleich kollidierender Grundrechtsinteressen zwischen Privaten für einen der beiden Privaten auch zur Reduzierung seiner Freiheit führen können, ist in der Natur der objektiven Wertentscheidung angelegt und insoweit nur konsequent.

Anders verhält es sich aber bei der Rechtfertigung von Quotenregelungen. Hier geht es nicht um die Rolle des Staates, für den gerechten Ausgleich grundrechtlich geschützter subjektiver Rechtsgüter zweier Bürger zu sorgen, sondern der Konflikt beschränkt sich auf das klassische Verhältnis Bürger-

436 BVerfGE 39, 1, 41 ff.

437 BVerfGE 39, 68, 73 (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

438 Unterstellt man wie das Bundesverfassungsgericht, daß dieses Grundrecht auch schon der befruchteten Eizelle zukommt.

Staat. Geht man davon aus, daß Art. 3 Abs. 2 und 3 GG die Abwehr nach dem Geschlecht differenzierender Rechtsnormen ermöglichen, streitet keine subjektiv-abwehrrechtliche Grundrechtsposition für den Erlaß von Quotenregelungen. Betroffen – und zwar negativ – ist allein das subjektive Grundrecht auf Abwehr differenzierender Regelungen.⁴³⁹ Es gibt also keine Grundrechtskollision, die mit Hilfe der objektiven Grundrechtsgehalte auszugleichen wäre, sondern unmittelbar stehen »nur« subjektive und objektive Seite des Grundrechts in Konflikt. Pfarr/Fuchsloch wollen hier praktische Konkordanz zwischen der subjektiven und der objektiven Seite herstellen und fahren fort:

»Dabei ist der Verwirklichungsgrad unterschiedlicher Verfassungsaufträge zu berücksichtigen: während die unmittelbare rechtliche Ungleichbehandlung der Frauen im bundesdeutschen Recht weitgehend beseitigt wurde, ist die objektivrechtliche Seite des Gleichberechtigungsgrundsatzes, das Ziel tatsächlicher Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen weitgehend unerfüllt geblieben.«⁴⁴⁰

Schon in der Diktion – der subjektiv-rechtliche Abwehranspruch wird zum weitgehend verwirklichten Verfassungsauftrag – tritt die Aufgabe der Geltungskraft der subjektiven Grundrechtsposition zutage. Indem auch der Abwehranspruch zur Disposition gestellt wird, werden die Grundrechtsnormen zum reinen Prinzipienmodell.⁴⁴¹ Wenn auf solche Weise ein Vorrang der objektiven Seite angenommen wird, bestätigen sich die schlimmsten Befürchtungen derer, die vor der ausufernden Berufung auf objektive Deutungen warnten und schwerwiegende Effektivitäts- und Geltungsverluste der klassischen Grundrechtsfunktion voraussahen. So angewandt, wird die objektivrechtliche Grundrechtsbedeutung wahrlich zum »universell einsetzbaren und aus fast jeder Notlage helfenden Joker im Wissenschaftsspiel.«⁴⁴²

439 Dabei kann offenbleiben, ob man in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG allein ein Recht zur Abwehr belastender Normen sieht, d.h. von Quotenregelungen wären nur Männer betroffen, oder auch die Abwehr begünstigender nach dem verpönten Merkmal differenzierender Regelungen ermöglicht (dann könnten auch Frauen gegen Quotenregelungen vorgehen).

440 Pfarr/Fuchsloch, S. 2203 f.

441 Vgl. zum Begriff des Prinzipienmodells Alexy, Theorie, S. 104 ff.

442 Schwabe, S. 286 (dort im Genitiv).

4. Fazit

Die Diskussion der achtziger Jahre wendet sich ab von dem bis Ende der siebziger Jahre vorherrschenden Trend des Verständnisses des Art. 3 Abs. 2 GG als immer strikterem Differenzierungsverbot. In Anbetracht der gesellschaftlichen Wirklichkeit, die weiterhin durch eine Schlechterstellung der Frau gekennzeichnet ist, verliert eine Auslegung des Gleichberechtigungsgrundsatzes, die seine Funktion als im wesentlichen erfüllt ansieht und allenfalls noch Männern zugute kommt, an Überzeugungskraft.

Der dogmatische Weg, mit dem erreicht werden soll, daß Art. 3 Abs. 2 GG auch heute noch für die Situation von Frauen von Bedeutung ist, kann jedoch nicht überzeugen. Da Art. 3 Abs. 2 und 3 GG weiterhin für gleichbedeutend gehalten werden, bleibt die rechtswissenschaftliche Diskussion einem Verständnis als Differenzierungsverbot verhaftet. Sieht man aber das Differenzierungsverbot als Inhalt der subjektiv-abwehrrechtlichen Seite des Gleichberechtigungssatzes, kann man nur auf die objektiv-rechtliche Funktion rekurrieren, um die Ergebnisse des Differenzierungsverbots, die man für nicht länger akzeptabel hält, zu vermeiden. Die schwerwiegenden grundrechtsdogmatischen Probleme, die aus solchem Vorgehen resultieren, werden zwar zumeist ignoriert, damit aber nicht behoben.

3. Kapitel:

Die Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika

In der deutschen Diskussion um die Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen, insbesondere von Quoten, wird immer wieder auf die Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika Bezug genommen; die Begriffe »affirmative action« und »reverse discrimination« haben Eingang in die einschlägige deutsche Diskussion gefunden. Je nach der Position im Quotenstreit werden die USA als lobendes Beispiel gepriesen, dem nachzueifern es gelte, oder aber pauschal die Vergleichbarkeit der verfassungsrechtlichen und soziologischen Bedingungen und damit die Übertragbarkeit auf die Bundesrepublik verneint.¹ Zumeist bleibt es jedoch beim Hinweis auf die USA in wenigen Sätzen; eine intensivere Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Situation der Vereinigten Staaten wird kaum vorgenommen. Im folgenden soll daher die amerikanische Diskussion etwas genauer auf ihren Inhalt untersucht und der Frage nachgegangen werden, inwieweit ihre Ergebnisse für die Bundesrepublik verwertet werden können.

Nach einem kurzen Überblick über die verfassungsrechtliche Ausgangslage (A), sollen die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten zu neuen Problemen der Diskriminierung (B) und die Diskussion in der Literatur (C) dargestellt werden. Diese ersten drei Teile werden sich vor allem auf Fragen der Rassendiskriminierung konzentrieren. Die rechtlichen Instrumente der Bekämpfung der fortdauernden Schlechterstellung einer Gruppe wurden primär und zuerst zugunsten der Schwarzen entwickelt, und die rechtlichen Streitfragen entzündeten sich dementsprechend an diesen Fragen. In einem weiteren Teil ist daher nach dem Verhältnis von Rassen- und Geschlechterdiskriminierung zu fragen (D), so daß schließlich ein Fazit (E) gezogen werden kann.

1 Vgl. Friauf, in: Sachverständigenanhörung, S. 105; Hanau, Umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung, S. 219 f.; Gitter, Gleichberechtigung, S. 1570; Benda, Notwendigkeit, S. 82 ff.; ausführlicher befaßt sich Suerbaum mit der affirmative action-Rechtsprechung des Supreme Court.