Schriften zur Gleichstellung 1

Ute Sacksofsky

Das Grundrecht auf Gleichberechtigung

Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes

2. erweiterte Auflage

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schriften zur Gleichstellung der Frau

herausgegeben von

Prof. Dr. Jutta Limbach
Prof. Dr. Heide Pfarr
Marion Eckertz-Höfer

Band 1

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ute Sacksofsky

Das Grundrecht auf Gleichberechtigung

Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes

2. erweiterte Auflage

Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Sacksofsky, Ute:
Das Grundrecht auf Gleichberechtigung : Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes / Ute Sacksofsky. – 2., erw. Aufl. – Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1996
(Schriften zur Gleichstellung der Frau ; Bd. 1)
ISBN 3-7890-4318-4
NE: GT

2. erweiterte Auflage 1996
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Meiner Großmutter
Charlotte Müller geb. Meißner
* 7.9.1899 † 24.5.1989
zum Gedächtnis

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vorwort zur zweiten Auflage

Die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Frau in der Realität be-»herrscht« zwar nicht die politische Arena, aber es ist Frauenpolitikerinnen gelungen, das Thema auf der Tagesordnung der Politik zu halten. Dadurch hat sich rechtlich manches verändert. Das Grundgesetz wie zahlreiche Landesverfassungen enthalten nunmehr Normen, die sich mit der Durchsetzung der Gleichberechtigung befassen. Doch sind die Grundfragen der rechtlichen Um- und Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern dieselben geblieben. Dies rechtfertigt es, die vorliegende Arbeit, deren erste Auflage innerhalb von wenigen Jahren vergriffen war, in ihrem Grundstock unverändert zu lassen und die aktuellen Entwicklungen in einem Nachtrag zu reflektieren. Weiterhin, vielleicht sogar noch stärker als früher, konzentriert sich die juristische Diskussion auf die rechtliche Zulässigkeit von Quotenregelungen. Auf diese Frage wird daher im Nachtrag speziell (und konkreter als bisher) eingegangen.
Für die kritische Durchsicht des Nachtrags danke ich herzlich Marion Eckertz-Höfer und Joachim Wieland.

Frankfurt, im April 1996 *Ute Sacksofsky*

Vorwort zur ersten Auflage

Die Gleichstellung der Frau ist eines der zentralen politischen Probleme unserer heutigen Gesellschaft. In der dementsprechend heftig geführten Diskussion um Frauenförderung und insbesondere um Quotenregelungen wird immer wieder die verfassungsrechtliche Garantie der Gleichberechtigung von Männern und Frauen in Art. 3 Abs. 2 GG herangezogen. Die Grundlagen der juristischen Dimension dieser Diskussion zu klären, d. h. den Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG zu bestimmen, ist das Anliegen dieser Arbeit.
Sie wurde im Winter 1989 abgeschlossen und im Sommersemester 1990 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde für die Veröffentlichung noch einmal leicht überarbeitet, so daß auch Rechtsprechung und Literatur bis zum August 1990 – größtenteils freilich nur in Anmerkungen – Berücksichtigung finden konnten.
Ganz herzlich danke ich meinem Doktorvater Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Dr. Dr. h.c. Ernst-Wolfgang Böckenförde für

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Freiheit, die er mir bei Wahl und Bearbeitung des Themas gelassen hat. Seine Bereitschaft, auch mit Studierenden engagiert zu diskutieren, sein Mut, auch politisch brisante Themen wissenschaftlich zu bearbeiten, und die stets offene Haltung gegenüber anderen Ansichten hatten entscheidenden Einfluß auf meine wissenschaftliche und persönliche Entwicklung. Diese Eigenschaften haben nicht nur die Teilnahme an seinen verfassungsrechtlichen Seminaren und später die Arbeit an seinem Lehrstuhl geprägt, sondern sind mir auch direkt bezogen auf die Arbeit sehr zugute gekommen. Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts i.R. Professor Dr. Dres. h.c. Konrad Hesse möchte ich herzlich dafür danken, daß er das Zweitgutachten übernommen hat. Seit Beginn meines Studiums habe ich in seinen verfassungsrechtlichen Seminaren an vielen interessanten, anregenden und lehrreichen Diskussionen teilgenommen, die in manchem ihren Niederschlag in dieser Arbeit gefunden haben. Diese beiden Professoren haben mir den Weg zum Verfassungsrecht eröffnet.

Dankbar bin ich den Direktoren sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. In der durch die ausländischen Gäste geprägten internationalen Atmosphäre des Instituts habe ich zahlreiche Anregungen erhalten. Mein besonderer Dank gilt dabei Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Jochen Abr. Frowein für die Offenheit und vielfältige Unterstützung, die er mir während der Entstehung dieser Untersuchung gewährt hat.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes habe ich für die Förderung zu danken und dem McCloy Academic Scholarship Program dafür, daß mir ein zweijähriges Studium an der Harvard University ermöglicht wurde. Mein Aufenthalt in den Vereinigten Staaten stellte wichtige Weichen.

Sehr herzlich danke ich schließlich auch meinen Freundinnen und Freunden, die zur Entstehung dieser Arbeit durch aufmunternde Worte und technische Hilfe beigetragen haben. Erwähnen möchte ich die, die das Manuskript ganz oder teilweise gelesen und deren kritischen Anmerkungen mich an vielen Stellen weitergeführt haben: Martin Brandt, Matthias Hartwig, Georg Nolte, Bernhard Schlink, Sabine Thomsen und Joachim Wieland; ich danke auch Heinrich Bedford-Strohm.

Und last but not least möchte ich meinem Mann Jonathan Samuel Berck danken, der den amerikanischen Teil kritisch durchgesehen und mich bei den Korrekturen tatkräftig unterstützt hat. Seine Geduld und sein Optimismus haben mich während der Doktorarbeit stets begleitet.

Heidelberg, im Dezember 1990 *Ute Sacksofsky*

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 15

Einleitung 19

1. Kapitel:
Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen 23

A. Das dogmatische Grundprinzip: Artikel 3 Absatz 2 und 3 GG als Differenzierungsverbote 23

B. Die Anwendung: Prüfungsstufen und Prüfungskriterien 27
I. Die Begrenzung: Biologische und funktionale Unterschiede 28
1. Appell an die Evidenz 29
2. Rückgriff auf die Vergleichbarkeit 29
3. Qualifizierung der Formel 31
4. Geschlechtsbedingtheit der Unterschiede 33
5. Ein eigenständiges Merkmal der Kausalität 34
6. Typisierung und Unterschiede 37
7. Fazit 49
II. Die Ergänzung: Benachteiligung und Bevorzugung 52
1. Der Auftakt 53
2. Benachteiligende Auswirkungen 55
3. Aufwiegen der Benachteiligung 58
4. Gewichtung der Benachteiligung 62
5. Fazit 63
III. Die Abkehr: Hinweise auf ein materielles Gleichberechtigungsverständnis 64
1. Differenzierungsgebot 64
2. Gleichwertigkeit und die Bewertung der Hausfrauenarbeit 66
3. Generell umschriebene Aufgaben 73
4. Kompensation 74
5. Fazit 79
IV. Gleichberechtigungsverständnis und Wirkungsrichtung 79

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Die fünfziger und sechziger Jahre: die Betonung der natürlichen Verschiedenheit 80
2. Die siebziger und frühen achtziger Jahre: die Betonung der Gleichheit der Geschlechter 85
3. Die achtziger Jahre: die Berücksichtigung der sozialen Unterschiede 91
4. Zusammenfassung 95

C. Würdigung 95

2. Kapitel:
Der Gleichberechtigungssatz in der Literatur 101

A. Die erste Phase: die Betonung der natürlichen Unterschiede 102
I. Der Streit um den Begriff der Gleichberechtigung 103
II. Einschränkung des Artikel 3 Absatz 2 GG durch andere Verfassungsnormen 108
III. Einzelne Problembereiche der Auslegung 113
1. Schutzvorschriften zugunsten von Frauen 115
2. Grundsätzliche Gleichheit im Arbeitsleben 117
3. Natürliche Verschiedenheit in Ehe und Familie 119
IV. Zusammenfassung 126

B. Die zweite Phase: die Betonung der Gleichheit 127
I. Die Verringerung der Reichweite der Unterschiede 128
1. Biologische Unterschiede 128
2. Funktionale Unterschiede 133
II. Die dogmatische Verarbeitung der Betonung der Gleichheit 134
1. Umgekehrtes Willkürverbot 137
2. Kausalität 139
3. Finalität oder die Frage nach dem eigentlichen Grund 142
4. Begründungsverbot 146
5. Logische Vergleichbarkeit 148
6. Würdigung 154

C. Die dritte Phase: die Betonung der sozialen Unterschiede 157
I. Verfassungsauftrag 160
1. Ableitung 161
2. Inhalt 164

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Konsequenzen 165
II. Frauenfördermaßnahmen und die Quotendiskussion 167
1. Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG 167
a) Frauenfördermaßnahmen als zulässige Ausnahme 169
b) Objektive Dimension und Sozialstaatsprinzip 171
(1) Die Position Bendas 172
(2) Die Position Pfarrs 175
(3) Andere Positionen 178
2. Bemerkungen zur Diskussion um die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit anderen Grundrechten 179
III. Würdigung 187
1. Mittelbare Benachteiligung 191
2. Verfassungsauftrag 192
3. Frauenfördermaßnahmen 197
4. Fazit 205

3. Kapitel:
Die Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika 207

A. Verfassungsrechtliche Ausgangslage 208
I. Dogmatik der Gleichheitsrechte in der amerikanischen Verfassung 208
II. Der Hintergrund: Rassendiskriminierung und Verfassungsrecht - ein kurzer geschichtlicher Überblick 214
III. Gesetzliche Diskriminierungsverbote 222
IV. Zusammenfassung 223

B. Die Rechtsprechung des Supreme Court zu neuen Problemen der Rassendiskriminierung 224
I. Disparate Impact 225
1. Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes 225
2. Equal Protection-Klausel 231
II. Affirmative Action 233
1. Die Bakke-Entscheidung 238
2. Die Weber-Entscheidung 246
3. Die Fullilove-Entscheidung 248
4. Die Stotts-Entscheidung 250

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5. Die Entwicklung seit 1986 252
6. Fazit 261

C. Die Diskussion um affirmative action in der Literatur 264
I. Die materielle Ebene 264
1. Kompensation 266
2. Gemeinwohlinteressen 268
a) Auswirkungen auf das Verhältnis von Schwarzen und Weißen 269
b) Auswirkungen auf die »black community« 270
c) Auswirkungen auf Leistung und meritokratisches Prinzip 271
3. Fazit 272
II. Die strukturelle Ebene 274
1. Prozeß-orientierte Ansätze 277
2. Schutz bestimmter Gruppen 285

D. Rassendiskriminierung und Geschlechterdiskriminierung 288

E. Fazit 302

4. Kapitel:
Der Gehalt des Artikel 3 Absatz 2 GG 305

A. Funktionen besonderer Gleichheitssätze 306
I. Differenzierungsverbot - die merkmalsbezogene Sicht 310
II. Dominierungsverbot - die gruppenbezogene Sicht 312
III. Fazit 315

B. Die Auslegung des Artikel 3 Absatz 2 GG 316
I. Methodische Vorbemerkung 317
II. Wortlaut 318
1. »Männer und Frauen« 319
2. »Gleichberechtigt« 319
3. »Sind« 321
4. Ergebnis 322
III. Entstehungsgeschichte 323
1. Entwurf von Herrenchiemsee 324
2. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 5.10.1948 324

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. »Kritische Würdigung« und Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 16.11.1948 325
4. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 30.11.1948 325
5. Sitzung des Hauptausschusses vom 3.12.1948 326
6. Im Dezember 1948 327
7. Sitzung des Hauptausschusses vom 18.1.1949 329
8. Fazit 331
IV. Systematik 333
V. Teleologie 335
VI. Kritik anderer Interpretationsvorschläge 338
1. Differenzierungs- und Diskriminierungsverbot 339
a) Vorzüge eines strikten Differenzierungsverbots 339
b) Differenzierungsverbot und klassische Auslegungskriterien 339
c) Auswirkungen für den Schutzzweck der Norm 340
d) »Diskriminierungsverbot« 341
2. Andere Ansätze 342
a) Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot und Verfassungsauftrag 343
b) Art. 3 Abs. 2 GG als kollektives Förderungsgebot 345
VII. Fazit 348

C. Dogmatische Konturen des Dominierungsverbots 349
I. Bemerkungen zur Struktur des Gleichberechtigungssatzes 349
II. Ungleichbehandlung 359
1. »Frauen« 360
2. »Als Gruppe« 361
3. »Nachteilig betreffen« 362
III. Rechtfertigung 366
1. Zulässiger Zweck 367
2. Geeignetheit 369
3. Notwendigkeit 369
4. Verhältnismäßigkeit i.e.S. 371
IV. Verhältnis zu Artikel 3 Absatz 3 GG 372
1. »Klassische« Ungleichbehandlung 373
2. Mittelbare Benachteiligung 374
3. Frauenfördermaßnahmen 374

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Nachtrag: Die Entwicklung seit 1991 381

A. Die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court seit 1991 384

B. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit 1991 386

C. Die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG nach der Verfassungsänderung 392
I. Die Entstehung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG 392
1. Verfassungskommission des Bundesrates 393
2. Gemeinsame Verfassungskommission 395
II. Die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG 399
III. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG nach der Verfassungsänderung 403

D. Konsequenzen für Quotenregelungen 405
I. Europarechtliche Vorgaben 407
II. Quotenregelungen und Art. 3 GG 411

Literaturverzeichnis für die ersten vier Kapitel 419

Literaturverzeichnis für den Nachtrag 442

Sachverzeichnis 451

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association
Abs.	Absatz
Abg.	Abgeordnete/Abgeordneter
abw.	abweichend
AK-GG	siehe Literaturverzeichnis »Kommentar . . .«
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbG	Arbeitsgericht
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bay	Bayern
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BeamtVG	Beamtenversorgungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVersG	Bundesversorgungsgesetz
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
C.F.R.	Code of Federal Regulations
cert.	certiorari
Cir.	Circuit
conc.	concurring
Cong.	United States Congress
D.C.	District of Columbia
DB	Der Betrieb
DBG	Deutsches Beamtengesetz
ders.	derselbe
Dez.	Dezember
dies.	dieselbe/dieselben

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diss. jur.	juristische Dissertation
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drucks.	Drucksache
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DuR	Demokratie und Recht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebda.	ebenda
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ERA	Equal Rights Amendment
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EV	Einigungsvertrag
F.2d	Federal Reporter, Second Series
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FFG	Frauenfördergesetz
Fn.	Fußnote
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GStG	Gleichstellungsgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVK	Gemeinsame Verfassungskommission
h. M.	herrschende Meinung
H. R. J. Res.	House of Representatives Joint Resolution
Halbs.	Halbsatz
HGlG	Hessisches Gleichberechtigungsgesetz
Hrsg.	Herausgeberin/Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. e. S.	im engeren Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IPOS	Institut für praxisorientierte Sozialforschung
J.	Journal (in Titeln amerikanischer Zeitschriften)
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jg.	Jahrgang
JöR. N. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (neue Folge)
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
L.	Law (in Titeln amerikanischer Zeitschriften)
LAG	Landesarbeitsgericht
LGG	Landesgleichstellungsgesetz
m. E.	meines Erachtens
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
M/D/H/S	siehe Literaturverzeichnis »Maunz . . .«

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

MBE	Minority Business Enterprise
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Min.	Ministerin/Minister
n. F.	neue Fassung
Nds.	Niedersachsen
Nds. Rpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersR	Der Personalrat
PrOVG	Preußisches OVG
Pub. L. No.	Public Law Number
RdA	Recht der Arbeit
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
Rdn.	Randnummer
Rev.	Review (in Titeln amerikanischer Zeitschriften)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RiA	Recht im Amt
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
Rs.	Rechtssache
RuP	Recht und Politik
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite/Satz
S. Ct.	Supreme Court Reporter
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Sen.	Senatorin/Senator
Sess.	Session
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stat.	United States Statutes at Large
Sten.	Stenographisch
StGB	Strafgesetzbuch
StS	Staatssekretär
U.	University (in Titeln amerikanischer Zeitschriften)
u. a.	und andere
U. S.	United States Reports
U. S. C.	United States Code
u. U.	unter Umständen
übers.	übersetzt
v.	versus
Verf.	Verfasserin/Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vM-GG	siehe Literaturverzeichnis »Münch . . .«
vM/K/S	siehe Literaturverzeichnis »Mangoldt . . .«
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Wall.	Wallace
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WSI-Mitt.	WSI-Mitteilungen
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZuSEG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Einleitung

In den vierzig Jahren seit Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde dem Art. 3 Abs. 2 GG in sehr unterschiedlichem Maße Aufmerksamkeit gezollt. War die Auslegung des Gleichberechtigungssatzes in den fünfziger Jahren noch Gegenstand heftiger und häufiger Auseinandersetzung in der juristischen Literatur, kam die Diskussion um den verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungssatz im Laufe der sechziger Jahre zur Ruhe. Es hatte sich ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot durchgesetzt: Verboten von Art. 3 Abs. 2 GG war die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen in der Rechtsordnung. Die dogmatischen Fragen schienen damit im wesentlichen geklärt; allenfalls stritt man noch darum, ob und inwieweit Ausnahmen von dem grundsätzlich geltenden Differenzierungsverbot zulässig waren.

Erst in jüngster Zeit wandelt sich das Bild. Die Gleichberechtigung von Männern und Frauen ist zu einem zentralen politischen und rechtspolitischen Thema geworden. Das Augenmerk richtet sich aber nicht länger auf Regelungen, die ausdrücklich zwischen Männern und Frauen differenzieren; deren enthält die Rechtsordnung inzwischen nur noch wenige, und den wenigen fehlt zumeist die politische Brisanz. Stattdessen werden neue Problemkonstellationen an den verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungssatz herangetragen, die fraglich erscheinen lassen, ob ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot angemessene Lösungen ermöglicht. Einige aktuelle Beispiele aus vier Gruppen von Normen sollen diese neuen Fragestellungen verdeutlichen.

1. Verbietet Art. 3 Abs. 2 GG die Förderung von Frauen in Bereichen, in denen sie früher diskriminiert wurden? Bekanntestes Beispiel für diese Kategorie von Normen sind die Quotenregelungen, die in den letzten Jahren zu einer wahren Veröffentlichungsflut geführt haben.[1] Einige Träger öffentlicher

1 Vgl. nur aus den letzten drei Jahren z.B.: Maidowski; Sachs, Frauenquoten im öffentlichen Dienst; ders., Frauenquoten; Eckertz-Höfer, S. 467 ff.; Pfarr/Fuchsloch; Pfarr, Quoten; Slupik, Parität, S. 119 ff.; dies., Gleichberechtigungsgrundsatz, S. 321 ff.; Zimmermann-Schwartz, Frauenförderung; dies., Quotierung; Ebsen, Quotierung; ders., Verbindliche Quotenregelungen; Kempen; K. Lange, Quote; ders., Frauenquoten; Oebbecke; Hofmann,

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gewalt haben Quotenregelungen bereits eingeführt, so daß auch schon erste gerichtliche Entscheidungen zu diesem Thema ergangen sind.[2]

2. Wie steht es mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Normen, die auf das Merkmal »Geschlecht« zwar nicht ausdrücklich Bezug nehmen, wohl aber die Benachteiligung eines Geschlechts bezwecken? Zu denken wäre hier beispielsweise an die Herabsetzung der Einstellungsnote für den Richterdienst verbunden mit dem stärkeren »Abstellen auf Persönlichkeitswerte«, um der Befürchtung, daß »in Bälde überwiegend Frauen in der Justiz tätig« seien, wirksam zu begegnen. Laut Presseberichten wurde dies auf der Jahrestagung der Präsidenten der Oberlandesgerichte im Jahre 1986 diskutiert.[3]

3. Gibt Art. 3 Abs. 2 GG einen Maßstab ab für Normen, bei denen andere, das Verhältnis von Männern und Frauen nicht betreffende Zwecke im Vordergrund stehen, die sich aber - ohne das Merkmal Geschlecht als Differenzierungskriterium zu verwenden - ganz überwiegend zum Nachteil von Frauen auswirken? In diese Kategorie von Normen, häufig als Problem der mittelbaren Benachteiligung bezeichnet, fällt eine Vielzahl von Fallkonstellationen:
Bei der erstmals örtlich erfolgten Zulassung zum Studium der Rechtswissenschaft im Wintersemester 1988/89 ergab sich beispielsweise, daß an der Universität Heidelberg im Hauptverfahren von 320 Erstsemestern lediglich 5 weiblichen Geschlechts zugelassen wurden. Hervorgerufen worden war dieses Ergebnis durch die Bevorzugung von Personen, die Wehr- bzw. Ersatzdienst oder ein soziales Jahr geleistet hatten. Erst durch das Nachrückverfahren steigerte sich der Juristinnen-Anteil dann auf knapp 30 %.[4]

Gleichberechtigungsgebot (2), S. 257 f.; I. Weber; Zuck; Ketscher; Blechschmidt; Laubach; Kaltwasser, Frauenförderpläne; Wollenschläger, S. 420 f.; Frohn; Krimphove; Meixner; Goerlich, Leistungsprinzip; Stober; Suerbaum; Kowal; Püttjer; Dittrich; Raasch, Perspektiven, S. 73 ff.; Coen; Sokol, Frauenquoten; Battis, Entwicklung, S. 1214 f.; ders., Einfluß, S. 32 f.

2 Siehe z.B. das nordrhein-westfälische Frauenförderungsgesetz, GVBl. NRW 1989, S. 567; aus der Rechtssprechung: VG Bremen, NJW 1988, S. 3224; Beschluß des OVG Münster vom 15. 6. 1989, 6 B 1318/89, NJW 1989, S. 2560; vgl. auch zur bevorzugten Einstellung von Frauen durch eine Fraktion des Bundestages: ArbG Bonn, NJW 1988, S. 510 mit Anmerkung Kaltwasser.

3 Der Spiegel Nr. 7/1986, S. 50; Bericht von Eva Marie von Münch, in »Die Zeit« Nr. 8/1986; vgl. auch den Leserbrief des Präsidenten des OLG Braunschweig, Rudolf Wassermann, in: Der Spiegel Nr. 11/1986, S. 10, in dem die Richtigkeit der aus den Sitzungsprotokollen zitierten Stellen nicht bestritten wird.

4 Vgl. Frankfurter Rundschau vom 13.10.1988; Rhein-Neckar-Zeitung vom 5.10.1988.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

§ 14 Abs. 1 BeamtVG sieht für in Teilzeitarbeit Beschäftigte oder langfristig ohne Dienstbezüge Beurlaubte - neben der ohnehin nur anteiligen Berücksichtigung bei der Berechnung der ruhegehaltsfähigen Dienstzeit gemäß § 6 BeamtVG - einen »Versorgungsabschlag« vor. Für Halbtagsbeschäftigte beispielsweise kann dies zu einem gravierend niedrigeren Ruhegehaltssatz führen, als wenn sie die Hälfte der Dienstjahre voll berufstätig gewesen wären.[5] Teilzeitbeschäftigt sind ganz überwiegend Frauen.

Ähnliche Probleme wirft die Regelung im Lohnfortzahlungsgesetz auf, die die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall für diejenigen Arbeitnehmer ausschließt, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden nicht übersteigt.[6]

Angesichts der anhaltenden Arbeitslosigkeit wurde in den letzten Jahren immer wieder die Einführung eines Doppel-Verdiener-Gesetzes diskutiert, wonach dem Ehegatten eines bereits im öffentlichen Dienst Beschäftigten nur eine halbe (oder gar keine) Stelle angeboten werden sollte. Die »politisch-moralische Begründung liegt« - nach Ansicht Roellecke - »auf der Hand«: »Bewerber, deren Ehegatten im öffentlichen Dienst tätig sind, haben durch den Ehegatten bereits eine Existenzgrundlage und benötigen deshalb aus finanziellen Gründen keine volle Stelle«.[7] Wäre ein solches Gesetz gleichberechtigungskonform oder handelt es sich lediglich um eine unzulässige Wiederauflage der alten »Zölibatsklausel«, die Beamtinnen bei der Heirat zum Ausscheiden aus dem öffentlichen Dienst zwang, wenn ihre wirtschaftliche Versorgung gesichert schien?

Im April 1989 informierte das Außenministerium der Vereinigten Staaten von Amerika seine weiblichen Beschäftigten, daß sie in der Vergangenheit möglicherweise bei Stellenzuweisung und Beförderung diskriminiert worden seien, und wies sie auf Wiedergutmachungsmöglichkeiten hin.[8] Hintergrund dessen war eine Gerichtsentscheidung, derzufolge der Einstellungstest für den Auswärtigen Dienst Frauen diskriminiert hatte; die Prozentzahl der Männer, die in einem bestimmten Teilabschnitt des Tests erfolgreich waren, war doppelt so hoch wie die der Frauen. Wäre eine deutsche Entscheidung denkbar, die in der Ausgestaltung eines Testverfahrens einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG sieht?

5 Vgl. dazu mit weiteren Beispielen und Nachweisen: Berens; U. Ziegler; Knüppel; Sokol, Feministische Rechtspolitik, S. 4; Finger.
6 Vgl. Urteil des EuGH vom 13.7.1989, Rs. 171/88.
7 Roellecke, Bewerberüberhang, S. 9.
8 International Herald Tribune vom 21.4.1989.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. Erfaßt Art. 3 Abs. 2 GG auch »frauenspezifische Normen«? Wiederum sind Beispiele aus den Vereinigten Staaten instruktiv. Darf eine staatliche Krankenversicherung, die ansonsten alle medizinischen Kosten ihrer Versicherten abdeckt, die durch Schwangerschaft verursachten Kosten ausschließen?[9]
In den USA zeichnet sich die Tendenz ab, schwangeren Frauen in immer größerem Maße Rechtspflichten in ihrem Verhalten während der Schwangerschaft aufzuerlegen. Schwangere wurden in mehreren Fällen wegen Schädigung des Fötus strafrechtlich verfolgt, wenn sie Ärzte bei Komplikationen zu spät benachrichtigt, Drogen genommen oder entgegen ärztlichem Rat Geschlechtsverkehr ausgeübt hatten.[10] Würde Art. 3 Abs. 2 GG der Einführung eines vergleichbaren Straftatbestandes entgegenstehen oder wäre insoweit allein Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig?

Angesichts dieser neuartigen, das Verhältnis von Männern und Frauen heute zentral berührenden Problembereiche, scheint es zweifelhaft, ob der prima facie so einfach und einleuchtend klingende Satz - Art. 3 Abs. 2 GG verbiete Differenzierungen nach dem Geschlecht - die Problemlage noch angemessen erfassen, die Entscheidungsfindung strukturieren und in der Begründung überzeugen kann. Dennoch wird ein solches Verständnis des Gleichberechtigungssatzes von Rechtsprechung und Literatur wie selbstverständlich vorausgesetzt und zur Grundlage aller weiteren Erörterungen gemacht. Es ist daher an der Zeit, diese dogmatische Weichenstellung daraufhin zu befragen, ob sie auch dem Gehalt des verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungssatzes gerecht wird.
Dieser Frage wird die Arbeit nachgehen. Im ersten Kapitel wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen analysiert, im zweiten die Diskussion um die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG in der Literatur kritisch nachgezeichnet werden. Das dritte Kapitel wird die parallele amerikanische Diskussion zu neuen Problemen der Diskriminierung skizzieren. Schließlich werden im vierten Kapitel eigene dogmatische Vorstellungen zur Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG entwickelt.

9 *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974).
10 Vgl. mit weiteren Beispielen und Nachweisen: McNulty; Moss; Thompson; Jost.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Kapitel:

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen

Der Blickwinkel, unter dem die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu Fragen der Gleichberechtigung von Männern und Frauen durchgesehen wird, ist ein dogmatischer.[11] Im Vordergrund des Interesses stehen daher nicht die Ergebnisse einzelner Entscheidungen oder ihre Chronologie, sondern die das Ergebnis rechtfertigenden Argumentationsstränge.
Zunächst sollen die grundsätzlichen dogmatischen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts über Inhalt, Funktion und Ziel des Gleichberechtigungsgrundsatzes entwickelt und präzisiert werden (A). Sodann werden die konkreten, das Ergebnis tragenden Begründungen daraufhin befragt, inwieweit sie die abstrakten Aussagen über den Gehalt des Gleichberechtigungsgebots konkretisieren, ergänzen und modifizieren - oder ihnen widersprechen (B). Die Trennung der beiden Teile A und B spiegelt allerdings nicht eine Unterscheidung im Sinne der klassischen juristischen Methode zwischen Bildung des Obersatzes und Subsumtion wieder. Indem der zweite Teil die tatsächlich angewandten Prüfungskriterien oder Prüfungsstufen analysiert, beschäftigt auch er sich mit abstrakten oder jedenfalls abstrahierbaren dogmatischen Prinzipien, die einen »Obersatz« mitkonstituieren würden. Geht es in Teil A um die grundsätzlichen Aussagen über das Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG - die Regel -, setzt sich Teil B mit den Ausnahmen von und den Konkretisierungen der Regel auseinander.

A. Das dogmatische Grundprinzip: Artikel 3 Absatz 2 und 3 GG als Differenzierungsverbote

Die abstrakten dogmatischen Aussagen über den Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG haben sich in den vierzig Jahren Rechtsprechung des Bundesverfas-

11 Vgl. zur Analyse der Gleichberechtigungs-Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt, wie Entscheidungen die Frau in verschiedenen Lebensbereichen betreffen, Reich-Hilweg, S. 39 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sungsgerichts kaum verändert. Die Sätze, die die Prüfung des Gleichberechtigungssatzes in fast allen Entscheidungen einleiten, unterscheiden sich zwar in ihrer Ausführlichkeit, im Inhalt jedoch allenfalls in Nuancen.
Grundlage der Auslegung des Gleichberechtigungssatzes ist die Annahme, daß Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG, soweit dort das Verbot einer Benachteiligung oder Bevorzugung wegen des Geschlechts normiert ist, gleichbedeutend sind. Das Bundesverfassungsgericht nimmt dies schon in der ersten Entscheidung zur Gleichberechtigung wie selbstverständlich an,[12] weist manchmal darauf hin, daß Absatz 3 dieselbe Regel, die in Absatz 2 positiv statuiert sei, in negativer Wendung wiederhole,[13] und erklärt auch ausdrücklich die Übereinstimmung der beiden Absätze.[14] So spricht das Bundesverfassungsgericht im Laufe der Jahre manchmal von dem »Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 GG«[15] oder vom »Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG«,[16] prüft bisweilen primär die Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG,[17] dann wieder den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG allein[18] oder gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG gemeinsam.[19] Da sich das Gericht nie die Frage stellt, ob Abs. 2 und Abs. 3 unterschiedlichen Gehalt haben könnten, zeugen die verschiedenen Formulierungen wohl eher von Zufall oder sprachlicher Vorliebe – auf Präzision kommt es insoweit bei Übereinstimmung beider Absätze ja auch nicht an –, als daß dem auf der Ebene der Bestimmung der allgemeinen dogmatischen Prinzipien Bedeutung beigemessen werden könnte; in keiner Entscheidung findet sich auch nur eine Andeutung dahingehend, daß zwischen den Absätzen 2 und 3 ein Unterschied bestehen könnte.[20] Dem Anspruch nach entwickelt das Bundesverfassungsgericht somit eine einheitliche Dogmatik für Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.[21]

12 BVerfGE 3, 225, 240.
13 BVerfGE 6, 389, 420.
14 BVerfGE 43, 213, 225.
15 Zum Beispiel BVerfGE 3, 225, 241; 5, 9, 12.
16 Zum Beispiel BVerfGE 10, 59, 72; 15, 337, 343.
17 Zum Beispiel BVerfGE 6, 389, 422 ff.
18 Zum Beispiel BVerfGE 31, 1, 4.
19 Zum Beispiel BVerfGE 21, 329, 343; eine tabellarische Auflistung, wann und wie häufig das Bundesverfassungsgericht Abs. 2 bzw. Abs. 3 bzw. beide zusammen nennt, findet sich bei Slupik, Parität, S. 138 f.
20 Es mag in bestimmten Situationen nicht allein auf Zufall beruhen, wenn das Bundesverfassungsgericht allein von Art. 3 Abs. 2 GG spricht. Eine dogmatische Signifikanz wird dem von Bundesverfassungsgericht aber nicht zugemessen, so daß es für die dogmatische Betrachtung auf dieser Ebene außer Betracht bleiben kann, vgl. aber unten S. 376 f.
21 Da es für das Bundesverfassungsgericht unerheblich ist, wann von Art. 3 Abs. 2 GG und wann von seinem Absatz 3 gesprochen wird, wird im folgenden der Unterscheidung beider Absätze in diesem Teil ebenfalls keine Bedeutung zugemessen.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diese einheitliche Dogmatik bestimmt das Bundesverfassungsgericht aus dem Verhältnis der besonderen Gleichheitssätze zu Art. 3 Abs. 1 GG: Art. 3 Abs. 2 GG »konkretisiert« den allgemeinen Gleichheitssatz.[22] Der allgemeine Gleichheitssatz gebe dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, bei dessen rechtlicher Überprüfung es nicht darauf ankomme, ob der Gesetzgeber die jeweils gerechteste und zweckmäßigste Lösung gewählt habe; entscheidend sei allein, daß die Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Personen oder Personengruppen nicht willkürlich, d.h. nicht ohne irgendeinen sachlichen Grund erfolge.[23] Während im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes also nur die Einhaltung äußerster Grenzen verlangt werde, unterliege die Befolgung der besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht. Hier finde die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ihre »feste Grenze«.[24] In leicht unterschiedlichen Formulierungen umschreibt das Bundesverfassungsgericht, wie diese »feste Grenze« aussieht.

In einigen Entscheidungen spricht es davon, daß dem Gesetzgeber in den Fällen des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG die Freiheit genommen sei, die Bestimmung der Vergleichspaare an Überlegungen der Zweckmäßigkeit zu orientieren.[25] In anderen Entscheidungen sieht das Bundesverfassungsgericht den Gehalt der besonderen Gleichheitssätze darin, daß in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verbindlich ausgesprochen werde, welche Lebensverhältnisse eine verschiedene Behandlung im Recht nicht gestatten.[26] Am häufigsten hebt das Bundesverfassungsgericht aber darauf ab, daß nach Art. 3 Abs. 2 GG der Geschlechtsunterschied einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht nicht abgeben könne.[27]

Mit all diesen - in Nuancen zwar unterschiedlichen - Formulierungen beschreibt das Bundesverfassungsgericht das gleiche grundsätzliche Verständnis vom Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG: »Dieses Verfassungsgebot verbietet grundsätzlich und ein für alle Mal die Differenzierung nach dem Geschlecht«[28] - oder in den Worten der ersten Entscheidung zur Gleichberechtigung ausgedrückt:

22 St. Rspr. seit BVerfGE 3, 225, 240; 10, 59, 73; 52, 369, 374; 68, 384, 390.

23 Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz legen allerdings nahe, daß die Beschränkung auf das Willkürverbot aufgegeben wird; vgl. zu diesen neueren Entwicklungen unten S. 306 ff.

24 BVerfGE 21, 329, 343; 31, 1, 4.

25 BVerfGE 10, 59, 73; ähnlich 6, 389, 422; 37, 217, 244.

26 BVerfGE 15, 337, 343; 39, 169, 186.

27 BVerfGE 52, 369, 374; 63, 181, 194; 68, 384, 390.

28 BVerfGE 37, 217, 244.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Die politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannnten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben - worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind -, ist damit verfassungskräftig verneint. Ob der Geschlechtsunterschied heute noch als rechtlich erheblich anzusehen ist, kann daher nicht mehr gefragt werden; diese Frage überhaupt stellen hieße, in einem circulus vitiosus die vom Grundgesetz bereits getroffene politische Entscheidung in die Hände des einfachen Gesetzgebers zurückspielen und Art. 3 Abs. 2 (3) GG seiner rechtlichen Bedeutung entkleiden«.[29]

Das eben skizzierte Verständnis der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG wird vielfach als »Differenzierungsverbot« bezeichnet; auch in dieser Arbeit wird der Begriff »Differenzierungsverbot« für ein solches Verständnis des Gleichberechtigungsgrundsatzes verwendet. Vier Folgerungen sollen Inhalt und dogmatische Konsequenzen eines Verständnisses des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot idealtypisch näher erläutern. Diese werden vom Bundesverfassungsgericht teils ausdrücklich ausgesprochen, teils hängen sie mit einem Verständnis als Differenzierungsverbot denknotwendig zusammen.

1. Kern des Differenzierungsverbots ist - daher rührt auch sein Name - das Verbot der Differenzierung nach bestimmten Merkmalen: Der Geschlechtsunterschied rechtfertigt die Festsetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen für Männer und Frauen nicht. In letzter Konsequenz untersagt das Differenzierungsverbot daher die Verwendung des Merkmals Geschlecht in der Rechtsordnung, jedenfalls aber verbietet es eine Begründung unterschiedlicher rechtlicher Behandlung mit dem Geschlecht. Wie immer man die Reichweite oder Anwendbarkeit des Differenzierungsverbots begrenzen mag, der Geschlechtsunterschied darf nicht der Grund für Ungleichbehandlung sein.

2. Da es dem Differenzierungsverbot um das Verbot der Berücksichtigung bestimmter Merkmale geht, ist es hinsichtlich der durch das Merkmal konstituierten Personengruppen symmetrisch. Für die Geltung des Differenzierungsverbots ist unbeachtlich, ob eine Regelung Männer oder Frauen benachteiligt. Das verfassungsrechtlich angegangene Übel ist die Verwendung des Merkmals Geschlecht; darauf, zu wessen Vorteil das Merkmal verwendet wird, kommt es nicht an.

3. Indem das Differenzierungsverbot allein auf die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen für Männer und Frauen abstellt, ist es formelles Prinzip

29 BVerfGE 3, 225, 240.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in zweierlei Hinsicht. Zum einen kommt es auf die Frage nicht an, wie sich eine unterschiedliche Behandlung auswirkt. Notwendig und hinreichend für die Anwendbarkeit des Differenzierungsverbots ist die Feststellung der unterschiedlichen Behandlung. Materielle Kriterien zur Beurteilung von Benachteiligung oder Bevorzugung lassen sich aus diesem Verständnis nicht entwickeln. Zum anderen kann das Differenzierungsverbot aber auch nur dann eingreifen, wenn nach dem Geschlecht differenziert wird. Normen, die geschlechtsneutral formuliert sind, sich aber vollkommen unterschiedlich auf Männer und Frauen auswirken, erfaßt das Differenzierungsverbot nicht. Sein Gehalt erschöpft sich gerade darin, die Verwendung eines bestimmten Merkmals zu untersagen; einen Maßstab für Regelungen, die sich allein aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten unterschiedlich auswirken, kann es nicht abgeben.

4. Dem Differenzierungsverbot als dogmatischer Regel entspricht eine Beschreibung der Funktion des Art. 3 Abs. 2 GG als Gebot »formaler Gleichstellung«. Ziel des so verstandenen Gleichberechtigungsgebotes ist in letzter Konsequenz die Schaffung einer Rechtsordnung, in der das Merkmal Geschlecht nicht mehr vorkommt. Anders ausgedrückt: nur wenn und soweit man davon ausgeht, daß zwischen Männern und Frauen keine Unterschiede bestehen, die in der Rechtsordnung Berücksichtigung finden müssen oder sollen, kann die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot sinnvoll sein.

In dieser Abstraktheit klingt eine Handhabung des Differenzierungsverbotes einfach und klar; sie verspricht Konsistenz, Transparenz und Rechtssicherheit.

B. Die Anwendung: Prüfungsstufen und Prüfungskriterien

Grundsätzlich bekennt sich das Bundesverfassungsgericht - wie oben gezeigt - unzweideutig zu einem Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Differenzierungsverbot. Im folgenden wird der Frage nachgegangen, anhand welcher Kriterien das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit von Normen mit Art. 3 Abs. 2 GG tatsächlich beurteilt.
Zunächst sind die beiden Elemente zu erörtern, auf die das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung einer nach dem Geschlecht differenzierenden Regelung vor allem abstellt: Es fragt danach, ob biologische und/oder funktionale Unterschiede eine Ungleichbehandlung der Geschlechter erlauben

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(I), und schließt manchmal eine ausdrückliche Prüfung der Benachteiligung oder Bevorzugung an (II). Dann werden die Argumentationsstränge des Bundesverfassungsgerichts analysiert, die dem Differenzierungsverbot als formellem Prinzip so wenig entsprechen, daß sie nur als Hinweise auf ein materielles Gleichberechtigungsverständnis gedeutet werden können (III). Schließlich sollen die Vorstellungen, die sich das Bundesverfassungsgericht über den Lebenssachverhalt macht, auf den das Gleichberechtigungsgebot Anwendung findet - das Verhältnis zwischen Männern und Frauen - herausgearbeitet werden, um Aufschluß über die Funktion, die das Bundesverfassungsgericht dem Art. 3 Abs. 2 GG beimißt, zu gewinnen (IV). Dann kann versucht werden, die zentrale Frage dieses Kapitels zu beantworten: Ist Art. 3 Abs. 2 GG in der bundesverfassungsgerichtlichen Praxis als Differenzierungsverbot angewendet worden (V)?

I. Die Begrenzung: Biologische und funktionale Unterschiede

Das Prinzip, daß im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen Unterschiede[30] Differenzierungen zwischen Männern und Frauen erlaubt sind, durchzieht alle Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 GG. Es ist das Hauptprüfungskriterium, kaum findet sich eine Entscheidung, die darauf nicht Bezug nimmt; es ist wahrlich ständige Rechtsprechung. Stellt man dem das abstrakt formulierte Postulat gegenüber, daß der Geschlechtsunterschied gerade keinen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben kann, muß die Formel überraschen. Sind nicht objektive biologische oder funktionale Unterschiede Paradebeispiele für »den Geschlechtsunterschied«? Im folgenden werden die Anwendung der Formel und die verschiedenen Ansätze zu ihrer Begründung untersucht. Da die Entwicklung im Umgang mit der Formel weitgehend mit der zeitlichen Abfolge einhergeht, ist es auch für die vom Interesse an der systematischen Struktur geleitete Untersuchung vielfach unerläßlich, Entwicklungslinien chronologisch nachzuzeichnen.

30 Im folgenden: »die Formel«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Appell an die Evidenz

Eingeführt wurde die Formel für den Bereich des Familienrechts in der ersten Entscheidung zur Gleichberechtigung.[31] Das Oberlandesgericht Frankfurt hatte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob Art. 117 Abs. 1 GG insoweit nichtig sei, als er das Ehe- und Familienrecht ab dem 31. 3. 1953 auch ohne Anpassungsgesetz außer Kraft setzte. Das Bundesverfassungsgericht macht die Entscheidung unter anderem davon abhängig, ob der Gleichberechtigungssatz eine unmittelbar anwendbare Rechtsnorm ist, und äußert sich in diesem Zusammenhang auch zum rechtlichen Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG. Für das Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 GG stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß Mann und Frau auch im Bereich von Ehe und Familie gleichberechtigt seien, führt im nächsten Absatz aber aus, daß »im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses«[32] Differenzierungen erlaubt seien. Eingeleitet wird die Formel mit den Worten »es bedarf kaum eines Hinweises« und begründet damit, daß dies auch von keiner Seite ernstlich verkannt werde und gerade einem großen Teil der zur Verwirklichung der Gleichberechtigung aufgestellten Forderungen zugrunde liege.[33] Die die Rechtsprechung zur Gleichberechtigung tragende Argumentationsfigur der biologischen und funktionalen Unterschiede fand die erste Begründung also in einem schlichten Appell an ihre Evidenz.

2. Rückgriff auf die Vergleichbarkeit

Problematisiert wird die Rechtfertigung von Differenzierungen durch biologische Unterschiede zum ersten Mal in der Homosexuellen-Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht bemerkt, daß die Verwendung des Ausdrucks »wegen seines Geschlechts« in Art. 3 Abs. 3 GG darauf hinzudeuten scheine, daß gerade solche Unterscheidungen untersagt seien.[34] Diese Auslegung, so führt das Gericht weiter aus, werde aber dem Sinn der Bestimmung nicht gerecht. Da Art. 3 GG den Menschen als sozialbezogene Persönlichkeit im

31 BVerfGE 3, 225; davor lag zwar BVerfGE 1, 9; die Verfassungsbeschwerde scheiterte aber mangels der Betroffenheit der Beschwerdeführerin schon an der Zulässigkeit, so daß sich inhaltliche Aussagen zur Auslegung von Art. 3 Abs. 2 GG in dieser Entscheidung nicht finden.

32 BVerfGE 3, 225, 242.

33 BVerfGE 3, 225, 242.

34 BVerfGE 6, 389, 422 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auge habe, gelte das Differenzierungsverbot nur dann, wenn der zu ordnende soziale Lebenstatbestand essentiell vergleichbar sei, d.h. wenn er, vom Geschlecht der Betroffenen abgesehen,[35] weitere wesentliche Elemente umfasse, die ihrerseits gleich seien.[36] Als Beispiele für Tatbestände, denen wesentliche Elemente gemeinsam seien, nennt das Bundesverfassungsgericht das Arbeitsrecht[37] und das Wahlrecht. Nach Ansicht des Gerichts scheidet die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG daher nicht nur dann aus, »wenn gemeinsame Elemente überhaupt nicht vorhanden sind, sie ist auch dann nicht gegeben, wenn der biologische Geschlechtsunterschied den Lebenssachverhalt so entscheidend prägt, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten«.[38] Für den Bereich des Sexualstrafrechts nimmt das Gericht das Überwiegen der unterscheidenden Merkmale an; Art. 3 Abs. 2 GG könne für die Beurteilung der Strafbarkeit männlicher Homosexualität nicht Maßstab sein.

Mit dieser Entscheidung führt das Bundesverfassungsgericht die »essentielle Vergleichbarkeit« als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 GG ein. Verlangt man aber für das Eingreifen des Differenzierungsverbots, daß der zu ordnende Lebenstatbestand wesentliche Elemente umfassen muß, die ihrerseits gleich sind, rückt die Prüfung der Absätze 2 und 3 in gefährliche Nähe zur Prüfung des Absatzes 1, der nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ja auch gebietet, »wesentlich Gleiches« gleich zu behandeln.[39] Daß sich das Bundesverfassungsgericht auf die »natürliche Auffassung«[40] von der Vergleichbarkeit beruft, hilft insoweit kaum weiter; die dogmatischen Aussagen des allgemeinen und des besonderen Gleichheitssatzes nähern sich an.

35 Dieser Halbsatz ist etwas unklar, da das Geschlecht das Vergleichspaar Mann-Frau ja gerade unterscheidet.

36 BVerfGE 6, 389, 422.

37 Die Erwähnung des Arbeitsrechts als Beispiel für Bereiche, wo Differenzierungen zwischen Männern und Frauen ausgeschlossen sein sollen, überrascht in Anbetracht von BVerfGE 5, 9, wo das Bundesverfassungsgericht Differenzierungen zugunsten von Frauen in der Arbeitszeitordnung gerade für verfassungsgemäß hielt.

38 BVerfGE 6, 389, 423.

39 Bezeichnend sind die Ausführungen in BVerfGE 6, 389, 432: »Kann das Vergleichspaar männliche und weibliche Homosexualität nicht unter Art. 3 Abs. 2, 3 GG subsumiert werden, so entfällt damit auch die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1; denn auch Art. 3 Abs. 1 GG setzt den Vergleich im wesentlichen gleicher Tatbestände voraus, woran es, wie dargelegt, hier fehlt«.

40 BVerfGE 6, 389, 423.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. *Qualifizierung der Formel*

Zwei Jahre später erklärte das Bundesverfassungsgericht §§ 1628 und 1629 Abs. 1 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957[41] für nichtig.[42] Das Gleichberechtigungsgesetz hatte das Recht der elterlichen Sorge im bürgerlichen Recht neu gefaßt. Die Eltern waren verpflichtet, die elterliche Gewalt, die Vater und Mutter zustand, in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben und bei Meinungsverschiedenheiten zu versuchen, sich zu einigen (§§ 1626, 1627). Konnten sie sich nicht einigen, so entschied nach § 1628 der Vater, hatte aber auf die Auffassung der Mutter Rücksicht zu nehmen. Nur in Ausnahmefällen konnte das Vormundschaftsgericht der Mutter das Recht zur Entscheidung übertragen. § 1629 schließlich sah das Alleinvertretungsrecht des Vaters vor.
Die Entscheidung zum Stichentscheid des Vaters kehrt die Tendenz der Homosexuellen-Entscheidung um.[43] Statt wie dort auf die Gemeinsamkeiten von allgemeinem und besonderem Gleichheitssatz zu rekurrieren, hebt das Bundesverfassungsgericht jetzt auf deren Unterschiede ab. Es erteilt der Auffassung des Bundesministers der Justiz eine klare Absage, daß für das Gleichberechtigungsgebot als »Konkretisierung« des Art. 3 Abs. 1 GG die für den allgemeinen Gleichheitssatz geltenden Regeln anzuwenden seien.[44]
Das Bundesverfassungsgericht führt aus, daß die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG immer auf dem Vergleich von Tatbeständen beruhe, die nie in allen, sondern stets nur in einzelnen Elementen gleich sein könnten. Grundsätzlich habe der Gesetzgeber darüber zu entscheiden, ob die gleichen oder die verschiedenen Elemente für die rechtliche Regelung maßgebend sein sollten. Daraus könne aber nicht gefolgert werden, »daß der Gesetzgeber, wenn Mann und Frau beteiligt sind, in gleichem Maße die Freiheit habe, an funktionale oder biologische Unterschiede als an ungleiche Elemente der Lebensverhältnisse anzuknüpfen und demgemäß Mann und Frau verschieden zu behandeln«.[45]
Dies scheint allerdings der bisherigen Rechtsprechung, die ja gerade die Nichtanwendbarkeit des Gleichberechtigungsgebots bei objektiven biologischen oder funktionalen Unterschieden annahm, zu widersprechen. Eine

41 BGBl. I S. 609.
42 BVerfGE 10, 59.
43 Beide Entscheidungen ergingen vom Ersten Senat.
44 BVerfGE 10, 59, 63.
45 BVerfGE 10, 59, 73.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Skepsis gegenüber der Formel ist auch deutlich spürbar. So setzt das Bundesverfassungsgericht den Begriff »objektiv« selbst in Anführungszeichen[46] und läßt mit einer recht lapidaren Formulierung offen, ob die Unterschiede zwischen der Beziehung des Vaters und der Mutter zu ihren Kindern nun biologisch oder funktional zu nennen sind.[47] Das Bundesverfassungsgericht verabschiedet sich aber auch nicht ganz von der Formel, sondern begrenzt sie in zweierlei Weise.

Zum einen hebt das Bundesverfassungsgericht hervor, daß bei der Einführung der Formel in der Entscheidung zum Rechtsnormcharakter des Gleichberechtigungssatzes[48] nur an sehr begrenzte Bereiche der Differenzierung gedacht worden sei, z.B. an Bestimmungen zum Schutze der Frau als Mutter und an Regelungen über die besondere Art ihrer Leistungen für die Familiengemeinschaft. Es gehe eben nur um solche Differenzierungen, die den »zur Verwirklichung der Gleichberechtigung aufgestellten Forderungen als selbstverständliche Voraussetzung zugrunde liegen«. Diese Formulierungen finden sich zwar in der damaligen Entscheidung, hatten aber eine andere Funktion. Dort sollten sie als Begründungsersatz der Formel in ihrer allgemeinen Form höhere Plausibilität verleihen, hier sollen sie die Formel selbst begrenzen.

Noch deutlicher wird der Tendenzwechsel unter dem Anschein ständiger Rechtsprechung im Umgang mit der Homosexuellen-Entscheidung. Dieser entnimmt das Bundesverfassungsgericht nun die Klarstellung, daß biologische Unterschiede »*nur* dann zu verschiedener Behandlung im Recht führen dürfen, wenn sie das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägen, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten«.[49] In der Tat entstammt auch diese Formulierung im wesentlichen der »alten« Entscheidung, allein das Wörtchen »nur« findet sich dort nicht. In der Homosexuellen-Entscheidung war es ja gerade darum gegangen zu begründen, daß biologische Unterschiede *auch* oder *selbst dann* Differenzierungen zwischen Männern und Frauen rechtfertigen können, wenn der Lebenssachverhalt gemeinsame Elemente enthält. Wurde dort eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des Gleichberechtigungsgebots vorgenommen, wird jetzt die Anwendbarkeit seiner Ausnahmen eingeschränkt.

46 BVerfGE 10, 59, 74.
47 BVerfGE 10, 59, 75.
48 BVerfGE 3, 225, 242.
49 BVerfGE 10, 59, 74 (Hervorhebung durch die Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das Bundesverfassungsgericht wendet dieses neue Erfordernis auch auf den zu prüfenden Sachverhalt an. Zwar habe die Beziehung eines Kindes zu seinem Vater und seiner Mutter, durch das Geschlecht des Elternteils bedingt, eine verschiedene Färbung. Da aber jedes Lebensverhältnis eine solche »verschiedene Färbung« aufweisen werde, reiche dies nicht aus, um die Anwendbarkeit des Gleichberechtigungsgebots auszuschließen. Im Gegenteil sei gerade die Anknüpfung an derartige Unterschiede männlicher und weiblicher Art im sozialen Bereich untersagt.[50]
Das Bundesverfassungsgericht hat der Formel damit eine neue Form und Formulierung verliehen. Nur wenn biologische oder funktionale Unterschiede das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägen, daß gemeinsame Elemente überhaupt nicht vorhanden sind oder vergleichbare Elemente vollkommen zurücktreten, sind Differenzierungen zwischen Männern und Frauen erlaubt. Allein die Feststellung von Unterschieden reicht nicht länger aus; die Unterschiede müssen qualifizierten Anforderungen genügen, um Ausnahmen von dem Differenzierungsverbot zu rechtfertigen. Die Rechtsprechung verwendet diese Version der Formel für die nächsten zwanzig Jahre.[51]

4. Geschlechtsbedingtheit der Unterschiede

Erstmals in der Entscheidung zur Witwerrente im Beamtenrecht findet sich ein weiteres neues Element in der Formel. Statt vom »objektiven«, spricht das Bundesverfassungsgericht jetzt von dem »sich aus dem Geschlecht ergebenden biologischen und funktionalen Unterschied«.[52] Doch bleibt die Veränderung unauffällig, da das Gericht nicht erläutert, ob die Geschlechtsbedingtheit der Unterschiede eine Abkehr von oder lediglich eine Präzisierung des Begriffs der Objektivität der Unterschiede darstellen soll. Allenfalls[53] könnte man eine Nutzung dieses Ansatzes in der zehn Jahre später ergehenden Hausarbeitstags-Entscheidung sehen. Gegenstand dieser Entscheidung war § 1 des Gesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen über Freizeitgewährung für Frauen mit eigenem Hausstand vom 27. Juli 1948, der einen Hausar-

50 BVerfGE 10, 59, 75.
51 BVerfGE 15, 337, 343; 21, 329, 343; 31, 1, 4; 37, 217, 249; 39, 169, 185; 43, 213, 225; 52, 369, 375.
52 BVerfGE 21, 329, 343; siehe auch BVerfGE 39, 169, 187.
53 Mit dieser Entscheidung kehren allerdings auch wieder die »objektiven« Unterschiede in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zurück, BVerfGE 52, 369, 375.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

beitstag weiblichen, aber nicht männlichen alleinstehenden Arbeitnehmenden mit eigenem Hausstand gewährte. Das Bundesverfassungsgericht hielt diese Vorschrift für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 2 GG. In der Begründung stützt sich das Gericht wesentlich darauf, daß es nicht zu den »geschlechtsbedingten Eigenheiten« von Frauen gehöre, Hausarbeit zu verrichten.[54] Das Bundesverfassungsgericht erkennt dabei durchaus an, daß die herkömmliche Vorstellung den Bereich der Haushaltsführung allein oder jedenfalls primär der Frau zuweise. Schon in dieser Entscheidung ist also die Trennung zwischen »funktionalen« und »traditionell-arbeitsteiligen« Unterschieden angelegt.[55] Aus dem Denken in der Kategorie der »Geschlechtsbedingtheit« heraus wird sie auch verständlich. Traditionelle Auffassungen von der Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern sind eben durch die überkommenen gesellschaftlichen Strukturen und nicht durch das Geschlecht an sich bedingt.

5. *Ein eigenständiges Merkmal der Kausalität*

Die »Geschlechtsbedingtheit« könnte man als »formel-immanentes Kausalitätserfordernis« ansehen. Nur aus dem Geschlecht folgende biologische oder funktionale Unterschiede sollten die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen rechtfertigen können; die Formel war durch ein kausales Moment angereichert worden. Es gab aber auch eine Phase, in der das Bundesverfassungsgericht ganz allgemein die Frage stellte, wann überhaupt Regelungen an das Merkmal »Geschlecht« anknüpfen, und dabei auf ein Kausalitätserfordernis abhob.[56]

Angedeutet wurde auch dieses Element der bundesverfassungsgerichtlichen Dogmatik schon in der Entscheidung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Gleichberechtigungssatzes. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, daß das Differenzierungsangebot beschränkt sei »auf die in den Vergleichstatbeständen benannten unterschiedlichen Eigenschaften, zum Beispiel Mann - Frau, Protestant - Katholik usw. Differenzierungen, die auf anderen Unterschiedlichkeiten der Personen oder auf Unterschiedlichkeiten der Lebensumstände beruhen, bleiben von dem Differenzierungsverbot unberührt«.[57] In der näch-

54 BVerfGE 52, 369, 376.

55 Hofmann, Gleichberechtigungsgebot (1), S. 57 f. verortet sie erst in BVerfGE 57, 335, 344.

56 Ob es sich dabei eigentlich um Finalitäts- und nicht um Kausalitätserwägungen handelt, kann hier offenbleiben, vgl. zu diesem Fragenkreis unten S. 139 ff.

57 BVerfGE 3, 225, 241.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sten Entscheidung verknüpft das Bundesverfassungsgericht dieses Zitat mit der Formel, so daß die Nichtanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 GG bei biologischen oder funktionalen Unterschieden geradezu als Ausdruck dieses Prinzips erscheint.[58] War schon ursprünglich nicht ganz klar, was eigentlich »Eigenschaften« von »anderen Unterschiedlichkeiten« der Personen trennen soll, so wird dieser Ansatz ad absurdum geführt, wenn biologische und funktionale Unterschiede nicht Eigenschaften von Mann und Frau, sondern »andere Unterschiedlichkeiten« konstituieren sollen. Wenn irgend etwas Eigenschaften der Geschlechter bestimmt, dann doch wohl die - wie immer verstandenen - biologischen Unterschiede. Das Bundesverfassungsgericht selbst verfolgt diese These nicht weiter; der Ansatz fällt für die nächsten zwanzig Jahre der Vergessenheit anheim.

Die Entscheidung zum Fremdrentengesetz[59] nimmt aber 1977 diesen Ansatz wieder auf. Gegenstand des Verfahrens war § 22 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe b des Fremdrentengesetzes,[60] der Frauen in den Tabellen der Anlagen 9 und 11 gegenüber Männern der gleichen Leistungsgruppe, von geringen Ausnahmen abgesehen, geringere durchschnittliche Bruttojahresarbeitsverdienste zur Ermittlung ihrer Rentenbemessungsgrundlage zuwies. Dagegen wehrte sich eine aus der DDR übergesiedelte Lehrerin u.a. mit der Begründung, daß jedenfalls in der Besoldung von Lehrkräften in der DDR wie in der Bundesrepublik kein Unterschied zwischen Männern und Frauen bestanden habe.

Das Bundesverfassungsgericht prüft die Regelung des Fremdrentengesetzes am Maßstab des Art. 3 Abs. 2 GG und stellt zunächst fest, daß sich die Ungleichbehandlung nicht auf biologische oder funktionale Unterschiede zwischen Männern und Frauen zurückführen lasse. Selbst wenn die durchschnittlich geringeren Einkünfte von Frauen auch darauf beruhten, daß Frauen ihren beruflichen Werdegang häufig wegen der Übernahme familiärer Verpflichtungen unterbrächen, lasse sich dies nicht mehr als funktional verursacht rechtfertigen.[61]

So rechtfertigt das besondere Erwerbsverhalten der Frauen die Ungleichbehandlung zwar nicht dadurch, daß biologische oder funktionale Unterschiede darin gesehen werden könnten, doch handelt es sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts um Unterschiedlichkeiten der Lebensumstände,

58 BVerfGE 5, 9, 12; siehe auch BVerfGE 10, 59, 74.
59 BVerfGE 43, 213.
60 In der Fassung des Art. 1 des Fremdrenten- und Auslandsrenten-Neuregelungsgesetzes vom 25. Februar 1960 (BGBl. I S. 93).
61 BVerfGE 43, 213, 225 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

deren Berücksichtigung dem Gesetzgeber jedenfalls nicht schlechthin verboten sei.[62] Mit diesem Verweis auf die bisherigen Versuche, ein Merkmal der Kausalität in der Differenzierung zwischen »Eigenschaften« und »Unterschiedlichkeiten der Lebensumstände« zu finden, läßt es das Bundesverfassungsgericht sein Bewenden haben. Stattdessen emanzipiert es das Kausalitätserfordernis jetzt endgültig von der Frage nach den biologischen und funktionalen Unterschieden. Als eigenständiges Kausalitätserfordernis verlangt das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung, daß die rechtliche Regelung nicht »allein und unmittelbar« an den Unterschied der Geschlechter anknüpfen dürfe, um mit dem Gleichberechtigungsgebot vereinbar zu sein.[63] Die Regelung des Fremdrentengesetzes knüpfe aber, beruhend auf dem Prinzip der Eingliederung der Vertriebenen und Flüchlinge, entscheidend an die Rechtsverhältnisse derjenigen Versicherten an, die ständig im Bundesgebiet gelebt hätten.[64] Die Zuweisung unterschiedlicher Jahresarbeitsverdienste als Rentenbemessungsgrundlage sei daher mit Art. 3 Abs. 2 GG noch vereinbar.

Vier Jahre später hatte das Bundesverfassungsgericht ein ganz ähnlich gelagertes Problem wie § 22 des Fremdrentengesetzes zu entscheiden.[65] Da in den ersten fünf Jahre der Pflichtversicherung der Versicherte in der Regel deutlich geringere Einkünfte erzielt als in den darauffolgenden Jahren seines beruflichen Lebens und sich dies für die Berechnung der Höhe der Rente negativ ausgewirken würde, entschied sich der Gesetzgeber, für diesen Zeitraum zum Vorteil des Versicherten pauschalisierte Bruttoarbeitsentgelte zugrundezulegen. In der Leistungsgruppe 3 der Anlage 2 zu § 32a des Angestelltenversicherungsgesetzes (AVG)[66] wurde männlichen Versicherten höhere Bruttojahresarbeitsentgelte als weiblichen Angestellten zugewiesen. Diese Regelung hielt das Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 2 GG, der rechtliche Regelungen verbiete, »die allein an den Unterschied der Geschlechter anknüpfen«.[67]

62 BVerfGE 43, 213, 228 f. unter Verweis auf die oben diskutierten BVerfE 3, 225 und 5, 9; auf neuere Entscheidungen konnte sich das Gericht auch nicht berufen; es gab sie nicht.
63 BVerfGE 43, 213, 226.
64 BVerfGE 43, 213, 226.
65 BVerfGE 57, 335.
66 In der Fassung des Gesetzes zur Beseitigung von Härten in den gesetzlichen Rentenversicherungen und zur Änderung sozialrechtlicher Vorschriften vom 9. Juni 1965 (BGBl. I S. 476).
67 BVerfGE 57, 335, 342. In der Fremdrenten-Entscheidung hatte das BVerfG noch zusätzlich verlangt, daß die Regelung »unmittelbar« an das Merkmal anknüpfe. Doch war in beiden Entscheidungen die Unmittelbarkeit unproblematisch gegeben, so daß dem Wegfall des Erfordernisses der Unmittelbarkeit allzu große Bedeutung wohl nicht beigemessen werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Ähnlichkeiten zwischen beiden Entscheidungen sind nicht zu übersehen. In beiden Fällen werden für Frauen niedrigere Bruttojahresarbeitsentgelte für die Rentenberechnung zugrunde gelegt; beide Male kann sich diese Pauschalisierung auf statistische Werte stützen, die das geringere Lohnniveau für Frauen belegen. Die Gründe für die geringeren Einkünfte von weiblichen Arbeitnehmern sind vielfältig, unterscheiden sich aber nicht maßgeblich. Dennoch kommt das Bundesverfassungsgericht beim Fremdrentengesetz zu dem Schluß, daß die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen nicht »allein« am Merkmal Geschlecht anknüpfe, während es annimmt, beim Angestelltenversicherungsgesetz knüpfe sie allein an den Unterschied des Geschlechts an. Soweit sich die Entscheidungen auf diese dogmatische Überlegung stützen, sind sie miteinander nicht in Einklang zu bringen. Die Heranziehung des Kausalitätserfordernisses hat innerhalb von vier Jahren zu entgegengesetzten Entscheidungen geführt;[68] als taugliches Kriterium für die Begrenzung der Reichweite des Differenzierungsverbots hat es sich somit nicht erwiesen.[69] Über diese beiden Entscheidungen hinaus spielte es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch keine Rolle mehr.

6. *Typisierung und Unterschiede*

Nachdem das Bundesverfassungsgericht der Typisierung im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes Bedeutung zuerkannt hatte,[70] stellte sich die Frage, ob der Gesichtspunkt der Typisierung auch bei den besonderen Gleichheitssätzen zu berücksichtigen war. In den drei am 24. Juli 1963 ergangenen Entscheidungen[71] zu den Hinterbliebenenrenten im Angestelltenversicherungsgesetz, Bundesversorgungsgesetz und der Reichsversicherungsordnung beschäftigte sich das Gericht mit diesem Problem. Die erschwerenden Voraussetzungen der Witwerrente gegenüber der Witwenrente in § 43 Abs. 1 AVG[72] (überwiegendes Bestreiten des Unterhalts der Familie durch die verstorbene Ehefrau), in § 43 BVersG[73] (überwiegende Unterhaltsleistung der verstorbenen Ehefrau, bedingt durch Erwerbsunfähigkeit des Mannes)

68 Beide Entscheidungen ergingen vom Ersten Senat; vgl. zu anderen Aspekten der Entscheidungen unten S. 48 und S. 89.
69 Ausführlich zu Kausalitäts- und Finalitätsüberlegungen, siehe unten S. 139 ff.
70 Zum Beispiel BVerfGE 9, 20, 32; BVerfGE 11, 50, 60.
71 BVerfGE 17, 1; 17, 38; 17, 86.
72 Angestelltenversicherungsgesetz in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Angestellten vom 23. Februar 1957 (BGBl. I S. 88).
73 Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges vom 20. Dezember 1950 (BGBl. I S. 791).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und in § 43 S. 1 BVersG n.F.[74] (überwiegende Unterhaltsleistung der verstorbenen Ehefrau, weil Arbeitskraft und Einkünfte des Mannes nicht ausreichten) wurden für verfassungsgemäß, die weitere Erschwerung der Witwerrente in § 43 BVersG (Leistung des Unterhalts aus dem Arbeitsverdienst der Frau und gegenwärtige Bedürftigkeit des Mannes) für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG gehalten. Die entsprechenden Erschwerungen der Waisenrente für die Kinder von Verstorbenen bzw. des Kinderzuschusses in § 44 Abs. 2 AVG, § 1262 Abs. 5 RVO,[75] § 45 Abs. 5 S. 1 BVersG und § 45 Abs. 1 Halbs. 2 BVersG n.F. verstießen hingegen nach Ansicht des Gerichts gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 und Art. 6 Abs. 1 GG.

Auffällig ist an den Rentner-Entscheidungen die Auflösung dogmatischer Strukturen, die sich schon im Aufbau niederschlägt. Über Seiten hinweg bleibt unklar, die Verletzung welcher Verfassungsnorm eigentlich geprüft wird. Das Bundesverfassungsgericht begnügt sich zu Beginn seiner Untersuchung damit wiederzugeben, daß die vorlegenden Gerichte Art. 3 Abs. 1, 2, 3 und Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG für verletzt gehalten haben, und beginnt unmittelbar verschiedene Argumente zu erörtern, die eine Differenzierung bei der Hinterbliebenenrente rechtfertigen oder ihre Rechtfertigung ausschließen könnten.

Zunächst fragt das Bundesverfassungsgericht, ob die Leistungen der Sozialversicherung Unterhaltsersatz darstellen.[76] Baute die Sozialversicherung wie die Privatversicherung allein auf ökonomischen Berechnungen auf, knüpfte sie also allein an die gezahlten Beiträge an, wäre kein »legitimer Grund«[77] für eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen gegeben. Die Sozialversicherung trete aber bei der Gewährung von Hinterbliebenenrenten ersatzweise für familiäre Unterhaltspflichten ein; die verschiedene Art und Funktion der Unterhaltsleistungen könnten daher auch für die Bemessung der Hinterbliebenenrenten eine Rolle spielen. Als zweiten Komplex prüft das Bundesverfassungsgericht,[78] ob ein Abwägen der wirtschaftlichen Bedeutung der Unterhaltsbeiträge von Ehemann bzw. Ehefrau der Idee der ehelichen Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 1 GG) widerspreche. Da aber Ersatz für die durch den Tod eines Ehepartners weggefallenen Leistungen von der Allge-

74 Bundesversorgungsgesetz in der Fassung des Artikels I des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Kriegsopferrechts vom 27. Juni 1960 (BGBl. I S. 453).

75 Reichsversicherungsordnung in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Arbeiter vom 23. Februar 1957 (BGBl. I S. 45).

76 BVerfGE 17, 1, 8 ff.

77 BVerfGE 17, 1, 9.

78 BVerfGE 17, 1, 10 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

meinheit nur in wirtschaftlicher Hinsicht geleistet werden könne, dürften wirtschaftliche Momente auch berücksichtigt werden, die Hinterbliebenenrenten sich also am typischen Bedarf orientieren. Dies entspreche auch dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG).[79] Schließlich betont das Bundesverfassungsgericht, daß es mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar wäre, bei dem Abwägen der Unterhaltsleistungen der Ehepartner den wirtschaftlichen Wert der Unterhaltsleistungen der Frau als Mutter, Hausfrau und Mithelfende unberücksichtigt zu lassen.[80]

Erst nach der Klärung dieser Vorfragen tritt das Bundesverfassungsgericht in die eigentliche Prüfung des Art. 3 Abs. 2 GG ein. Es stellt fest, daß die Erschwerung der Witwerrente mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar sei, weil der Bedarf nach Ersatz der Unterhaltsleistungen zwischen Witwer und Witwe wesentlich verschieden und die Grenzen zulässiger Typisierung nicht überschritten seien.

Auf frühere Entscheidungen zu Art. 3 Abs. 2 GG nimmt das Bundesverfassungsgericht auch bei der nun explizit am Maßstab des Art. 3 Abs. 2 GG ausgerichteten Prüfung nicht Bezug. Insbesondere prüft das Gericht nicht, ob objektive biologische oder funktionale Unterschiede die Nichtanwendbarkeit des Differenzierungsverbots zur Folge haben, sondern äußert sich deutlich weniger genau dahingehend, daß der Bedarf nach Ersatz der Unterhaltsleistungen bei Witwe und Witwer verschieden sei.[81] Lediglich die Formulierung, daß die Unterschiede in der erwerbswirtschaftlichen Situation von Witwe und Witwer »zum größten Teil ihre Wurzel in der funktionalen Verschiedenartigkeit ihrer Leistungen für die durch den Tod zerstörte eheliche Gemeinschaft«[82] haben, erinnert an die Formel von den biologischen oder funktionalen Unterschieden, ohne aber direkt auf sie zu verweisen.

Im nächsten Prüfungsschritt findet sich die Erklärung für das Verlassen des bisherigen dogmatischen Rahmens der Gleichberechtigungs-Prüfung. Das Bundesverfassungsgericht betont, daß die Grenzen zulässiger Typisierung nicht überschritten seien.[83] So spricht es davon, daß die Differenzierung der Natur des geregelten Lebensverhältnisses entspreche,[84] oder hebt hervor, daß die typisierende Auswahl der Betroffenen dem geregelten Sachgebiet adä-

79 BVerfGE 17, 1, 11.
80 BVerfGE 17, 1, 12 ff.; mehr zu der daran anschließenden Diskussion der Bewertung der Hausfrauenarbeit, siehe unten S. 66 ff.
81 BVerfGE 17, 1, 17 ff.
82 BVerfGE 17, 1, 22.
83 BVerfGE 17, 1, 23.
84 BVerfGE 17, 1, 10.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

quat sei.[85] Das Gericht geht davon aus, daß bei der Ordnung von Massenerscheinungen typisierende Regelungen notwendig seien und daß das Bundesverfassungsgericht diese im Grundsatz ständig als verfassungsgemäß behandelt habe.[86] Von den Entscheidungen, auf die sich das Bundesverfassungsgericht zur Bestätigung dieser Aussage beruft,[87] erging allerdings keine einzige zu einer Art von Typisierung, in der sich die typisierend unterschiedlich behandelten Gruppen in einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale unterschieden. Hebt das Bundesverfassungsgericht selbst die außerordentliche Bedeutung der darreichenden Verwaltung für die Existenz des einzelnen hervor,[88] hätte man erwartet, daß es - will es bei Typisierungen schon nicht die allgemeinen Prinzipien der Prüfung des Verstoßes gegen ein Differenzierungsverbot anwenden - jedenfalls besondere Kriterien für die Zulässigkeit von Typisierungen im Bereich der Differenzierungsverbote entwickelt. So betont das Gericht zwar die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung bei der Ausgestaltung sozialer Leistungen ebenso wie bei Eingriffen, es läßt aber offen, worin bei typisierenden Regelungen die Bindung des Gesetzgebers an die Differenzierungsverbote - und sie sollte stärker sein als beim allgemeinen Gleichheitssatz - eigentlich besteht.

Neben das Fehlen einer klaren dogmatischen Struktur treten Probleme der Argumentation im einzelnen. Das Bundesverfassungsgericht bezieht die Prüfung aller Gesichtspunkte auf die Hausfrauenehe. Reich-Hilweg beklagte deshalb das »Abgleiten vom zu subsumierenden Fall«;[89] denn eigentlich hatte das Gericht ja gerade die Situation zu beurteilen, in der die Frau erwerbstätig gewesen war.

Vor allem für die Hausfrauenehe erörtert das Bundesverfassungsgericht die Bedarfssituation beim Ableben eines der Ehegatten. Es stellt fest, daß die Lage auf dem Arbeitsmarkt für die Witwe, die zuvor Hausfrau war, wesentlich schwieriger sei als die des Witwers; außerdem sei die Hausfrauenleistung von einer Geldleistung in dem Sinne abhängig, daß sie ohne jene nicht möglich wäre.[90] Dabei ist darauf hinzuweisen, daß das Bundesverfassungsgericht, wenn es von »Bedarf« bei der Hinterbliebenenrente spricht, nicht aktuelle Bedürftigkeit des Rentenberechtigten meint. Die Höhe der Hinterbliebenenrente ist allein abhängig von den gezahlten Versicherungsbeiträgen, nicht von

85 BVerfGE 17, 1, 23.
86 BVerfGE 17, 1, 23.
87 BVerfGE 9, 20, 32; 11, 50, 60; 11, 245, 253.
88 BVerfGE 17, 1, 23.
89 Reich-Hilweg, S. 90.
90 BVerfGE 17, 1, 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der konkreten Bedürftigkeit des Hinterbliebenen, und das Bundesverfassungsgericht erklärte die Einschränkung der Witwerrente, die dem Witwer nur für die Dauer der Bedürftigkeit Hinterbliebenenrente zuerkennen wollte, gerade für mit der Verfassung unvereinbar.[91] Außerdem definiert das Bundesverfassungsgericht Ziel und Inhalt der Hinterbliebenenrente im Sozialversicherungsrecht als Unterhaltsersatz. Unterhaltsersatz bedeute hierbei – wiederum ohne Rücksicht auf die Bedürftigkeit –, daß der wirtschaftliche Verlust, den der Hinterbliebene durch den Tod des anderen erfährt, ausgeglichen werden solle. Deshalb kommt das Bundesverfassungsgericht zur Unvereinbarkeit der erschwerenden Bedingungen bei Waisenrente und Kinderzuschuß, da hier die Unterhaltsleistungen von Vater und Mutter nebeneinander zu erfolgen hätten.[92] Demgegenüber geht das Gericht bei den wechselseitigen Unterhaltspflichten der Ehegatten grundsätzlich davon aus, daß mit dem Verlust an Unterhaltsleistungen in aller Regel ein wirtschaftlicher Ausgleich einhergehe.[93] Für die Witwe erkennt das Bundesverfassungsgericht die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage an, für den Witwer in der Regel nicht. In Anbetracht dessen, daß hier allein die Situation zu beurteilen war, in der die Frau auch durch Erwerbstätigkeit zum Familieneinkommen beitrug, erscheint dies zumindest zweifelhaft und hätte belegt statt postuliert werden müssen.

Die Fixierung auf den Normalfall der Hausfrauenehe erklärt auch die Ausführungen über die hinzunehmende Bevorzugung von Frauen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts besteht ein Unterschied in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, je nachdem, ob es sich um eine bevorzugende oder benachteiligende Typisierung handele. Zur Beurteilung dieser Frage rekurriert das Bundesverfassungsgericht auf den Normalfall, d.h. auf den Fall, »der nach Sinn und Zweck des Gesetzes in der Regel erfaßt werden soll und erfaßt wird«.[94] Dieser Normalfall sei eben die Hausfrauenehe, und bevorzugt würden durch die typisierende Regelung die erwerbstätigen Witwen, die durch den Tod ihres Ehemannes keinen Verlust im Unterhaltsstandard erleiden. Das Bundesverfassungsgericht siedelt ihre Prozentzahl auf höchstens 7,5% an,[95] so werde die »Zahl der infolge der Typisierung bevorzugten

91 BVerfGE 17, 38, 52.
92 BVerfGE 17, 1, 8, 26 ff.
93 BVerfGE 17, 1, 17.
94 BVerfGE 17, 1, 23 f.
95 BVerfGE 17, 1, 24 f. Freilich gestützt auf Statistiken aus dem Jahre 1950, während die Entscheidung aus dem Jahre 1963 stammt, vgl. dazu Hofmann, Gleichberechtigungsgebot (1), S. 54 (Anm. 145).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frauen zwar möglicherweise nicht ganz unbeträchtlich sein, sich aber doch in solchen Grenzen halten, daß sie angesichts der bei ›Bevorzugungen‹ weit gespannten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hingenommen werden kann«.[96] Die Benachteiligung der erwerbstätigen Frauen, die anders als erwerbstätige Männer durch ihre Versicherungsbeiträge nur unter erschwerten Bedingungen die Versorgung ihrer Familie sichern können, sieht das Bundesverfassungsgericht nicht, und auch die Frage, ob der Gesetzgeber unter Geltung des Gleichberechtigungssatzes die Hausfrauenehe zum »Normalfall« der gesetzlichen Regelung nehmen durfte, stellt sich das Gericht nicht. Es betont lediglich, daß die Allgemeinheit ein Interesse daran habe, die Frau und Mutter nicht zu außerhäuslicher Erwerbstätigkeit wirtschaftlich gezwungen zu sehen.[97]

Demgegenüber hatte das Bundesverfassungsgericht schon 1957 die steuerliche Zusammenveranlagung der Ehegatten für verfassungswidrig erklärt und ausgeführt, es gehöre zur Gleichberechtigung der Frau, daß sie die Möglichkeit habe, mit gleichen rechtlichen Chancen marktwirtschaftliches Einkommen zu erzielen wie ein Mann.[98] Insbesondere hatte das Bundesverfassungsgericht damals auch die private Entscheidungsfreiheit der Ehegatten geschützt, die ohne staatliche Einflußnahme bestimmen können müßten, wie sie ihre Ehe, insbesondere die Berufstätigkeit der Ehefrau gestalteten. Von diesem Ansatz wie von der früheren Rechtsprechung zur Gleichberechtigung wichen die Entscheidungen zur Hinterbliebenenrente ab.

Lediglich vier Jahre später erging die Entscheidung zur Witwerversorgung im Beamtenrecht.[99] § 134 des Hamburgischen Beamtengesetzes[100] gestand dem Witwer einer Beamtin Witwerrente nur zu, wenn er zur Zeit ihres Todes einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegen sie hatte. Eine entsprechende Beschränkung für die Rente einer Beamtenwitwe gab es nicht. Das Bundesverfassungsgericht erklärte diese einschränkenden Voraussetzungen der Witwerrente wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) für nichtig.

Es stellt fest, daß biologische oder funktionale Unterschiede die beamtenrechtliche Hinterbliebenenversorgung nicht so entscheidend prägten, daß ge-

96 BVerfGE 17, 1, 25.
97 BVerfGE 17, 1, 25.
98 BVerfGE 6, 55, 82.
99 BVerfGE 21, 329.
100 Vom 13. März 1961 (GVBl. S. 49).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

meinsame Elemente nicht zu erkennen seien oder zumindest vollkommen zurückträten.[101] Eine verschiedene rechtliche Behandlung von Mann und Frau sei daher nicht zulässig. Die Amtsstellung der Beamtin - und allein darauf komme es an - sei heute ganz der des Beamten angeglichen.[102] Art. 3 Abs. 2 und 3 GG geböten daher, die Beamtin auch hinsichtlich der Versorgung ihrer nächsten Familienangehörigen dem Beamten gleichzustellen.[103]

Der Beschluß des Zweiten Senats unterscheidet sich damit in wesentlichen Punkten von der Entscheidung des Ersten Senats zur Hinterbliebenenversorgung in der Sozialversicherung. Offensichtlich ist die Differenz im Ergebnis. Während in der Sozialversicherung einschränkende Voraussetzungen der Witwerrente verfassungsgemäß sind, verstoßen sie im Beamtenrecht gegen Art. 3 Abs. 2 GG. Das unterschiedliche Ergebnis folgt aus dem unterschiedlichen dogmatischen Ansatz. Während der Erste Senat von der grundsätzlichen Zulässigkeit typisierender Regelungen ausging und lediglich die Einhaltung ihrer Grenzen überprüfte, knüpft der Zweite Senat an die überkommenen dogmatischen Kriterien der Gleichberechtigungs-Prüfung an und nimmt die grundsätzliche Unzulässigkeit differenzierender Behandlung von Männern und Frauen zum Ausgangspunkt. So wird es ihm zum einen leichter zu erkennen, daß einschränkende Voraussetzungen der Witwerversorgung nicht nur eine Bevorzugung von Frauen darstellen. Zum anderen wird es dem Zweiten Senat möglich, sich in Einklang mit der Entscheidung zur steuerlichen Zusammenveranlagung der Ehegatten[104] zu setzen, indem er die Verfassungswidrigkeit von Einwirkungen des Gesetzgebers dahingehend, »die Ehefrau ins Haus zurückzuführen«, auch für den vorliegenden Fall betont.[105]

Aus verständlichen Gründen stellt der Zweite Senat diese Differenzen zur Rechtsprechung des Ersten Senates nicht heraus. Im Gegenteil versucht er, alle Hinterbliebenen-Entscheidungen zu harmonisieren, indem er Beamtenversorgung und Sozialversicherung für von vornherein nicht vergleichbar erklärt.[106] Die besondere Zweckbestimmung und Grundlage der beamtenrechtlichen Besoldung im Sinne der herrschenden Alimentationstheorie las-

101 BVerfGE 21, 329, 343 f.
102 BVerfGE 21, 329, 350.
103 BVerfGE 21, 329, 353.
104 BVerfGE 6, 55.
105 BVerfGE 21, 329, 353.
106 BVerfGE 21, 329, 352.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

se die beamtenrechtliche Hinterbliebenenversorgung als Gegenleistung aus dem Beamtenverhältnis, nicht als Maßnahme der darreichenden Verwaltung erscheinen.[107] Auch wenn der Zweite Senat die Position des Ersten Senates nicht ausdrücklich[108] zurückweist, beginnt mit der Entscheidung zur Witwerrente im Beamtenrecht die Abkehr von der Typisierungsrechtsprechung, wie sie im siebzehnten Band begonnen worden war; eine Abkehr, die vor allem gekennzeichnet ist durch Nicht-Bezugnahme auf das Kriterium der Typisierung.

Zwei weitere Entscheidungen wenden den Gesichtspunkt der Typisierung zwar an, modifizieren ihn aber in entscheidenden Punkten. Die Zulässigkeit der Orientierung am Normalfall wird begrenzt, und schließlich werden auch Maßnahmen der darreichenden Verwaltung uneingeschränkt den erhöhten Anforderungen der Differenzierungsverbote unterworfen.

Die erste Entscheidung erging zur Frage der Verteilung der Unterhaltskosten für das nichteheliche Kind zwischen Mutter und Vater, wenn das Kind aus Gründen, die in seiner Person liegen, in einer Anstalt untergebracht werden muß.[109] Schon zuvor war vom Bundesverfassungsgericht entschieden worden,[110] daß die Aufteilung der Unterhaltsleistungen, die dem Vater die finanziellen Unterhaltskosten, der Mutter die persönliche Sorge für das Kind zugewiesen hatte, mit der Verfassung vereinbar war. Diese Regelung hatte aber den »Normalfall« vorausgesetzt, d.h. den Fall, in dem das Kind bei der Mutter lebte und von ihr selbst versorgt wurde. Im vorliegenden Fall war das Kind hingegen wegen angeborener Geisteskrankheit in einer Anstalt untergebracht.

Das Bundesverfassungsgericht führt aus, daß diese besondere Situation bei einer auf den Normalfall zugeschnittenen Regelung nicht außer acht gelassen werden dürfe. Zwar sei zutreffend, daß bei notwendig typisierenden Regelungen gewisse Härten oder Ungerechtigkeiten hingenommen werden müßten. Dies gelte aber nur dann, wenn die durch eine typisierende Regelung entstehenden Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen beträfen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv sei.[111] Da es sich im vorliegenden Fall nicht um einzelne, aus dem

107 BVerfGE 21, 329, 352.

108 Der Zweite Senat verwendet aber mit der Formulierung, Leistungen der darreichenden Verwaltung seien »in gewissem Umfang einer nach dem Bedarf der Bezugsberechtigten differenzierten Ausgestaltung zugänglich« (BVerfGE 21, 329, 353) eine denkbar »schwache« Beschreibung der Position von BVerfGE 17, 1.

109 BVerfGE 26, 265.

110 BVerfGE 11, 277.

111 BVerfGE 26, 265, 275 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Rahmen fallende Sonderfälle, sondern um eine, wenn auch zahlenmäßig begrenzte Gruppe typischer Fälle handele, seien diese Voraussetzungen hier nicht gegeben und verstießen daher gegen Art. 3 Abs. 2 GG.[112] Stellt man dem die Rentner-Entscheidung[113] gegenüber, wird deutlich, daß sie bei Anwendung dieses Kriteriums anders hätte ausfallen müssen; als vollkommen »untypischen Ausnahmefall« mit geringer zahlenmäßiger Begrenzung konnte man die Doppelverdienerehe wohl auch damals nicht ansehen.
Eine endgültige Umkehr brachte dann aber die nächste Entscheidung zur Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bei Maßnahmen der darreichenden Verwaltung. Am 31. März 1971 entschied das Bundesverfassungsgericht, daß § 1303 Abs. 3 RVO[114] insoweit mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar sei, als er dem Witwer einer Versicherten einen Anspruch auf Erstattung von Versicherungsbeiträgen wegen nicht erfüllter Wartezeit auch dann nicht gewährte, wenn die Verstorbene den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten hatte.[115] Das Sozialgericht Stuttgart hatte es in einer weiter gefaßten Vorlagefrage für verfassungswidrig gehalten, daß zwar die Witwe eines Versicherten einen Beitragserstattungsanspruch habe, nicht aber der Witwer einer Versicherten. Da im vorliegenden Fall die Ehefrau des Klägers im Ausgangsverfahren den Familienunterhalt überwiegend bestritten hatte, schränkte das Bundesverfassungsgericht die Vorlagefrage ein. Mit der Frage, ob das Erfordernis der überwiegenden Unterhaltsleistung verfassungsgemäß ist, mußte sich das Gericht daher (noch) nicht wieder auseinandersetzen.
Hatte das Bundesverfassungsgericht in den Witwerrenten-Entscheidungen noch die Tendenz, einen besonders weiten Spielraum des Gesetzgebers im Bereich der gewährenden Verwaltung anzuerkennen, so führt es jetzt aus, daß auch bei »Billigkeitsmaßnahmen« der Verwaltung biologische und funktionale Unterschiede nur dann eine Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen rechtfertigen könnten, wenn sie das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägten, daß vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktäten.[116] Das Gericht verlangt damit für alle Bereiche des Staatshandelns die Einhaltung der gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz strikteren Maßstäbe der Differenzierungsverbote.[117] Darüber hinaus stellt

112 BVerfGE 26, 265, 276.
113 BVerfGE 17, 1.
114 In der Fassung des Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Arbeiter vom 23. Februar 1957 (BGBl. I S. 45).
115 BVerfGE 31, 1.
116 BVerfGE 31, 1, 4.
117 BVerfGE 31, 1, 6.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das Gericht jetzt klar, daß ein erhöhter Verwaltungsaufwand allein die unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau nicht rechtfertige. Während es bei der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes ausreiche, Massenerscheinungen möglichst einfach und praktikabel zu regeln, genüge Praktikabilität als Rechtfertigung im Rahmen der besonderen Gleichheitssätze nicht.[118] Damit wird erhebliche Skepsis gegenüber Typisierungen im Bereich der Differenzierungsverbote deutlich. Die noch in der Entscheidung zur Witwerrente vorgenommene Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Männern und Frauen war ja gerade auch auf die Notwendigkeit der typisierenden Regelung von Massenverhältnissen gestützt worden. Mit dieser schrittweisen Abkehr von den Grundlagen der Witwerrenten-Entscheidung war der Boden für eine erneute Entscheidung über die Hinterbliebenenversorgung in der Sozialversicherung bereitet worden.

1975, zwölf Jahre nach der ersten Entscheidung über die erschwerenden Voraussetzungen der Witwerrente im Sozialversicherungsrecht, entschied das Bundesverfassungsgericht erneut über diese Frage.[119] Das Gericht stellt zunächst fest, daß die Entscheidung im siebzehnten Band der Zulässigkeit der Vorlage nicht entgegenstehe. Zum einen habe sich ein Wandel in der Auslegung des § 1356 Abs. 1 BGB vollzogen. Zehn Jahre zuvor habe es noch der herrschenden Anschauung entsprochen, daß die Pflichten der Frau in Ehe und Familie Vorrang vor ihrem Recht auf Erwerbstätigkeit hätten. Inzwischen gehe man aber allgemein davon aus, daß die Aufgabenteilung in der Ehe der freien Entscheidung der Ehegatten überlassen bleibe und der Frau nicht länger die Haushaltsführung zur primären Pflicht gemacht sei. Zum zweiten sei die Typisierung damals unter anderem deshalb als vertretbar angesehen worden, weil die Zahl der abhängig beschäftigten oder als Selbständige erwerbstätigen verheirateten Frauen einen mäßigen Prozentsatz nicht überstiegen habe. Inzwischen aber habe sich dieser Anteil vervierfacht.

Die Zulässigkeit der Vorlage wurde mit dem Wandel der tatsächlichen Verhältnisse und der Veränderung der Auslegung einfachen Rechts begründet. Daß sich auch die Auslegungsmaßstäbe des Gerichts selbst verändert haben, bleibt unerwähnt. Ganz im Sinne der oben erwähnten Entscheidung zur Beitragserstattung führt das Gericht nun abstrakt aus, daß es zwar im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes genüge, wenn für eine Regelung sachlich einleuchtende Gründe bestünden, die dem Gerechtigkeitsgefühl entsprä-

118 BVerfGE 31, 1, 6.
119 BVerfGE 39, 169.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

chen und keine Willkür erkennen ließen.[120] Für die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 GG aber sei erforderlich, daß der Lebenssachverhalt durch den sich aus dem Geschlecht ergebenden funktionalen Unterschied so entscheidend geprägt werde, daß gemeinsame Elemente vollkommen zurückträten.[121] Die Prüfung nach diesen Grundsätzen spreche dafür, daß die beanstandeten Bestimmungen auf die Dauer nicht aufrecht erhalten werden könnten,[122] die eigentliche Prüfung anhand dieses Maßstabs selbst wird aber nicht vorgenommen. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich darauf zu fragen, ob die in der ersten Witwerrenten-Entscheidung[123] für relevant befundenen Gründe auch heute noch der gesellschaftlichen Entwicklung entsprächen. Es kommt zu dem Schluß, daß sich zwar ein Wandel der Verhältnisse ergeben habe, die Entwicklung aber noch nicht abgeschlossen sei. Dogmatisch befriedigt dieses Vorgehen nicht, da 1963 die Hinterbliebenenversorgung gerade nicht anhand der sonst üblichen Maßstäbe des Gleichberechtigungsgebots überprüft wurde.

Entscheidender Gesichtspunkt ist für das Bundesverfassungsgericht hier aber wohl auch nicht dogmatische Konsistenz, sondern der Vertrauensschutz zugunsten des Gesetzgebers. Nachdem die Verfassungsmäßigkeit dieses Teils der Hinterbliebenenversorgung gerade vor zwölf Jahren festgestellt worden sei, könne dem Gesetzgeber im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht entgegenhalten werden, daß er noch keine Regelung geschaffen habe, die auch für die Zukunft mit dem Gleichberechtigungsgebot vereinbar sei.[124] Das Bundesverfassungsgericht konstatiert eine typische Übergangsphase, in der zwar Tendenzen der Entwicklung erkennbar, deren genauer Verlauf aber nicht vorhersehbar sei.[125] Dem Gesetzgeber müsse ausreichend Zeit gelassen werden, um auf diese Entwicklung reagieren zu können, während derer er sich noch mit Typisierungen und Generalisierungen behelfen dürfe. Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dieser Situation einen Verfassungsauftrag ab, eine Neuregelung zu erarbeiten,[126] sieht sich aber nicht imstande, schon für das Jahr 1975 die Unvereinbarkeit der einschränkenden Voraussetzungen der Witwerrente mit der Verfassung festzustellen.[127]

120 BVerfGE 39, 169, 186.
121 BVerfGE 39, 169, 187.
122 BVerfGE 39, 169, 186.
123 BVerfGE 17, 1.
124 BVerfGE 39, 169, 194.
125 BVerfGE 39, 169, 191.
126 BVerfGE 39, 169, 194 f.
127 BVerfGE 39, 169, 185.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Seither werden bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Maßnahmen der Leistungsverwaltung, wenn sie nach dem Merkmal Geschlecht differenzieren, durchgängig dieselben dogmatischen Kriterien wie bei der Beurteilung anderen Staatshandelns verwendet, so daß der Typisierung als eigenständigem dogmatischem Problem keine Bedeutung mehr zukommt.[128]
Nur scheinbar widerspricht dem die Entscheidung zur Zeugenentschädigung, die wieder den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit betont.[129] Das Bundesverfassungsgericht hielt § 2 Abs. 2 und 3 ZuSEG für verfassungsgemäß, der Hausfrauen eine höhere Zeugenentschädigung zubilligte als anderen Zeugen, die keinen Dienstausfall erlitten. Das Bundesverfassungsgericht sieht im vorliegenden Fall kein Problem des Art. 3 Abs. 2 GG - der Antragsteller des Ausgangsverfahrens war ein Student -, sondern prüft lediglich, ob die Ungleichbehandlung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Zu dem zugespitzten Gleichberechtigungsproblem des Hausmannes,[130] der die höhere Entschädigung haben möchte, äußert sich das Gericht nicht. Seine dogmatischen Aussagen zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind allein auf den allgemeinen Gleichheitssatz bezogen.
Auch der Grundsatz, daß Verwaltungsaufwand allein eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen nicht rechtfertigen kann, wird in der folgenden Rechtsprechung beibehalten.[131] Die Nichtzulassung des Einzelnachweises für die Frauen, die in ihren Herkunftsländern gleiches Entgelt wie ihre männlichen Kollegen bezogen haben, wird in der Fremdrenten-Entscheidung gerade nicht mit dem zusätzlichen Verwaltungsaufwand, sondern dadurch gerechtfertigt, daß die gesamte Regelung des Fremdrentengesetzes nicht an die Verhältnisse in den Herkunftsländern der Vertriebenen und Flüchtlinge, sondern an die Verhältnisse von Vergleichspersonen in der Bundesrepublik anknüpfe.[132]

128 Zur Einordnung der Rentenalter-Entscheidung (BVerfGE 74, 163), die nicht als Wiederaufnahme der alten Typisierungs-Rechtssprechung zu verstehen ist, unten S. 74 ff.
129 BVerfGE 49, 280, 283 ff.; vgl. zu dieser Entscheidung auch unten S. 71 f.
130 Vgl. dazu Sachs, Nichtberücksichtigung, S. 642 ff.
131 Die gegenteilige Bemerkung in BVerfGE 49, 280, 285 ist aus denselben Gründen wie oben nicht auf die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 GG zu beziehen.
132 BVerfGE 43, 213, 230; vgl. aber auch die gegenteiligen Anklänge (S. 227).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

7. *Fazit*

Dem Bundesverfassungsgericht ist es nicht gelungen, klare oder auch nur konsistente Maßstäbe für die Handhabung der Formel von den biologischen und funktionalen Unterschieden zu finden. Es läßt sich bis heute noch nicht einmal ein fester Wortlaut der Formel ausmachen; gemeinsam ist allen Formulierungen lediglich die Verwendung der Stichwörter »biologisch«, »funktional« und »Unterschiede«. Zwei Grundtypen der Formel treten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf: zum einen sollen Differenzierungen zwischen Männern und Frauen »im Hinblick auf die biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses« (Typ 1) erlaubt sein, zum anderen dann, wenn »der biologische oder funktionale Unterschied das zu regelnde Lebensverhältnis so entscheidend prägt, daß gemeinsame Elemente überhaupt nicht zu erkennen sind oder zumindest vollkommen zurücktreten« (Typ 2). Mit Typ 1 begann die Rechtsprechung 1953,[133] von 1963 bis 1975 erlebte Typ 2 seine Konjunktur,[134] seit 1981 scheint sich wieder Typ 1 durchgesetzt zu haben.[135] Die Übergänge werden durch eine Phase der Unsicherheit,[136] d.h. schnell aufeinanderfolgendem Wechsel der Verwendung beider Typen, gekennzeichnet und schließlich durch Entscheidungen geleistet, die beide Typen nebeneinander verwenden.[137] Die Formel wird durch ein zweites Element ergänzt, dessen verschiedenen Manifestationen ein ähnlich wechselvolles Schicksal beschieden ist. Manchmal verlangt das Bundesverfassungsgericht, daß die biologischen oder funktionalen Unterschiede »objektiv« sein müßten, manchmal, daß sie sich aus dem Geschlecht ergeben, manchmal genügt ihr schlichtes Vorliegen. Zwar ist eine Korrelation zwischen Typ 1 und »objektiv«[138] und Typ 2 und »geschlechtsbedingt«[139] nicht zu übersehen, aber es finden sich durchaus auch Mischformen.[140]
Ist schon die Formulierung der Formel nicht eindeutig, kann nicht verwundern, daß es auch die Kriterien für ihr Vorliegen im konkreten Fall nicht sind.

133 BVerfGE 3, 225, 242; ebenso 5, 9, 12.
134 15, 337, 343; 21, 329, 343; 31, 1, 4; 37, 217, 249; 39, 169, 185.
135 57, 335, 342; 63, 181, 194; 68, 384, 390; 74, 163, 179.
136 Erste Übergangsphase: BVerfGE 10, 59, 74 (beide); 11, 277, 281 (Typ 1); zweite Übergangsphase: 43, 213, 225 (Typ 1); 48, 327, 337 (ohne alles); 52, 369, 375 (beide).
137 Erste Übergangsphase: BVerfGE 10, 59, 74; zweite Übergangsphase: 52, 369, 375.
138 BVerfGE 3, 225, 242; 5, 9, 12, 43, 213, 225; 52, 369, 375; 63, 181, 194, 68, 384.
139 BVerfGE 21, 329, 343; 37, 217, 249; 39, 169, 185; 52, 369, 375.
140 BVerfGE 11, 277, 281 (Typ 1, ohne Zusätze); 15, 337, 343 und 31,1, 4 (Typ 2, ohne Zusätze).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Soweit das Bundesverfassungsgericht auf die Vergleichbarkeit der Lebensumstände abhebt, stellen sich vielleicht unlösbare, jedenfalls vom Bundesverfassungsgericht nicht gelöste Probleme ein. Will man dem Gleichberechtigungsgebot als Differenzierungsverbot striktere Maßstäbe als dem allgemeinen Gleichheitssatz zuweisen, bedeutet der Rückgriff auf die Vergleichbarkeit eine Tendenz zur Annäherung beider Vorschriften.

Diese Unklarheiten spiegeln ein grundsätzliches Dilemma der Verwendung der Formel von den biologischen und funktionalen Unterschieden wieder. Versteht man Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot, also dahingehend, daß der Geschlechtsunterschied einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht nicht abgeben kann, setzt schon die bloße Existenz der Formel den Kern dieses Prinzips außer Kraft. Was, wenn nicht »objektive biologische oder funktionale Unterschiede«, konstituiert den Geschlechtsunterschied? So plausibel der Gedanke sein mag, daß bei wesentlichen Unterschieden der Lebensumstände die identische Behandlung sinnwidrig, ungerecht und damit vom Verfassungsgeber sicherlich nicht gewollt ist, so unüberwindlich scheinen die Hindernisse, diese Überlegung im Rahmen eines Differenzierungsverbots dogmatisch überzeugend zu lösen. Ist der zentrale Geschlechtsunterschied aber nicht mehr Inhalt eines Verbots, nach dem Geschlecht zu differenzieren, erscheint es fraglich, ob das Differenzierungsverbot überhaupt noch einen eigenständigen Gehalt hat. Gibt es keinen »Geschlechtsunterschied«, müßte eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen schon nach dem allgemeinen Gleichheitssatz unzulässig, da ohne sachlichen Grund, sein. Jedenfalls aber lassen sich die Kriterien für die Bestimmung der Reichweite bzw. des Umfangs der relevanten biologischen oder funktionalen Unterschiede aus einem Verständnis als Differenzierungsverbot nicht entwickeln. In Anbetracht dessen, daß die Unterdrükkung der Frau jahrhundertelang mit der Existenz von objektiven, insbesondere biologischen Unterschieden zwischen Männern und Frauen gerechtfertigt wurde, ist zumindest prima facie zweifelhaft, ob eine Verfassungsvorschrift, die die Gleichberechtigung der Frau garantiert, solchen Argumentationssträngen gegenüber »offen« sein will.

Trotzdem sich die Rechtsprechung zu den biologischen und funktionalen Unterschieden so uneinheitlich und widersprüchlich darstellt,[141] gibt es ein

141 Es ist darauf verzichtet worden, die Rentenalter-Entscheidung (BVerfGE 74, 163) in die Analyse der Formel von den objektiven Unterschieden miteinzubeziehen. Tragender Gesichtspunkt der Entscheidung ist der Gedanke der Kompensation, nicht das Vorliegen biologischer Unterschiede (auch wenn dies in BVerfGE 74, 163, 180 so klingen könnte). Sollte die Entscheidung aber wirklich in die bisherige Formel einzupassen sein, wäre die dogmati-

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Prinzip, welches alle bisherigen Entscheidungen harmonisieren kann: das Bundesverfassungsgericht hat die Formel von den biologischen und funktionalen Unterschieden nicht einmal herangezogen, um eine zum Nachteil der Frau differenzierende Regelung zu rechtfertigen. Schon überrascht, wie selten überhaupt die Formel für entscheidend gehalten wurde. Dies steht in krassem Mißverhältnis zu der Bedeutung, die der Formel als dogmatischer Figur zukommt. Lediglich drei Mal wurde die Verfassungsmäßigkeit einer Differenzierung nach dem Geschlecht auf das Vorliegen biologischer, bzw. funktionaler Unterschiede gestützt: die Benachteiligung des Mannes in der Arbeitszeitordnung,[142] die Strafbarkeit männlicher (und nicht weiblicher) Homosexualität[143] und die alleinige Belastung des Vaters eines nichtehelichen Kindes mit dem finanziellen Unterhalt[144] wurden aus diesen Gründen für vereinbar mit der Verfassung erklärt.[145] Selbst wenn man die Entscheidungen zur Hinterbliebenversorgung in der Sozialversicherung[146] so versteht, als seien dort funktionale Unterschiede als entscheidend angesehen worden,[147] können sie die vorgetragene These nicht falsifizieren, da das Bundesverfassungsgericht die Benachteiligung der erwerbstätigen Frau damals[148] nicht gesehen hat.[149]

Das Prinzip, daß biologische oder funktionale Unterschiede nicht zu Lasten der Frau angenommen werden dürfen, ist vom Bundesverfassungsgericht so nie ausgesprochen worden.[150] Als dogmatisches Prinzip im Rahmen eines

sche Unsicherheit weit größer als bisher schon angenommen; dann nämlich feierten die traditionell-arbeitsteiligen Unterschiede in der Rechtfertigung der Nichtanwendbarkeit des Gleichberechtigungssatzes fröhliche Urständ; vgl. zur Einordnung dieser Entscheidung auch Eckertz-Höfer, S. 467 ff.

142 BVerfGE 5, 9.

143 BVerfGE 6, 389.

144 BVerfGE 11, 277.

145 In der Entscheidung zum Sorgerecht für das nichteheliche Kind (BVerfGE 56, 363) vermeidet es das Bundesverfassungsgericht gerade, sich ausdrücklich auf die Formel zu stützen, wenn es in einigen Formulierungen der Annahme biologischer Unterschiede auch sehr nahe kommt (insb. S. 389 f.).

146 BVerfGE 17, 1 (und die gleichzeitig verkündeten Entscheidungen).

147 Meines Erachtens war für das Bundesverfassungsgericht der Gedanke der Typisierung maßgebend, vgl. oben S. 37 ff.

148 Erst in der zweiten Witwerrenten-Entscheidung (BVerfGE 39, 169, 189) wird die Benachteiligung der Frau gesehen.

149 Zur Klarstellung soll auch allgemeiner darauf hingewiesen werden, daß die These, die Formel sei nie zum Nachteil der Frau angewendet worden, nicht bedeuten soll, daß es keine frauendiskriminierenden Entscheidungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes gäbe. Doch stützten sie sich nicht auf biologische oder funktionale Unterschiede, wenn das Bundesverfassungsgericht eine Benachteiligung der Frau sah.

150 Immerhin aber angedeutet in BVerfGE 74, 163, 179.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Differenzierungsverbots ist es auch offensichtlich untauglich. Entweder die Unterschiede sind relevant - dann aber auch für Frauen - oder sie sind es nicht; tertium non datur.

II. Die Ergänzung: Benachteiligung und Bevorzugung

Der Begriff der Benachteiligung hat schon eine gewisse Rolle bei der Beurteilung der Frage gespielt, ob biologische oder funktionale Unterschiede eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen rechtfertigen können. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, die Vergleichbarkeit als strukturelle Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 GG fehle, wenn die rechtliche Regelung mit den »Begriffen ›Benachteiligen‹ und ›Bevorzugen‹ nicht mehr sinnvoll zu erfassen ist - sie passen nicht mehr«.[151] In zahlreichen Entscheidungen nimmt das Bundesverfassungsgericht aber auch eine ausführliche Prüfung der Benachteiligung vor, nachdem die Anwendbarkeit des Gleichberechtigungsgebots schon bejaht worden ist. Allgemeine Kriterien für diese Prüfung entwickelt das Gericht allerdings nicht oder spricht sie jedenfalls nicht aus.

Vom Begriff des Differenzierungsverbots ausgehend, ist es auch schwierig, wenn nicht unmöglich, solche Kriterien stimmig zu entwickeln.[152] Für das Differenzierungsverbot ist allein entscheidend die Unterschiedlichkeit der Rechtsfolgen; dem kann eine Prüfung im Hinblick auf Benachteiligung oder Bevorzugung nichts hinzufügen. Denn jede Rechtsfolge ist entweder belastend oder begünstigend. Das Problem der Rechtsnormen mit »gemischtem Charakter« ist schon aus dem Verwaltungsrecht bei der Bestimmung der zulässigen Klageart näher bekannt. Hier wie dort kann die Rechtsnorm in ihre einzelnen Elemente zerlegt werden, die schließlich als Belastung oder Begünstigung identifiziert werden können. Diese Zerlegung ist allerdings, anders als im Verwaltungsrecht, im Rahmen des Differenzierungsverbots im Regelfall nicht einmal nötig, da es - wie der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG zeigt - Benachteiligung wie Bevorzugung untersagt.[153]

Aus dem Verständnis des Gleichberechtigungsgebots als Differenzierungsverbot kann eine eigenständige Prüfung des Vorliegens von Benachteiligung

151 BVerfGE 6, 389, 423; ähnlich 10, 59, 74; 37, 217, 249.

152 Vgl. dazu Sachs, Grenzen, S. 265 ff.

153 Als einzige Ausnahmen kämen »bloße Ordnungsvorschriften« in Betracht; deren Existenz erscheint aber mehr als zweifelhaft; vgl. dazu Sachs, Grenzen, S. 276 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und Bevorzugung weder begründet, noch können hieraus Kriterien für eine solche Prüfung entwickelt werden. Ein Differenzierungsverbot trägt formellen Charakter insofern, als es die Ungleichbehandlung untersagt. Die Arten der Ungleichbehandlung zu gewichten, sie als mehr oder weniger relevant zu bestimmen oder die Ungleichbehandlung in Bezug zu anderen Regelungen zu setzen und damit zur Verneinung einer Benachteiligung zu kommen, kann nur auf der Grundlage eines materiellen Verständnisses geschehen. Erst ein materielles Verständnis von Gleichberechtigung kann einen Bezugspunkt abgeben, wenn die Tatsache der Ungleichbehandlung allein für einen Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot nicht ausreichen soll. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll deshalb daraufhin befragt werden, welche Kriterien sie bei der Benachteiligungsprüfung verwendet.

1. Der Auftakt

Die erste Entscheidung, die das Vorliegen einer Benachteiligung ausführlich prüft, hatte den Stichentscheid des Vaters zum Gegenstand.[154] Zunächst stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß die Regelungen über die elterliche Sorge ohne Rücksicht auf etwa bestehende funktionale oder biologische Unterschiede in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG fallen.[155] Daran anschließend, unter einem eigenen Gliederungspunkt, fragt das Gericht, ob die Mutter benachteiligt werde.[156] Fehlte die Benachteiligung, wäre diese Regelung ohne weitere Prüfung mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar. Drei der in folgenden Entscheidungen wieder aufgenommenen Elemente einer Benachteiligungsprüfung werden hier eingeführt.
Zum einen beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht nicht auf eine Untersuchung der rechtlichen Situation in ihrer Abstraktheit, sondern setzt sich ausführlich mit der faktischen Situation auseinander. Es bemängelt, daß die Benachteiligung der Mutter rechtlich die schon faktisch stärkere Position des Mannes stärke,[157] und führt aus, daß die Bereitschaft zur Einigung beim Vater naturgemäß durch das Bewußtsein gemindert werde, die Entscheidung im Konfliktfall stehe ihm ohnehin zu.[158] Außerdem weist das Bundesverfas-

154 BVerfGE 10, 59; zur Sachverhaltsdarstellung siehe oben S. 31.
155 BVerfGE 10, 59, 74 f.
156 BVerfGE 10, 59, 76.
157 BVerfGE 10, 59, 78.
158 BVerfGE 10, 59, 79.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sungsgericht darauf hin, daß der in § 1628 Abs. 3 BGB vorgesehene Weg der Übertragung der Entscheidungszuständigkeit auf die Mutter durch das Vormundschaftsgericht für eine Ehefrau, der an der Fortsetzung der Ehe gelegen sei, praktisch wegfalle.[159]

Mit der Bejahung der Benachteiligung durch die differenzierende Regelung ist die Prüfung aber noch nicht zu Ende. In einem zweiten Schritt fragt das Bundesverfassungsgericht in einer Zusammenschau mit anderen rechtlichen Regelungen, ob diese Benachteiligung der Mutter durch andere Normen aufgewogen werden könne. Schon beim Einstieg in die Prüfung der Benachteiligung hebt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, daß die väterliche Gewalt im modernen Recht nicht länger Herrschaftsrecht, sondern ein mit Verantwortung verknüpftes, durch die Pflicht, dem Wohl des Kindes zu dienen, gebundenes Sozialrecht sei. Dennoch höre es damit nicht auf, ein Vorrecht zu sein; mit der Verantwortung seien auch Einfluß und Recht untrennbar verknüpft.[160] Noch deutlicher wird dieser Gesichtspunkt der Prüfung, wenn sich das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich fragt, ob die Benachteiligung der Mutter durch den Weg des § 1628 Abs. 3 BGB »aufgewogen« werden könne.[161] Und schließlich setzt sich das Bundesverfassungsgericht damit auseinander, ob das Leitbild des § 1627 BGB – die elterliche Gewalt sei in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben -, als Leitbild der elterlichen Verantwortung die Benachteiligung der Frau aufheben könne.[162] Zwar kommt das Bundesverfassungsgericht in allen Punkten zu dem Schluß, daß die Benachteiligung durch andere Regelungen nicht ausgeglichen werde. Doch ist schon die Art der Fragestellung, die Vorstellung, die das Aufwiegen einer benachteiligenden Regelung als möglich voraussetzt, ein Schritt, der sich vom Denken in Kategorien eines Differenzierungsverbots löst.

Schließlich hält das Gericht unter bestimmten Umständen selbst eine vorhandene und überwiegende Benachteiligung für vereinbar mit Art. 3 Abs. 2 GG. Es führt zwar für den vorliegenden Fall aus, daß es sich bei der Zurücksetzung der Mutter nicht um eine Grenzsituation handele, die um ihrer vergleichsweisen Unbeträchtlichkeit willen hinzunehmen wäre,[163] setzt damit die Existenz solcher »Grenzsituationen« aber gerade voraus. Für die These, daß Grenzsituationen der Benachteiligung mit dem Gleichberechtigungsge-

159 BVerfGE 10, 59, 77 f.
160 BVerfGE 10, 59, 76.
161 BVerfGE 10, 59, 77.
162 BVerfGE 10, 59, 78 f.
163 BVerfGE 10, 59, 78.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

bot vereinbar sein sollen, gibt das Bundesverfassungsgericht keine Begründung; man fühlt sich nur an das alte Rechtsprinzip »minima non curat praetor« erinnert. Für ein Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Differenzierungsverbot kann es aber mehr oder weniger verfassungsrechtlich problematische Differenzierungen zwischen Männern und Frauen nicht geben. Ist die Verwendung des Geschlechtsunterschieds als Differenzierungskriterium das Übel, welches das Gleichberechtigungsgebot bekämpfen soll, so ist jede Differenzierung nach dem Geschlecht verboten. Zwischen Differenzierungen »verschiedenen Gewichts« zu unterscheiden, wird erst möglich, wenn der Inhalt des Gleichberechtigungsgebots anders gefaßt wird, als schlicht unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen zu verbieten. Um Beeinträchtigungen unterschiedlicher Schwere unterscheiden zu können, muß ein materieller Bezugspunkt vorhanden sein, muß Gleichberechtigung - wie immer im einzelnen zu verstehen - als materielles Prinzip der Gleichordnung von Männern und Frauen begriffen werden. Dem entspricht es, wenn das Bundesverfassungsgericht die zu prüfende Regelung der elterlichen Gewalt dem »Kern der Gleichordnung der Eltern«[164] zuordnet, oder ausführt, der Stichentscheid schwäche die Stellung der Frau »gerade in dem Bereich, in dem ihr Wesen am tiefsten wurzelt«.[165]

2. Benachteiligende Auswirkungen

In den meisten Fällen ergibt sich die Benachteiligung eines Geschlechts schon unmittelbar und für jeden ersichtlich aus der differenzierenden Regelung selbst; eine besondere Prüfung benachteiligender Auswirkungen erübrigt sich. Im folgenden soll auf einige Entscheidungen hingewiesen werden, in denen das Bundesverfassungsgericht den bestrittenen Regelungen zwar unschwer die differenzierende, nicht aber die benachteiligende Wirkung ansehen konnte. Solche Begründungsbedürftigkeit bestand vor allem in den Fällen, in denen von (einem Teil) der Literatur die benachteiligende Wirkung für die Frau bestritten wurde, wie etwa beim väterlichen Stichentscheid[166] oder der Staatsangehörigkeit ehelicher Kinder.[167]

164 BVerfGE 10, 59, 78.
165 BVerfGE 10, 59, 78.
166 BVerfGE 10, 59, 72 mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand in der Literatur.
167 BVerfGE 37, 217, 222 mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand in der Literatur.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

§ 4 RuStAG[168] bestimmte, daß durch die Geburt das eheliche Kind eines Deutschen die Staatsangehörigkeit des Vaters, das uneheliche Kind einer Deutschen die Staatsangehörigkeit der Mutter, und das eheliche Kind einer Deutschen die Staatsangehörigkeit der Mutter nur dann erhielt, wenn es sonst staatenlos sein würde. Das Bundesverfassungsgericht hielt diese Regelung für unvereinbar mit dem Grundgesetz, soweit danach das eheliche Kind einer deutschen Mutter nicht unter gleichen Voraussetzungen die deutsche Staatsangehörigkeit erwarb wie das eheliche Kind eines deutschen Vaters.

Diesmal prüft das Bundesverfassungsgericht, anders als in der Entscheidung zum Stichentscheid, das Vorliegen einer Benachteiligung vor der Frage, ob biologische oder funktionale Unterschiede eine Differenzierung rechtfertigen. Zunächst muß es aber feststellen, ob in den Rechtskreis der Eltern durch die Regelung der Staatsangehörigkeit des Kindes überhaupt eingegriffen wird. Es war behauptet worden, daß § 4 RuStAG allein den objektiven Status des Kindes regele, von dem allenfalls rechtsunerhebliche Tatbestands- oder Reflexwirkungen auf die Eltern ausgingen. Um dieses Argument zurückzuweisen, stützt sich das Bundesverfassungsgericht vor allem auf die benachteiligenden Auswirkungen, die § 4 RuStAG im Hinblick auf die Stellung der Mutter in der Familie habe. Diese werde erheblich beeinträchtigt, wenn die durch das Abstammungsprinzip wesentlich bestimmte Familienzusammengehörigkeit allein im Verhältnis Vater-Kind anerkannt werde, und sei unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 2 GG bereits relevant, soweit sie sich im immateriellen Bereich auswirke.[169] Zudem wirke sich der Ausländerstatus des Kindes negativ auf die Ausübung der Elternrechte der Mutter aus,[170] wie sich bei der Unterwerfung des Kindes unter das Ausländergesetz oder bei Streitigkeiten der Eltern darüber zeige, wie die elterliche Gewalt im konkreten Fall wahrzunehmen sei. Die Gegenmeinung hatte der Berücksichtigung dieser Rechtsfolgen entgegengehalten, diese erwüchsen nicht unmittelbar aus der zu prüfenden Regelung der Staatsangehörigkeit und könnten daher erst bei der Anwendung des betreffenden Gesetzes im Einzelfall verfassungsrechtlich relevant werden. Das Bundesverfassungsgericht weist eine solche isolierte Betrachtungsweise entschieden zurück. Der Gesetzgeber ha-

168 Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913 (RGBl. S. 583) in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 19. Dezember 1963 (BGBl. I S. 982).

169 BVerfGE 37, 217, 246.

170 BVerfGE 37, 217, 246 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

be die Regelung des Erwerbs der Staatsbürgerschaft in Kenntnis von den sich daraus nach innerstaatlichem Recht ergebenden Folgerungen vorgenommen. »Solche zwangsläufigen oder systembedingten Ausstrahlungswirkungen einer bestimmten gesetzlichen Regelung (müssen) bei deren Prüfung einbezogen werden«.[171]

Das Bundesverfassungsgericht berücksichtigte solche zwangsläufigen Folgen einer Regelung freilich nicht immer. Am 26. November 1963 erklärte das Gericht das in § 1355 S. 1 BGB mitenthaltene Gebot der Führung eines einheitlichen Ehe- und Familiennamens für vereinbar mit dem Grundgesetz.[172] Eine Fachärztin hatte beantragt, ihren Geburtsnamen auch nach der Eheschließung weiterführen zu können. Der Zwang zum einheitlichen Ehe- und Familiennamen benachteilige insbesondere die Frauen, die sich vor der Eheschließung unter ihrem eigenen Namen im Berufsleben Ansehen verschafft hätten. Das Bundesverfassungsgericht geht auf dieses Argument nicht ein, sondern stellt lapidar fest, das Gebot der Führung eines einheitlichen Ehe- und Familiennamens könne schon deshalb nicht gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstoßen, weil das Erfordernis des einheitlichen Namens beide Ehepartner »in gleicher Weise« treffe;[173] der Zwang zum gemeinsamen Familiennamen sage noch nichts darüber aus, wie dieser Familienname zu lauten habe. 1963 aber war nach § 1355 BGB a.F. der einheitliche Ehe- und Familienname noch zwingend der Name des Mannes.[174] Unter diesen Umständen ist die Feststellung des Gerichts, beide Ehepartner seien in gleicher Weise betroffen, nicht nachvollziehbar; mit dem Kriterium der Entscheidung zur Staatsangehörigkeit, daß »zwangsläufige oder systembedingte Auswirkungen« bei der Beurteilung der Benachteiligung Berücksichtigung finden sollen, läßt sie sich jedenfalls nicht vereinbaren.[175]

171 BVerfGE 37, 217, 247.

172 BVerfGE 17, 168.

173 BVerfGE 17, 168, 171.

174 Insoweit läßt das Bundesverfassungsgericht die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit noch offen. Erst nach der Neuregelung durch das Erste Ehereformgesetz vom 14. Juni 1976 (BGBl. I S. 1421), das den Ehegatten die Wahl des gemeinsamen Ehenamens überläßt, stellt das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 48, 327 die Unvereinbarkeit der alten Regelung mit der Verfassung fest. Das Bundesverfassungsgericht verlangt daher eine Übergangsregelung auch für Ehen, die zwischen dem 1. April 1953 und dem 1. Juli 1976 geschlossen wurden.

175 Der Zwang zur Führung eines einheitlichen Familiennamens nach der derzeit geltenden Regelung ist vom Bundesverfassungsgericht, NJW 1988, S. 1577, zu Unrecht gebilligt worden. Dethloff/Walther, S. 41 ff., begründen überzeugend einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG. Gerade hier stellt sich aber auch ein typisches Problem der mittelbaren Benachteiligung. Kaum überraschend wählen über 95% aller Ehepaare den Namen des Mannes zum

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Überraschen muß in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung zum Kinderzuschlag.[176] § 19 Abs. 2 Nr.1 Satz 1 BBesG bestimmte, daß der Kinderzuschlag, wenn ein Kinderzuschlag beiden Elternteilen zustand, dem Vater allein, auf Antrag eines Anspruchsberechtigten jedem von ihnen zur Hälfte, gewährt wurde. Eine Ehefrau hatte nun im Einverständnis mit ihrem Ehemann beantragt, ihr den Kinderzuschlag in voller Höhe als Teil ihres Gehaltes auszuzahlen. Die zuständige Behörde hatte dies unter Berufung auf § 19 BBesG verweigert. Das Bundesverfassungsgericht hielt § 19 BBesG für vereinbar mit dem Grundgesetz.
Es geht davon aus, daß nach § 19 BBesG der Kinderzuschlag Vater und Mutter jeweils zur Hälfte zustehe. Die vorgesehene Auszahlung an den Vater in voller Höhe bezwecke lediglich eine Vereinfachung der Zahlungsweise, während es beiden Elternteilen möglich sei, durch einen Antrag diese materielle Regelung auch für ihren Fall zu verwirklichen. Als »Auszahlungsmodalität« könne sie den Gleichheitssatz nicht verletzen.[177] Der Kinderzuschlag wird als Teil des Gehaltes relevant, wenn es zur Berechnung des Übergangsgeldes oder einer Abfindung nach §§ 152 bis 154 BBG kommt. Während der Mann dann den gesamten Kinderzuschlag geltend machen kann, kann für die Frau maximal der hälftige Kinderzuschlag in Betracht gezogen werden. Wie das Bundesverfassungsgericht argumentieren kann, der Nachteil, den die Ehefrau bei der Berechnung der Abfindung erleide, liege nicht in der Regelung des Gesetzes, sondern in der Unterlassung der Abgabe einer dem § 19 Abs. 2 BBesG entsprechenden Erklärung, bleibt unverständlich; es gab ja gerade - worauf die Beschwerdeführerin abhob - überhaupt keinen Weg, wie sie denselben finanziellen Vorteil wie ein Mann erhalten konnte.

3. Aufwiegen der Benachteiligung

Eine Gruppe von Entscheidungen nimmt, wie schon das Urteil zum Stichentscheid,[178] eine Gesamtbewertung vor, in der begünstigende und be-

gemeinsamen Familiennamen. Kann es überzeugen, eine »Wahlfreiheit«, die ganz überwiegend zu denselben Ergebnissen führt wie die verbindliche Festlegung des Mannesnamens, als nicht problematisch unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung anzusehen? Offensichtlich ist der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 aber jedenfalls insoweit, als der Geburtsname des Mannes gemeinsamer Familienname wird, wenn die Ehegatten keine Bestimmung treffen (§ 1355 Abs. 2 S. 2 BGB); so auch Dethloff/Walther, S. 46.

176 BVerfGE 34, 48.
177 BVerfGE 34, 48, 51.
178 BVerfGE 10, 59.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nachteiligende Rechtsfolgen gegeneinander abgewogen werden. Für die Auswirkungen der Staatsangehörigkeit im öffentlichen Recht scheint dem Bundesverfassungsgericht ein Überwiegen der negativen Folgen offensichtlich. Zwar gebe es einige Begünstigungen von Ausländern, z.B. die Freistellung von staatsbürgerlichen Pflichten, insb. von der Wehrpflicht, regelmäßig aber führe der Status als Ausländer zu einer Schlechterstellung, wie sich z.B. im Ausländerrecht und im Sozialrecht zeige.[179] Die Beurteilung für den Bereich des Internationalen Privatrechts dagegen scheint dem Bundesverfassungsgericht weniger eindeutig. Unter Umständen könne die Anwendung ausländischen Rechts im Einzelfall für den Betroffenen günstiger sein als die Anwendung deutschen Rechts. Dennoch blieben auch hier die nachteiligen Auswirkungen bestehen, da gegenüber dem Betroffenen, zumal wenn er in der Bundesrepublik lebe, nicht das ihm vertraute Recht angewendet werde und die Ermittlung ausländischen Rechts häufig schwierig und kostspielig sei.[180] Einige Jahre später stellt das Bundesverfassungsgericht noch deutlicher klar, daß die kollisionsrechtliche Zurücksetzung der Frau unabhängig vom Inhalt des danach anzuwendenden materiellen Rechts zu ihrer Benachteiligung führe.[181]

In zwei anderen Entscheidungen scheint dem Bundesverfassungsgericht umgekehrt das Überwiegen der Begünstigung von Frauen so offensichtlich, daß es meint, auf eine Feststellung der nachteiligen Wirkungen verzichten zu können.

Im Jahre 1974[182] entschied das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit der Zuschußpflicht des Arbeitgebers nach § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG. Die in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Frauen erhalten während der Schutzfrist von ihrer Krankenkasse ein Mutterschaftsgeld, das dem bisherigen täglichen Nettoverdienst bis zu einer Höchstgrenze entspricht. Übersteigt der Nettoverdienst diese Höchstgrenze, muß in der Regel der Arbeitgeber einen Zuschuß in Höhe des Differenzbetrages bezahlen. Auf die Klage einer Frau gegen ihren Arbeitgeber, der sich weigerte, diesen Zuschuß zu entrichten, legte das Landesarbeitsgericht Düsseldorf dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob die Zuschußpflicht des Arbeitgebers mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Das Bundesverfassungsgericht prüft zu-

179 BVerfGE 37, 217, 242.
180 BVerfGE 37, 217, 243 f.
181 BVerfGE 63, 181, 195 zu Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 erster Halbsatz EGBGB; BVerfGE 68, 384, 390 zu Art. 17 Abs. 1 EGBGB.
182 BVerfGE 37, 121; Wiedervorlage nach der Unzulässigkeit in BVerfGE 34, 257.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nächst deren Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 4 GG. Es stellt fest, daß Art. 6 Abs. 4 GG die Mutter, nicht aber den Arbeitgeber schütze und hält das Mutterschutzgesetz insoweit für eine Verwirklichung dieses Verfassungsgebots.[183] Es sieht aber auch, daß die dem Arbeitgeber auferlegte Pflicht, manchmal einen Teil des Mutterschaftsgeldes tragen zu müssen, zu einer Benachteiligung von Frauen führen könnte, wenn dadurch die Beschäftigungschancen für jüngere Frauen oder ihr Lohnniveau beeinträchtigt würden.[184] Das Bundesverfassungsgericht meint aber, die Frage, ob solche Benachteiligungen der Frauen mit Art. 6 Abs. 4 GG vereinbar seien, aus zwei Gründen offenlassen zu können. Zum einen sei nicht ersichtlich, daß sich die Regelung bisher tatsächlich in dieser Richtung ausgewirkt habe.[185] Zum anderen »würden solche Nebenwirkungen nicht ausreichen, um die unbestreitbare Begünstigung der Mütter in Frage zu stellen«.[186] Das Problem, »den Widerstreit zwischen den Aufgaben der Frau als Mutter und ihrer Stellung im Berufsleben als Arbeitnehmerin ... auszugleichen«,[187] diskutiert das Bundesverfassungsgericht allein im Zusammenhang von Art. 6 Abs. 4 GG. Dies ist insoweit konsequent, als das Bundesverfassungsgericht den Mutterschutz nicht als Problem des Art. 3 Abs. 2 GG begreift; Mutterschutz ist das Paradebeispiel für einen Sachverhalt, der nur in einem Geschlecht verwirklicht werden kann, und damit dem Gleichberechtigungsgebot als Differenzierungsverbot nicht unterfällt. Die Benachteiligungen aber, die das Bundesverfassungsgericht hier selbst anspricht, betreffen alle Frauen als potentielle Mütter. Ob es überzeugen kann, aus dem besonderen Schutz der Mutter in Art. 6 Abs. 4 GG Nachteile für alle erwerbstätigen Frauen zu rechtfertigen, soll hier nicht weiterverfolgt werden.

183 BVerfGE 37, 121, 125 f.

184 BVerfGE 37, 121, 125.

185 Diese Feststellung des Bundesverfassungsgerichtes ist höchst erstaunlich. Der Arbeitgeber, der entweder Männer bevorzugt oder Frauen geringeren Lohn zuspricht, handelt rational im Rahmen der ökonomischen Logik. Werden alle anderen Bedingungen gleich gehalten und hat der Arbeitgeber die Wahl zwischen zwei Personen, die identische Arbeitsleistung erbringen, für das Unternehmen also identischen Wert besitzen, gibt es für den Arbeitgeber kein vernünftiges Kriterium, einen der beiden Bewerber vorzuziehen. Handelt es sich aber um einen Mann und eine Frau, geht der Arbeitgeber nur bei Einstellung der Frau das Risiko ein, Mutterschaftsgeld bezahlen zu müssen. Selbst wenn der Fall der Mutterschaft nicht eintritt, ist dies erst im nachhinein ersichtlich. Das Risiko besteht, und nach ökonomischen Gesetzen muß auch für ein Risiko »bezahlt« werden. Will der Arbeitgeber die Kosten, die er für dieselbe Leistung erbringen muß, möglichst gering halten, hat er nur die Wahl, entweder den Mann einzustellen oder der Frau niedrigeren Verdienst anzubieten. So kann es nicht überraschen, wenn genau die oben genannten Argumente von Verantwortlichen in der Wirtschaft immer wieder vorgebracht werden.

186 BVerfGE 37, 121, 126.

187 BVerfGE 37, 121, 125.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In einer späteren Entscheidung argumentiert das Bundesverfassungsgericht ähnlich, diesmal aber unmittelbar auf Art. 3 Abs. 2 GG bezogen. Eine Witwe hatte sich dagegen gewehrt, daß sie nicht mehr als 60% der Sozialversicherungsrente ihres verstorbenen Ehemannes erhält. Da die Höhe der Hinterbliebenenrente im Angestelltenversicherungsgesetz, ohne nach dem Geschlecht zu unterscheiden, berechnet wird, stellt sich das Problem einer mittelbaren Benachteiligung. In der Realität haben ganz überwiegend Witwen einen Anspruch auf Hinterbliebenenrente, Witwer erhalten sie nur in seltenen Fällen. Das Bundesverfassungsgericht möchte die Frage offen lassen, ob »eine derartig einseitige praktische Folge ... gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau verstoßen könnte«,[188] indem es vorsorglich jedenfalls die Benachteiligung von Frauen durch die umstrittene Regelung ablehnt. Männer erhalten Hinterbliebenenrenten nur unter erschwerten Bedingungen, so daß Frauen gegenüber Männern, nicht »generell benachteiligt«, sondern im Gegenteil oft bevorzugt seien.[189]

Indem das Bundesverfassungsgericht in diesen kurzen Passagen ein Überwiegen der begünstigenden Folgen für Frauen bejaht, ohne überhaupt darauf einzugehen, ob die nachteiligen Folgen rechtlich relevant sind, wechselt das Gericht den Blickwinkel. Es werden nicht mehr Benachteiligungen und Begünstigungen abgewogen, die notwendig für jede einzelne eintreten, sondern solche, die Frauen typischerweise treffen. Die »unbestreitbare Begünstigung«[190] existiert nur für Mütter, während die nachteiligen Auswirkungen alle (jüngeren) Frauen treffen können. Ebenso verhält es sich mit der Hinterbliebenenrente. Die Benachteiligung - die Hinterbliebenenrente beträgt nur 60% der Sozialversicherungsrente des Verstorbenen - trifft sehr viele Frauen, während »bevorzugt« nur die Gruppe von Frauen ist, die Hinterbliebenenrente erhält, welche ein Witwer unter gleichen Bedingungen nicht erhalten hätte. Diese Art des Vergleichens ist nur sinnvoll, wenn man sein Hauptaugenmerk auf die gesamte Gruppe und nicht länger auf das betroffene Individuum legt. Nur dann kann sich begründen lassen, weshalb die einzelne Nachteile hinzunehmen hat, obwohl sie persönlich vielleicht nicht in den Genuß der Vorteile gekommen ist, wenn nur die Vorteile - über die ganze Gruppe betrachtet - die Nachteile überwiegen. Von einem Verständnis als Differenzierungsverbot ist eine solche Betrachtungsweise weit entfernt.

188 BVerfGE 48, 346, 366.
189 BVerfGE 48, 346, 366.
190 BVerfGE 37, 121, 126.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. Gewichtung der Benachteiligung

Hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Stichentscheid die Unbeachtlichkeit von Grenzsituationen noch en passant eingeführt,[191] so wird diese Überlegung zum tragenden Moment in der zweiten Entscheidung zum Namensrecht bei der Adoption.[192]

Nach § 1758 BGB[193] erhielt ein an Kindes Statt angenommenes Kind grundsätzlich den Familiennamen des Annehmenden. Wurde das Kind aber von einer Frau adoptiert, die infolge ihrer Verheiratung den Familiennamen des Mannes führte, war zu dessen Weitergabe nach § 1758 a BGB die Zustimmung des Ehemannes oder früheren Ehemannes erforderlich. Die Zustimmung des Ehemannes konnte bei Kindern unter achtzehn Jahren unter bestimmten Voraussetzungen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Die Beschwerdeführerin hatte 1950 geheiratet und war seit 1961 verwitwet. Der Kindesannahmevertrag mit dem Beschwerdeführer wurde im Februar 1963 geschlossen. Zu diesem Zeitpunkt war der Beschwerdeführer bereits 31 Jahre alt. Der Standesbeamte lehnte es daher unter Hinweis auf § 1758 a Abs. 2 BGB ab, dem Beschwerdeführer, wie im Annahmevertrag vorgesehen, den Ehenamen der Annehmenden zuzuerkennen. Die Beschwerdeführer hielten § 1758 a BGB insoweit für verfassungswidrig.[194]

Wie in den anderen bisher vorgestellten Entscheidungen prüft das Bundesverfassungsgericht zunächst, ob die Frau durch diese Regelung überhaupt benachteiligt wird. Nachdem es dies bejaht hat,[195] untersucht es die Schwere der Benachteiligung. Der Abwägungsvorgang unterscheidet sich von den bisherigen, da im vorliegenden Fall der Benachteiligung keine Begünstigungen

191 BVerfGE 10, 59, 78. Auch BVerfGE 26, 265, 275 f. hat davon gesprochen, daß ein nicht sehr intensiver Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG bei typisierenden Regelungen hingenommen werden könne.

192 BVerfGE 19, 177.

193 In der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957 (BGBl. I S. 609).

194 Zwei Jahre zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht einen ähnlichen Fall zu entscheiden gehabt (BVerfGE 17, 99). Diesem lag eine 1955 durchgeführte Adoption zugrunde; die Ehe der Annehmenden war aber 1908 geschlossen und 1912 geschieden worden. Das Gericht erkennt zwar an, daß »mindestens von der menschlichen Seite her eine Benachteiligung der Frau durch die Namensregelung für das Adoptivkind nicht in Abrede« gestellt werden könne (a.a.O., S. 106). Entscheidend sei aber, daß die Annehmende den Namen Gräfin von L. vor diesem Zeitpunkt mit der Beschränkung des § 1758 Abs. 1 S. 2 BGB a. F. erhalten habe, und diese Beschränkung mit der Scheidung endgültig wirksam geworden sei. Die gerügte Ungleichbehandlung sei also nicht »unter der Herrschaft des Grundgesetzes herbeigeführt worden« (a.a.O., S. 108).

195 BVerfGE 19, 177, 182 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gegenüberstehen.[196] Es wird also allein auf den Grad der Benachteiligung abgestellt. Diesen hält das Bundesverfassungsgericht für nicht sehr gravierend, da die Benachteiligung der Frau bei Kindern unter achtzehn Jahren lediglich darin liege, daß sie die Zustimmung ihres Ehemannes beschaffen oder die Ersetzung der Zustimmung durch das Vormundschaftsgerichtes beantragen müsse.[197] Denn das Bundesverfassungsgericht verlangt, daß die zuständigen Fachgerichte das »wesentliche Interesse« von Mutter und Kind an der Führung desselben Namens berücksichtigen; daher solle die Zustimmung zur Übertragung des Ehenamens die Regel, die Verweigerung die Ausnahme bilden.[198] Daß der Frau die Weitergabe des Ehenamens so nur bei Vorliegen zwingender Gründe versagt werde, könne bei einer »Gesamtbetrachtung der Namensregelung« hingenommen werden. Die berechtigten Interessen des Mannes oder seiner Familie verdienten Berücksichtigung.[199] Unter Berufung auf das obiter dictum in dem Urteil zum Stichentscheid des Vaters[200] kommt das Bundesverfassungsgericht also zu dem Schluß, es handle sich hier »um eine Grenzsituation, die um ihrer vergleichsweisen Unbeträchtlichkeit willen hinzunehmen ist«.[201] Da die Möglichkeit der Ersetzung der Zustimmung des Ehemannes durch das Vormundschaftsgericht bei der Adoption von Personen über achtzehn Jahren nicht bestanden hat, stellt das Bundesverfassungsgericht insoweit die Nichtigkeit des § 1758 a BGB fest.

5. *Fazit*

In vielen Fällen nimmt das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot erst dann an, wenn es benachteiligende Auswirkungen auf die Frau ausdrücklich festgestellt hat. Das Bundesverfassungsgericht knüpft damit zwar an den Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG an, verläßt aber das Verständnis des Gleichberechtigungsgebots als reines Differenzierungsverbot, indem es sich nicht mit der schlichten Feststellung einer Ungleichbehandlung begnügt. Es berücksichtigt die tatsächlichen Auswirkun-

196 Zu Recht weist das Bundesverfassungsgericht die in der Tat abwegig anmutende Argumentation des OLG Bremen (NJW 1957, 677) zurück, das die Meinung vertreten hat, § 1758 a BGB widerspreche dem Gebot der Gleichberechtigung nicht, da diese Regelung den durch die Eheschließung verdrängten Mädchennamen gerade wieder zur Geltung bringe (BVerfGE 19, 177, 181 f.).
197 BVerfGE 19, 177, 185.
198 BVerfGE 19, 177, 184.
199 BVerfGE 19, 177, 194.
200 BVerfGE 10, 59, 78.
201 BVerfGE 19, 177, 183.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

gen der Regelung, stellt in eine Gesamtabwägung die Bevorzugung durch andere Regelungen ein und gewichtet benachteiligende Auswirkungen nach ihrer Schwere.
Um eine solche Benachteiligungsprüfung vornehmen zu können, benötigt man einen materiellen Bezugspunkt.[202] Für die Bestimmung eines solchen materiellen Verständnisses gibt die Rechtsprechung allerdings wenig Anhaltspunkte. Sie verläßt sich weitgehend auf einen Appell an intuitive Vorstellungen darüber, was Gleichberechtigung ausmacht.

III. Die Abkehr: Hinweise auf ein materielles Gleichberechtigungsverständnis

Die bisherige Rechtsprechungsdurchsicht hat gezeigt, wie das Bundesverfassungsgericht zum einen den Anwendungsbereich des Differenzierungsverbots durch die Formel von den objektiven Unterschieden beschränkt, zum anderen seine Geltung durch eine zusätzliche Benachteiligungsprüfung modifiziert hat. Insoweit handelte es sich aber um Vorgehensweisen, die zumindest auf den ersten Blick noch mit einem Verständnis des Gleichberechtigungsgebots als Differenzierungsverbot vereinbar schienen; sie knüpften noch an Elemente des Differenzierungsverbots an. Im folgenden sollen Argumentationen des Bundesverfassungsgerichts analysiert werden, die zum Denken in den Kategorien eines Differenzierungsverbots in keinem Zusammenhang mehr stehen.

1. Differenzierungsgebot

In der bekannten Formulierung der Entscheidung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Gleichberechtigungssatzes, daß im Familienrecht »im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig«[203] sei, spricht das Bundesverfassungsgericht auch die mögliche Existenz eines aus Art. 3 Abs. 2 GG abzuleitenden Differenzierungsgebots an. Freilich hatte das Bundesverfassungsgericht nie einen Fall zu beurteilen, in dem ein Mann oder eine Frau die Verfassungsmäßigkeit einer Gleichbehandlung bestritt und eine differen-

202 Vgl. oben S. 52 f.
203 BVerfGE 3, 225, 242.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zierende Regelung begehrte, so daß das Differenzierungsgebot nie für ein Urteil tragend wurde. Dennoch verwenden immerhin sechs Entscheidungen eine das Differenzierungsgebot enthaltende Formulierung.[204] Das Differenzierungsgebot gibt somit einen Hinweis darauf, was das Bundesverfassungsgericht bei der Diskussion von Gleichberechtigungsfragen mitdachte, was seine zugrundegelegte Vorstellung von Gleichberechtigung ist, selbst wenn es die Konsequenzen bisher in die Praxis nicht umzusetzen hatte.

So nah Differenzierungsverbot und Differenzierungsgebot sprachlich beieinanderliegen, so fern sind sie sich in ihrer Bedeutung. Verbietet das Differenzierungsverbot, daß der Unterschied zwischen Männern und Frauen einen beachtlichen Grund für Ungleichbehandlung im Recht abgeben kann, verlangt das Differenzierungsgebot gerade die Beachtung des Geschlechtsunterschieds. Es ist durchaus möglich, Differenzierungsgebot und -verbot zusammenzudenken, in einem Bereich die Ungleichbehandlung auszuschließen, während sie in einem anderen Bereich gerade verlangt wird. Freilich verläßt man damit den Boden eines Differenzierungsverbots.

Die Existenz eines Differenzierungsgebots vorausgesetzt, muß man konsequenterweise auch Festlegungen dahingehend treffen, auf welche Weise ungleich zu behandeln ist. Bliebe man dabei stehen, den Gesetzgeber allein darauf zu verpflichten, irgendwie ungleich zu behandeln, geht dies nur wenig über das Erlaubtsein ungleicher Behandlung hinaus; einzig die Gleichbehandlung fiele dann aus dem gesetzgeberischen Spielraum hinaus. Mit sinnwidrigen, winzigen Unterscheidungen könnte der Gesetzgeber einer formell verstandenen Differenzierungspflicht genügen. Um einem Differenzierungsgebot Sinn zu geben, müssen daher auch Kriterien bereit gestellt werden, die Arten der Ungleichbehandlung bewerten können. Solche Kriterien können freilich nicht aus den Kategorien der Differenzierung kommen. Reicht für das Differenzierungsverbot das Kriterium der Gleichbehandlung hin, um alle Sachverhalte beurteilen zu können, muß für das (nicht sinnentleerte) Differenzierungsgebot eine Vorstellung darüber hinzukommen, wie eine gleichberechtigte Welt, in der Männer und Frauen nicht identische Rechte und Pflichten haben, aussehen soll. Damit führt auch die Postulierung eines Differenzierungsgebots zu dem Grundproblem, welches schon bei der Benachteiligungsprüfung aufgezeigt wurde: ein materielles Verständnis von Gleichberechtigung ist für diese Argumentationsgänge erforderlich und vom Bundesverfassungsgericht implizit vorausgesetzt.

204 BVerfGE 3, 225, 242; 5, 9, 12; 6, 389, 422; 10, 59, 74; 11, 277, 281; 74, 163, 179.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. *Gleichwertigkeit und die Bewertung der Hausfrauenarbeit*

Das Bedürfnis, verschiedene Arten der Ungleichbehandlung bewerten zu können, kommt auch an anderer Stelle in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck. Das Bundesverfassungsgericht wies die Verfassungsbeschwerde eines Mannes als offensichtlich unbegründet zurück,[205] der § 1709 BGB a.F. für verfassungswidrig hielt. § 1709 BGB verpflichtete den Vater, für den Unterhalt eines nichtehelichen Kindes vor der Mutter statt neben ihr aufzukommen. Das Bundesverfassungsgericht stellt zunächst fest, daß die Differenzierung hier nicht »wegen des verschiedenen Geschlechts von Vater und Mutter, sondern wegen ihrer durch das Fehlen einer Familiengemeinschaft bedingten verschiedenen Funktion dem Kinde gegenüber«[206] erfolge. Darüberhinaus hebt das Bundesverfassungsgericht aber darauf ab, daß von »einer Benachteiligung des Vaters durch die Art der Differenzierung keine Rede sein« könne.[207] Denn die von der Mutter allein geleistete persönliche Fürsorge sei im wesentlichen als »gleichwertig«[208] mit dem in erster Linie vom Vater zu tragenden finanziellen Unterhalt anzusehen, von dem der Lebensunterhalt des Kindes - im vorliegenden Fall hatte der Vater 60 DM monatlich zu bezahlen - ohnehin nicht ausreichend bestritten werden könne.

In dieser Argumentation kommt ein neues Element zum Tragen, indem der Vergleich direkt zwischen den verschiedenen Rechtsfolgen, die für Männer bzw. Frauen gelten, gezogen wird. Zu Beginn seiner Rechtsprechung hatte das Bundesverfassungsgericht es noch für erforderlich gehalten, »dem Begriff ›Gleichberechtigung‹ den ihm immanenten präzisen juristischen Sinn abzugewinnen und ihn nicht durch eine Gleichsetzung mit den manchmal polemisch verwendeten, rechtlich kaum faßbaren Vokabeln ›Gleichwertigkeit‹ oder ›Gleichmacherei‹ zu entwerten«.[209] Kaum deutlicher als mit der Aufnahme des Begriffes der Gleichwertigkeit in die Rechtsprechung hätte das Bundesverfassungsgericht die Abkehr von einem formalen Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Differenzierungsverbot zeigen können.

Denn die Präzisierung dessen, was Gleichwertigkeit ausmacht, ist schwierig und verlangt »Wertentscheidungen« auf verschiedenen Stufen. Die Fülle der

205 BVerfGE 11, 277.
206 BVerfGE 11, 277, 281.
207 BVerfGE 11, 277, 281.
208 BVerfGE 11, 277, 281.
209 BVerfGE 3, 225, 240 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Probleme, die sich hinter einem Urteil der Gleichwertigkeit - welches das Bundesverfassungsgericht so lapidar in einem Satz gefällt hat - verstecken, soll in einem kleinen Exkurs anhand zweier Beispiele veranschaulicht werden.

Um zwei voneinander verschiedene Gegenstände überhaupt zueinander in Beziehung setzen zu können, muß ein gemeinsames Beurteilungskriterium gefunden werden.[210] Äpfel und Birnen als solche lassen sich nicht vergleichen. Vergleichbar werden sie erst dann, wenn sie in bezug auf etwas drittes als gleich oder ungleich bewertet werden. Dabei ist diese Bezugsgröße von den zu betrachtenden Objekten nicht vorgegeben, sondern sie stellt eine Beziehung zwischen den Objekten erst her. Um beim Beispiel der Äpfel und Birnen zu bleiben: als gemeinsame Größe kommen die verschiedensten Gesichtspunkte in Betracht, im Hinblick auf welche Äpfel und Birnen als »gleichwertig« bezeichnet werden können. Man denke z.B. an den Kalorienwert, den Wassergehalt, den Geschmack, an die Farbe oder das Gewicht. Stellt man den Proviant für eine Reise zusammen, wird man auf das Gewicht abstellen, geht es um eine Diätkur, wird es auf den Kalorienwert ankommen, für die Dekoration eines Obsttellers wird man auf Farbe und Form achten. Die Wahl der Bezugsgröße ist also nicht beliebig; es gibt durchaus Kriterien, die diese Wahl steuern, die die Betrachtung einer Bezugsgröße gegenüber einer anderen als sinnvoller erscheinen lassen. Zu beachten ist aber, daß sich die Kriterien für die Wahl eines Vergleichsmaßstabs nicht aus den beiden Gegenständen, die man vergleichen will, selbst oder unmittelbar ergeben. Erst wenn der Zweck des Vergleichs hinzugenommen wird, können Bezugsgrößen gewählt oder ausgeschieden werden. Dabei verhilft auch die Hinzunahme des Zweckes nicht notwendigerweise zu einem eindeutigen Ergebnis, welche Bezugsgröße die relevante ist. Für die Reise mag der Grad der Erfrischung wichtiger sein als das Gewicht des Obststücks, für die Dekoration eines Obsttellers die geschmackliche Kombination bedeutender als die farbliche Zusammensetzung. Nur angedeutet seien hier die Möglichkeiten einer weiteren Komplizierung. Ein Zweck mag mehrere Bezugsgrößen als relevant erscheinen lassen, die dann wieder untereinander in Beziehung gesetzt und gewichtet werden müssen.

210 Die folgende Diskussion ähnelt dem mathematischen Konzept der Äquivalenzrelationen. Äquivalenzklassen (z.B. Mengen von Leistungen, die gleichwertig sind) lassen sich auf einer Menge erst dann bestimmen, wenn die zugehörige Äquivalenzrelation (Kriterien, die für jedes Vergleichspaar - Elemente der Menge - bestimmen lassen, ob diese beiden äquivalent sind oder nicht) definiert ist.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dieses Problem der Wahl der Bezugsgröße stellt sich für die Bewertung von »Gleichheit« und von »Gleichwertigkeit« strukturell in derselben Weise. Auch die Beurteilung zweier verschiedener Objekte als gleich, setzt eine Bestimmung des Bezugspunkts, unter dem sie als gleich angesehen werden, voraus. Nur identische Objekte sind hinsichtlich jedes denkbaren Gesichtspunktes »gleich«. Allein eine juristische Beurteilung wird sich mit diesem klaren Fall der Gleichheit nie auseinanderzusetzen haben. Ein identisches Objekt kann nicht sich selbst gegenüber ungleich behandelt werden. Identische Objekte sind nicht unterscheidbar, also kann auch das Recht logischerweise keinen Anknüpfungspunkt für eine unterschiedliche Behandlung finden.[211] Stellt sich damit das logische Problem für jeglichen Vergleich zwischen unterscheidbaren Objekten, so heißt das nicht, daß damit die Herstellung aller Vergleiche für Juristen gleich »schwierig« wäre. Weniger problematisch erscheint der Vergleich dann, wenn Einigkeit über die relevante Bezugsgröße besteht. So wird man die Arbeit zweier Personen, die dieselbe Art von Arbeit in demselben Büro verrichten, unterschieden nur durch die Buchstabengruppe, die ihnen zugewiesen ist, unschwer als »gleiche Arbeit« bezeichnen können. Für zwei Tätigkeiten in verschiedenen Büros wird dies schon nicht mehr ganz so klar sein, die Arbeit einer Sekretärin und eines Lastwagenfahrers wird man allenfalls als »gleichwertig« bezeichnen mögen. Die unterschiedlichen Grade von Übereinstimmung darüber, ob zwei Objekte als »gleich« oder »gleichwertig« bezeichnet werden können, sind häufig Ausdruck mangelnder Einigkeit darüber, was den »richtigen« Bezugspunkt ausmacht. Für die Beurteilung gleicher Arbeit läßt sich beispielweise abstellen auf körperliche Schwere, psychische Belastung durch Monotonie, erforderliche Ausbildung, oder auf Verantwortlichkeit bei der Ausübung der Tätigkeit. Aber selbst Einigkeit über den relevanten Bezugspunkt führt nicht notwendig zu eindeutiger Beurteilung des Sachverhalts. Ist Bezugspunkt nicht ein Kriterium, das entweder vorliegen oder nicht vorliegen, sondern ein Kriterium, das mehr oder weniger erfüllt sein kann, muß auch der Grad der Erfüllung quantifiziert werden. Bei der Diskussion um Lohngleichheit kommt diesen Fragen, auf das Verhältnis von Mann und Frau bezogen, erhebliches Gewicht zu.[212]

Daß ein Gleichwertigkeits-Urteil ein materielles Verständnis des Gleichberechtigungssatzes - zumindest insoweit - voraussetzt, kommt auch in den

211 Vgl. dazu Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 172.

212 Vgl. dazu Pfarr/Bertelsmann, Lohngleichheit, S. 51 ff.; Mockenhaupt; McCrudden; Brown u.a., Equal Pay.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewertung der Hausfrauenarbeit zum Ausdruck: danach ist es »eine der wichtigsten Aufgaben des Art. 3 Abs. 2 GG, der rechtlichen Unterbewertung der Arbeit der Frau in Haushalt und Familie ein Ende zu setzen und ihr eine gerechte Berücksichtigung zu sichern«.[213] Ihren Anfangspunkt und ihre ausführlichste Begründung fand diese Rechtsprechung in den Entscheidungen zur Hinterbliebenenrente im Sozialversicherungsrecht.[214] Zunächst skizziert das Bundesverfassungsgericht den Wandel des Rechtsbegriffs »Unterhaltsleistungen« im Familienrecht.[215] Hatte § 1356 Abs. 2 BGB in seiner ursprünglichen Fassung den Leistungen der Frau als Mutter, Hausfrau und Mithelfende noch den Charakter einer Unterhaltsleistung abgesprochen, so war die Rechtsprechung der Zivilgerichte seit dem unbeschränkten Inkrafttreten des Art. 3 Abs. 2 GG am 1. April 1953 dazu übergegangen, auch die unmittelbaren Leistungen der Frau in den Unterhaltsbegriff miteinzubeziehen. Mit dem Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957[216] vollzog auch der Gesetzgeber diesen Wandel nach. Die Veränderungen in der Bewertung der Hausfrauenarbeit beschränkten sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht auf die Ebene des einfachen Rechts. Die Verfassung selbst gebiete den Begriffswandel.[217] Bei der Auslegung stützt sich das Bundesverfassungsgericht vor allem auf zwei Äußerungen im Parlamentarischen Rat, in denen die Anerkennung der Gleichwertigkeit von Hausfrauenarbeit und selbständiger Erwerbstätigkeit gefordert worden war,[218] und kommt zu dem Schluß, Art. 3 Abs. 2 GG gebiete, die unmittelbaren Leistungen der Frau als Hausfrau, Mutter und Mithelfende und die Bereitstellung der Geldmittel durch den Mann als gleichwertig zu betrachten.[219] Auch die anderen Entscheidungen zum Hinterbliebenenrecht fordern die Berücksichtigung der Hausfrauenarbeit als Unterhaltsleistung ein.[220]
Doch bleibt die Annahme der Gleichwertigkeit von Hausfrauenarbeit und Erwerbstätigkeit letztlich Fiktion. Seine eigenen Überlegungen konsequent

213 BVerfGE 17, 1, 13.
214 Siehe zu Sachverhalt und zur ausführlichen Diskussion anderer Aspekte dieser Entscheidungen oben S. 37 ff.
215 BVerfGE 17, 1, 12.
216 BGBl. I S. 609; Art. 1 Nr. 8.
217 BVerfGE 17, 1, 12 f.
218 BVerfGE 17, 1, 13. Unter Bezugnahme auf die Äußerungen der Abgeordneten Selbert (SPD) und Fecht (CDU): Parlamentarischer Rat, Hauptausschuß, 42. Sitzung, Stenographisches Protokoll, S. 541 bzw. 543.
219 BVerfGE 17, 1, 20.
220 BVerfGE 17, 38, 51; 17, 86, 92 f.; BVerfGE 21, 329, 340 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

anwendend, hätte das Bundesverfassungsgericht eigentlich feststellen müssen, daß die erschwerenden Bedingungen der Witwerrente gegenüber der Witwenrente praktisch immer gegeben sind.[221] In der Regel erbrachte - zumindest damals - die erwerbstätige Ehefrau auch die gesamte Haushaltsführung und Betreuung der Kinder.[222] Kommen zu dieser der Geldleistung des Mannes schon gleichwertigen Unterhaltsleistung der Ehefrau noch zusätzlich Geldleistungen aus der Erwerbstätigkeit der Ehefrau hinzu, müßte die erwerbstätige Ehefrau in der Regel zur überwiegend Unterhaltsleistenden werden,[223] so daß die Problematik der Rentner-Fälle nie zu praktischer Bedeutung hätte gelangen sollen.[224]

Aber auch außerhalb des Fragenkreises der Hinterbliebenenrenten wird auf das Gebot der Gleichbewertung von Hausfrauenarbeit und Erwerbstätigkeit Bezug genommen. Zunächst hatte das Bundesverfassungsgericht schon zwei Jahre, nachdem dieses Gebot Eingang in seine Rechtsprechung gefunden hatte, dessen Reichweite näher zu bestimmen. Gegenstand des Verfahrens war die Berechnung der Kirchensteuer für Ehen, in denen nur ein Ehepartner der steuerberechtigten Religionsgesellschaft angehörte. Nach dem Halbteilungsgrundsatz des deutschen Kirchensteuerrechts wurde die Kirchensteuer in diesen Fällen nach der Hälfte des zusammengerechneten Familieneinkommens erhoben.[225] War z. B. allein die Ehefrau Kirchenmitglied und hatte sie als Hausfrau kein eigenes Einkommen, wurde die Kirchensteuer nach der Hälfte der Einkommen- bzw. Lohnsteuer des Ehemannes berechnet. Das Gebot, die unmittelbaren Arbeitsleistungen der Frau der Erwerbstätigkeit des Mannes gleichzustellen, legte die Argumentation nahe, daß damit der Frau auch die Hälfte des Einkommens des Mannes zustehe, es insoweit ihr Einkommen sei, welches für die Kirchensteuer herangezogen werden könne. Das Bundesverfassungsgericht folgt diesem Versuch der Rechtfertigung des Halbteilungsgrundsatzes nicht. Die Gleichbewertung betreffe allein

221 So überzeugend Reich-Hilweg, S. 91; ihr folgend auch Hofmann, Gleichberechtigungsgebot (1), S. 81.

222 Ähnlich BVerfGE 17, 1, 21.

223 Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, daß bei einer erwerbstätigen Frau die Hausfrauenleistung geringer würde. Diese Abstriche an der Hausfrauenleistung sind jedenfalls geringer als der Zugewinn aus Erwerbstätigkeit; vgl. dazu Reich-Hilweg, S. 90.

224 BVerfGE 21, 329, 340 f. zieht für die Einschränkung im Beamtenrecht - Bestehen eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs - die Konsequenz, daß diese eigentlich gegenstandslos sein könnte, weist eine solche Auslegung aber als der Zweckbestimmung des Gesetzes nicht gerecht werdend zurück.

225 Eine genaue Beschreibung der hamburgischen Regelung, die vom Bundesverfassungsgericht zu prüfen war, gibt BVerfGE 19, 268, 269 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Regelung der wirtschaftlichen und sozialrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten untereinander, also ein »reines Internum der Ehe«.[226] Die Gleichbewertung der Hausarbeit mit der Erwerbstätigkeit sei allein zugunsten der Frau vorgenommen worden. Daraus könne daher nicht zu ihrem Nachteil gefolgert werden, daß der wirtschaftliche Wert der Hausarbeit auch nach außen mit der Hälfte der Einkünfte des Ehemannes bewertet und dementsprechend besteuert werden könne.[227] Nach dieser Klarstellung wurde das Verfassungsgebot der Gleichbewertung denn auch nur noch zur Rechtfertigung von Regelungen herangezogen, die die Hausfrau begünstigen.

Lag die erste Entscheidung zum Nichtehelichenunterhalt noch vor der Entwicklung des Gleichbewertungsgebots,[228] interpretiert die zweite Entscheidung zum Nichtehelichenunterhalt den damaligen Begründungsgang um so deutlicher in diesem Lichte[229] und bestätigt die Verfassungsmäßigkeit der primären Verpflichtung des Vaters, für den Unterhalt des nichtehelichen Kindes finanziell aufzukommen.

Die Gleichrangigkeit der Unterhaltsleistungen von Mutter und Vater stützte auch die Erklärung der Verfassungswidrigkeit der Anknüpfung allein an die deutsche Staatsangehörigkeit des Vaters für die Zuerkennung der deutschen Staatsangehörigkeit für das eheliche Kind.[230]

Auch bei der Entscheidung zur Zeugenentschädigung beruft sich das Bundesverfassungsgericht auf das Gleichbewertungsgebot.[231] Nach § 2 Abs. 3 ZuSEG[232] erhielten Zeugen ohne Verdienstausfall die nach dem geringsten Satz bemessene Entschädigung (2 Deutsche Mark), Hausfrauen aber 6 Deutsche Mark. Der Antragsteller des Ausgangsverfahrens, ein Student, der aufgrund seiner Zeugenaussage Pflichtvorlesungen versäumt hatte, beanspruchte zumindest den Satz für Hausfrauen als Entschädigung. Das Bundesverfassungsgericht prüft die Regelung des ZuSEG anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes, hält sie aber keineswegs für sachfremd. Da die Hausfrau durch die Haushaltsführung einen der Erwerbstätigkeit des Mannes gleichwertigen Beitrag zum Unterhalt der Familie leiste, stehe sie einem Erwerbstätigen, der

226 BVerfGE 19, 268, 279.
227 BVerfGE 19, 268, 280.
228 BVerfGE 11, 277, die Entscheidung verwendet aber schon den Begriff der »Gleichwertigkeit«.
229 BVerfGE 26, 265, 273 f.
230 BVerfGE 37, 217, 251.
231 BVerfGE 49, 80.
232 Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen in der Fassung des Gesetzes vom 20. August 1975 (BGBl. I S. 2189).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einen Verdienstausfall erleidet, näher als dem Zeugen, der lediglich einen Nachteil in der Einbuße an Freizeit hinnehmen müsse.[233] Die Vorschrift beruhe damit nicht nur auf einem sachlichen Grund, sondern trage darüber hinaus »einer im Grundgesetz enthaltenen Forderung Rechnung«.[234] Schließlich »legitimiert« Art. 3 Abs. 2 GG den Versorgungsausgleich.[235] Sind die Unterhaltsbeiträge beider Ehegatten als gleichwertig anzusehen, haben beide auch gleichermaßen zu dem während der Ehe erwirtschafteten Einkommen, zu dem auch die Versorgungsanrechte gehören, beigetragen, es steht ihnen zu gleichen Teilen zu. Es ist daher nur konsequent, wenn das Bundesverfassungsgericht ausführt, daß damit die während der Ehe erworbenen Versorgungsanrechte nach der Scheidung gleichmäßig auf beide Partner verteilt werden.[236]

Mit der Forderung, der rechtlichen Unterbewertung der Arbeit der Hausfrau ein Ende zu setzen, weist das Bundesverfassungsgericht dem Gleichberechtigungssatz eine Aufgabe zu, die über ein Differenzierungsverbot weit hinausgeht. Der Rechtsprechungsüberblick hat ergeben, daß diese weitergehende Aufgabenzuweisung an Art. 3 Abs. 2 GG keineswegs nur vereinzelt postuliert wurde, sondern in zahlreichen Entscheidungen zum Tragen kam. Aber nicht nur die Anzahl der Entscheidungen, die auf das Gleichbewertungsgebot Bezug nehmen, zeigt, welch große Bedeutung das Bundesverfassungsgericht diesem zumißt. Immer wieder beruft sich das Gericht auf dieses Argument auch in Zusammenhängen, in denen es für eine stringente Prüfung entbehrlich wäre. Als das Bundesverfassungsgericht den unterhaltsrechtlichen Vorrang der geschiedenen Ehefrau vor der neuen Ehefrau des Unterhaltspflichtigen beim Eintreten des sogenannten Mangelfalls billigte,[237] betonte es die Gleichwertigkeit der Leistungen und folgert daraus ihr Fortwirken für die Zeit nach der Scheidung.[238] Die Gleichwertigkeit der Unterhaltsleistungen kann aber auch die neue Ehefrau geltend machen, so daß das Argument zur hier vorliegenden Frage nichts beiträgt. So bedauerlich solche Argumentationsgänge im Hinblick auf methodische Anforderungen sein mögen, so sehr verstärkt ihre Verwendung den Eindruck, daß das Bundesverfassungsgericht

233 BVerfGE 49, 280, 285.
234 BVerfGE 49, 280, 284.
235 BVerfGE 53, 257, 296.
236 BVerfGE 53, 257, 296.
237 BVerfGE 66, 84.
238 BVerfGE 66, 84, 94.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in der Gleichbewertung der Hausfrauenarbeit in der Tat »eine der wichtigsten Aufgaben des Art. 3 Abs. 2 GG«[239] sieht.

3. *Generell umschriebene Aufgaben*

Bisher wurden Argumentationsstränge dargestellt, die in konkreten Bereichen auf ein materielles Gleichberechtigungsverständnis hinwiesen. Das Bundesverfassungsgericht schreibt aber auch allgemeiner dem Art. 3 Abs. 2 GG über ein Differenzierungsverbot hinausgehende Aufgaben zu. Schon 1963 führte es aus: »Der Gleichberechtigungssatz ist, wie Wortlaut, Sinn und Entstehungsgeschichte ergeben, umfassend angelegt. Seine Geltung hängt nicht von der traditionellen Überzeugung der Betroffenen ab. Art. 3 Abs. 2, 3 GG wollte nicht lediglich vorher geltende Rechtsgrundsätze bestätigen, sondern für die Zukunft die Gleichwertigkeit der Geschlechter durchsetzen«.[240] Auch diese Formulierung fand Eingang in die ständige Rechtsprechung;[241] später wurde allerdings der Begriff »Gleichwertigkeit« durch »Gleichberechtigung« ersetzt.[242] Drei Elemente dieser Aufgabenbestimmung verdienen nähere Betrachtung.

Zum einen stellt das Bundesverfassungsgericht klar, daß die Geltung des Gleichberechtigungsgebots nicht von der traditionellen Überzeugung der Betroffenen abhängt. Die jahrhundertealte Überlieferung des Vorrangs des männlichen Geschlechts bei der Auswahl des Hoferben kann vor dem Grundgesetz keinen Bestand haben, selbst wenn diese Tradition auch heute noch der Auffassung eines großen Teiles der bäuerlichen Kreise entsprechen sollte.[243] Ähnlich kann die herkömmliche Vorstellung, daß die Haushaltsführung der Frau zufalle, die Gewährung eines Hausarbeitstages allein für Frauen nicht rechtfertigen.[244] Weder das Argument »es war schon immer so«, noch traditionelle Überzeugungen darüber, was Aufgabe oder Wesen der Frau ausmacht, dürfen für die Auslegung des Gleichberechtigungsgebots eine Rolle spielen. In Anbetracht dessen, daß die jahrhundertelange Diskri-

239 BVerfGE 17, 1, 13. Daß die Rechtsprechung zur gerechten Bewertung der Hausfrauenarbeit gerade in einer Entscheidung ihren Anfang nahm, die die Folgen aus der Erwerbstätigkeit der Frau zu beurteilen hatte und die erwerbstätige Frau im Ergebnis diskriminierte, sei nur nebenbei vermerkt.
240 BVerfGE 15, 337, 345.
241 BVerfGE 48, 327, 339 f.; 57, 335, 345.
242 BVerfGE 48, 327, 339 f.
243 BVerfGE 15, 337, 345.
244 BVerfGE 52, 369, 376.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

minierung der Frau gerade mit solchen Argumenten gerechtfertigt wurde, kann die zentrale Bedeutung dieser Aussage des Bundesverfassungsgerichts gar nicht überschätzt werden.[245]
Zum zweiten weist das Bundesverfassungsgericht dem Gleichberechtigungsgebot die Aufgabe zu, die Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft durchzusetzen. Das Gleichberechtigungsgebot bekommt damit eine dynamische, wirklichkeitskorrigierende Funktion. Diese Funktion verlöre es, »wenn es inhaltlich darauf reduziert würde, die vorgefundene gesellschaftliche Wirklichkeit, etwa die vorhandenen Lohnunterschiede bei Männern und Frauen, hinzunehmen«.[246] Maßnahmen, die dazu dienen, bestehende Benachteiligungen der Frau zu verfestigen oder zu perpetuieren, stehen damit im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 GG.
Schließlich spricht das Bundesverfassungsgericht davon, daß der Gleichberechtigungssatz »umfassend angelegt« sei, bringt also zum Ausdruck, daß die gesamte Rechtsordnung vom Gleichberechtigungsgebot erfaßt werden soll. Auch bei fehlender weiterer Präzisierung wird doch die Tendenz deutlich, die Aufgabe des Gleichberechtigungsgebots weit zu fassen und nicht lediglich auf das Verbot zu beschränken, Differenzierungen zwischen Männern und Frauen unter bestimmten Bedingungen zu untersagen.

4. Kompensation

In der Entscheidung zum unterschiedlichen Rentenalter von Männern und Frauen nach § 25 Abs. 3 AVG[247] kulminiert die Abkehr von einem Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot. Die Entscheidung erging am 28. Januar 1987 und bildet damit auch den chronologischen Schlußpunkt der Rechtsprechungsdurchsicht. Die eigene Begründung des Bundesverfassungsgerichts ist freilich kurz. Sie umfaßt knapp vier Seiten, während der größte Teil des Beschlusses Stellungnahmen verschiedener Verbände wiedergibt, denen das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis - sie kamen alle zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung - beitritt.[248] Viele der aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Probleme werden vom Bundesverfassungsge-

245 Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht lange selbst herkömmlichen Vorstellungen verhaftet geblieben, vgl. dazu unten S. 80 ff.
246 BVerfGE 57, 335, 345 f.
247 BVerfGE 74, 163; vgl. zur Einschätzung dieser Entscheidung auch Eckertz-Höfer, S. 467 ff.
248 BVerfGE 74, 163, 178.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

richt selbst daher nur angerissen. Die Analyse wird diese dogmatischen Fragmente in ihren Zusammenhang stellen und aufzeigen, welcher Art von Denken über den Gleichberechtigungssatz sie entsprechen.
Nach § 25 Abs. 3 AVG[249] erhalten weibliche Versicherte, die das 60. Lebensjahr vollendet und eine Versicherungszeit von 180 Monaten (Wartezeit nach Abs. 7 Satz 2) erfüllt haben, auf Antrag Altersruhegeld, wenn sie in den letzten zwanzig Jahren überwiegend eine rentenversicherungspflichtige Beschäftigung oder Tätigkeit ausgeübt haben. Versicherte beiderlei Geschlechts, bei denen die Voraussetzungen des Abs. 3 nicht vorliegen, haben grundsätzlich Anspruch auf Altersruhegeld, wenn sie das 65. Lebensjahr vollendet und die Wartezeit erfüllt haben. Der Beschwerdeführer war Witwer mit drei Kindern, die teilweise noch in der Ausbildung standen, und beantragte mit 60 Jahren vorgezogenes Altersruhegeld nach § 25 Abs. 3 AVG.
Das Bundesverfassungsgericht benennt als Prüfungsmaßstab Art. 3 Abs. 2 GG und wiederholt zunächst schon aus der früheren Rechtsprechung bekannte Formulierungen. Der Gleichberechtigungsgrundsatz des Abs. 2 entspreche dem Abs. 3, wonach niemand »wegen seines Geschlechtes« bevorzugt oder benachteiligt werden darf. Eine Differenzierung nach dem Geschlecht sei daher nur ausnahmsweise zulässig, wenn im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses eine besondere Regelung erlaubt oder sogar geboten sei.[250] Soweit ist alles bekannt. Die Interpretation, die das Bundesverfassungsgericht seiner bisherigen Rechtsprechungspraxis gibt, ist aber grundlegend neu. Die entsprechende Passage soll daher im Wortlaut zitiert werden: Der Gleichberechtigungsgrundsatz »ist in der Rechtsprechung strikt angewendet worden, namentlich dort, wo es sich um Benachteiligungen von Frauen handelte; zum Abbau dieser Benachteiligungen sollte das Grundrecht bevorzugt dienen«. Hand in Hand damit geht die Bezeichnung des Gleichberechtigungssatzes nicht länger als Differenzierungsverbot, sondern als »Diskriminierungsverbot«.[251] Erstmalig spricht das Bundesverfassungsgericht aus, daß es nicht um das Verbot der Benachteiligung eines beliebigen Geschlechts geht, sondern – jedenfalls primär – um den Abbau der Diskriminierung von Frauen. Damit wird ein Axiom des Differenzierungsverbots in Frage gestellt. Ein Differenzierungsverbot kann nur symmetrisch sein und zugunsten von Frauen wie Männern wirken.

249 In der Fassung des Rentenreformgesetzes vom 16. Oktober 1972 (BGBl. I S. 1965). Entspricht § 1248 Abs. 3 RVO.
250 BVerfGE 74, 163, 179.
251 BVerfGE 74, 163, 179.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Nach diesen Bemerkungen zur abwehrrechtlichen Deutung des Art. 3 Abs. 2 GG bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf Erörterungen in der Literatur, »ob nicht dem Gleichberechtigungsgebot ebenso wie anderen Grundrechten neben dem Charakter als Abwehrrecht auch positive Verpflichtungen des Gesetzgebers zur Förderung und Unterstützung der Grundrechtsverwirklichung zu entnehmen sind«.[252] Das Bundesverfassungsgericht läßt aber offen, »ob und inwieweit der Gesetzgeber aus Art. 3 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet sein könnte, die Voraussetzungen für eine faktische Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen zu schaffen«.[253] Denn im vorliegenden Fall hatte der Gesetzgeber ja gerade in diesem Sinne gehandelt. Dennoch ist der Umstand, daß das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit einer Interpretation als Verfassungsauftrag überhaupt erwähnt, von großem Interesse. Daß das Bundesverfassungsgericht, ohne dazu gezwungen zu sein, Diskussionen in der Literatur um eine Verpflichtung des Gesetzgebers, sich um faktische Gleichberechtigung zu bemühen, aufgreift, setzt ein Zeichen. Wenn es auch sicherlich nicht heißt, daß das Bundesverfassungsgericht eine solche Position akzeptiert hat, so weist es doch jedenfalls darauf hin, daß das Bundesverfassungsgericht die faktische Gleichberechtigung als zentrales Problem begreift, dem eventuell auch verfassungsrechtliche Dimensionen zukommen könnten.
Nachdem das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall aber lediglich die Frage der Berechtigung des gesetzgeberischen Handelns, nicht die seiner Verpflichtung zu beurteilen hatte, führt es aus, »daß der Gesetzgeber zu einer Ungleichbehandlung auch dann befugt ist, wenn er einen sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen anordnet, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede zurückgehen«.[254] Drei Elemente lassen das Bundesverfassungsgericht hier keine verbotene Ungleichbehandlung »wegen des Geschlechts«, sondern eine zulässige Kompensation erlittener Nachteile annehmen. Das Gericht präzisiert diese Elemente allerdings selbst nicht. Im folgenden soll daher versucht werden, die Bedeutung der einzelnen Elemente unter Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung näher zu bestimmen. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich insbesondere dadurch, daß das Bundesverfassungsgericht die dogmatische Aussage selbst als »Ergänzung« seiner bisherigen Rechtsprechung ansieht.[255]

252 BVerfGE 74, 163, 179.
253 BVerfGE 74, 163, 179 f.
254 BVerfGE 74, 163, 180.
255 BVerfGE 74, 163, 180.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Maßnahme muß *sozialstaatlich motiviert* sein. Man kann das Abstellen auf die Motivation des Gesetzgebers stimmig rekonstruieren, wenn man es in Bezug zu einem anderen, schon bekannten Element der Prüfung des Gleichberechtigungssatzes setzt. Das Gleichberechtigungsgebot wollte sich von überkommenen Vorstellungen der Rollenverteilung zwischen Mann und Frau lösen. Betrachtet man Regelungen in der Geschichte, die scheinbar Frauen bevorzugten, so konnte man häufig bei näherem Hinsehen feststellen, daß solche Regelungen in Wahrheit der Diskriminierung der Frau dienten. In diese Richtung deuten auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur geschichtlichen Entwicklung der Altersgrenze in der Rentenversicherung, die es mit dem Hinweis darauf einleitet, daß die Möglichkeit für Frauen, mit 60 Altersruhegeld zu beziehen, nicht zum hergebrachten Bestand des Rechts gehöre.[256] Erst bei der Rentenreform 1957 wurde eine dem § 25 Abs. 3 AVG vergleichbare Regelung, einheitlich für Angestellte und Arbeiter, eingeführt.[257] Das Bundesverfassungsgericht zitiert aus der Begründung des Bundestagsausschusses für Sozialpolitik, der diese Regelung abweichend von dem Regierungsentwurf veranlaßte: »Bei dieser besonderen Altersgrenze für Frauen hat sich der Ausschuß davon leiten lassen, daß die versicherte Frau vielfach einen Doppelberuf als Arbeitnehmer und Hausfrau erfüllt hat, der eine frühzeitige Abnutzung der Kräfte und damit frühzeitige Berufsunfähigkeit hervorruft«.[258] Eine sozialstaatliche Motivation des Gesetzgebers ist damit gegeben.

Zum zweiten muß es um den *Ausgleich* von Nachteilen gehen. Dieses Erfordernis erinnert an die Abwägung von begünstigenden und benachteiligenden Auswirkungen, wie sie das Bundesverfassungsgericht bei der Benachteiligungsprüfung immer wieder vorgenommen hat. Indem das Bundesverfassungsgericht § 25 Abs. 3 AVG in Zusammenhang mit anderen Normen stellt, die den Bezug von Altersruhegeld vor Vollendung des 65. Lebensjahres ermöglichen, zeigt sich, daß männliche und weibliche Versicherte heute im Durchschnitt schon mit 58 Jahren Renten beziehen.[259] Die Differenzierung zwischen Männern und Frauen in § 25 Abs. 3 AVG gewähre Frauen daher nur einen nicht allzu erheblichen Vorteil, der unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs unbedenklich scheine.[260]

256 BVerfGE 74, 163, 163.
257 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 23. Februar 1957 (BGBl. I S. 88).
258 Bericht zu BT-Drucks. II/3080 (Bd. 48), S. 10 zu § 1253 (Hervorhebung des Originals weggelassen).
259 BVerfGE 74, 163, 173.
260 BVerfGE 74, 163, 181.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schließlich ist der Ausgleich von Nachteilen erlaubt, die ihrerseits auch auf *biologische Ursachen* zurückgehen. Für die Beschreibung der Nachteile verweist das Bundesverfassungsgericht auf die Stellungnahmen des Juristinnenbundes, des Deutschen Gewerkschaftsbundes und der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte,[261] die Ausmaß und Gründe für eine Schlechterstellung der Frau im Rentenrecht dargetan hatten. Allein die Feststellung von Nachteilen reicht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht aus; auf die Ursachen der Nachteile soll es ankommen. Das Bundesverfassungsgericht hält es für zweifelhaft, ob die Doppelbelastung durch Haushalt und Beruf die bevorzugte Behandlung aller Frauen, d. h. auch der Frauen ohne eine solche Doppelbelastung, rechtfertigen könnte.[262] § 25 Abs. 3 AVG sei aber verfassungsgemäß, da die Nachteile der Frau im Beruf »im Kern auf die Funktion oder jedenfalls die mögliche Stellung weiblicher Versicherter als Ehefrau und Mutter, also auf biologische Umstände«, zurückzuführen seien.[263] Mit dieser Formulierung will das Bundesverfassungsgericht offenbar an die bisherige Rechtsprechung anknüpfen und damit den Eindruck einer Ergänzung, nicht einer Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung hervorrufen. In Wahrheit aber beschränkt sich die Gemeinsamkeit zwischen früherer und neuer Rechtsprechung auf die Verwendung des Schlagworts »biologisch«. Fast möchte man die Entwicklung der Rechtsprechung als »Vergeistigung des Biologiebegriffs« bezeichnen. Soll jetzt schon die »Antizipierung der erwarteten Stellung der Frau als spätere Mutter«[264] hinreichen, so hat das wenig mit Biologie, dagegen sehr viel mit gesellschaftlichen Strukturen zu tun und widerspricht der Rechtsprechung der letzten zehn Jahre. Der Rückzug in die Biologie vermeidet damit zwar, aussprechen zu müssen, daß auch der Ausgleich von gesellschaftlichen Nachteilen generell zugunsten von Frauen erlaubt sein könnte, erhöht die Plausibilität der Entscheidung aber nicht.

Schließlich äußert sich das Bundesverfassungsgericht zum Umfang verfassungsgerichtlicher Kontrolle. Es spricht davon, daß der Gesetzgeber hier zu einem typisierenden Ausgleich von Nachteilen befugt war, und betont, daß bei »der Prüfung, ob solche Nachteile entstanden sind, wie lange sie fortwirken und welche Maßnahmen als Ausgleich in Betracht kommen, ... grundsätzlich von der Einschätzung des Gesetzgebers auszugehen«[265] sei. Dies

261 BVerfGE 74, 163, 180.
262 BVerfGE 74, 163, 180.
263 BVerfGE 74, 163, 181.
264 BVerfGE 74, 163, 181.
265 BVerfGE 74, 163, 180.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erinnert an die Anfänge der Rechtsprechung zur Typisierung im Bereich der Leistungsverwaltung, die aber - wie gezeigt[266] - seit fast 20 Jahren aufgegeben worden war. Mit der Rentenalter-Entscheidung wird nun neu und ohne weitere Begründung für diejenigen Normen, die auf Kompensation von erlittenen Nachteilen zugunsten von Frauen zielen, eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers anerkannt und betont, die gesetzgeberischen Entscheidungen könnten nicht mit der Begründung beanstandet werden, andere seien wirksamer oder geeigneter.[267] Von der »festen Grenze«, die Art. 3 Abs. 2 GG dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum ziehen soll, ist für diesen Bereich nicht mehr viel übrig geblieben.

5. Fazit

Es wurde gezeigt, daß das Bundesverfassungsgericht eine ganze Reihe von Argumentationssträngen verwendet, die in den Kategorien eines Differenzierungsverbots nicht erfaßt werden können. Zwar läßt sich aus diesen Hinweisen kein präzises materielles Gleichberechtigungsverständnis rekonstruieren, aber es wird deutlich, daß es dem Bundesverfassungsgericht in erster Linie um den Abbau der Benachteiligung der Frau geht. So bezeichnet es das Gericht als eine der wichtigsten Aufgaben des verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsgebots, der Unterbewertung der Hausfrauenarbeit ein Ende zu setzen, und erkennt den sozialstaatlich motivierten Nachteilsausgleich zugunsten von Frauen an. Zudem beschreibt es Art. 3 Abs. 2 GG als »umfassend angelegt« und betont, daß die Geltung des Gleichberechtigungssatzes nicht von traditionellen Überzeugungen abhänge. So schreibt das Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 2 GG eine in die Zukunft weisende, die Gesellschaft zugunsten der Frau verändernde Funktion zu.

IV. Gleichberechtigungsverständnis und Wirkungsrichtung

In den letzten drei Abschnitten war die dogmatische Argumentation des Bundesverfassungsgerichts untersucht worden. Im folgenden steht auf einer allgemeineren Ebene das Problem des Gleichberechtigungsverständnisses

266 Siehe oben S. 37 ff.
267 BVerfGE 74, 163, 181.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im Vordergrund. Gefragt werden soll, wie sich das Frauen- bzw. Männerbild in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt hat. Das Verständnis der Rollenverteilung zwischen Mann und Frau beeinflußt notwendigerweise die Vorstellung davon, inwieweit Unterschiede zwischen Männern und Frauen bestehen, relevant sind und in der Rechtsordnung reflektiert werden müssen. Von diesem Gleichberechtigungsverständnis her bestimmt sich, auf welche Problembereiche der Gleichberechtigungssatz anwendbar ist und gegen welche Arten von Ungleichbehandlungen er vor allem schützt.

Das Gleichberechtigungsverständnis des Bundesverfassungsgerichts hat sich in den letzten vierzig Jahren erheblich verändert. Es lassen sich drei Phasen unterscheiden. In den fünfziger und sechziger Jahren dominierte die Betonung der natürlichen Verschiedenheit von Mann und Frau (1), während in den siebziger und achtziger Jahren eher auf die Gleichheit der Geschlechter abgestellt wurde (2). In den achtziger Jahren schließlich finden auch typischerweise vorzufindende, soziale Unterschiede Berücksichtigung (3). Neben der Beschreibung dieser Phasen soll gezeigt werden, welche Haupt-Wirkungsrichtung Art. 3 Abs. 2 GG in jeder dieser Phasen zukam.

1. Die fünfziger und sechziger Jahre: die Betonung der natürlichen Verschiedenheit

Schon in der ersten Entscheidung zur Gleichberechtigung entwarf das Bundesverfassungsgericht das Programm für das Gleichberechtigungsverständnis der fünfziger Jahre und führte aus, daß Gleichberechtigung stets auf Gleichwertigkeit aufbaue, die die Andersartigkeit anerkenne.[268]

Drei Jahre später gab die Homosexuellen-Entscheidung dem Bundesverfassungsgericht Gelegenheit, näher auszuführen, wie sich diese Andersartigkeit in »Mann und Frau als Geschlechtswesen«[269] manifestiert: »Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin«.[270] Der »auf Mutterschaft angelegte Organismus [weist] der Frau unwillkürlich den Weg ..., auch dann in einem übertragenen Sinne fraulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist, während eine entsprechende Kompensation beim Manne fehlt«.[271] Aus

268 BVerfGE 3, 225, 241.
269 BVerfGE 6, 389, 425.
270 BVerfGE 6, 389, 425.
271 BVerfGE 6, 389, 426.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

diesen »Unterschieden des Natürlichen«[272] zieht das Bundesverfassungsgericht auch Schlüsse für das soziale Verhalten. Der »größeren geschlechtlichen Aggressivität des Mannes«[273] stehe das »größere weibliche Schamgefühl und die größere Zurückhaltung der Frau in Geschlechtsfragen«[274] gegenüber.

An diesen Ausführungen über die »Frau als weibliches Geschlechtswesen« ist bereits vielfach und heftige Kritik geübt worden.[275] Auf die Problematik dieser Aussagen soll hier nicht weiter eingegangen werden.[276] Hervorzuheben ist aber, daß sich das Bundesverfassungsgericht nicht darauf beschränkt, typisches Rollenverhalten, wie es in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorzufinden ist, zu beschreiben, sondern die unterschiedlichen sozialen Verhaltensweisen unmittelbar aus biologischen Unterschiedlichkeiten zwischen Mann und Frau ableitet. Mit der Rückbindung an objektive biologische Gegebenheiten bekommen die geschlechtsspezifischen Stereotype eine neue Dimension und zusätzliche Rechtfertigung. Sie werden als unabänderlich, da natürlich, angesehen. Abweichendes Verhalten wird damit zum unnatürlichen Verhalten, das verfassungsrechtlichen Schutz nicht in Anspruch nehmen kann.

Waren in der Homosexuellen-Entscheidung aus »dem auf Mutterschaft angelegten Organismus der Frau« schon Folgerungen für das soziale Verhalten der Frauen gezogen worden, so bestimmt die Entscheidung zum väterlichen Stichentscheid nun Mutterschaft als den Bereich, in dem das Wesen der Frau am tiefsten wurzelt und sich entfaltet.[277] Der Zusammenhang, in dem diese Bemerkung steht, macht deutlich, daß das Bundesverfassungsgericht sich hier nicht allein, nicht einmal primär auf die biologischen Umstände der Mutterschaft bezieht. Es geht nicht um das Gebären oder Stillen von Kindern, sondern um ihre Erziehung, um die soziale Funktion der Mutter. Aber auch die Aufgaben der Frau in der Kindererziehung werden nicht als soziales Phänomen beschrieben, sondern als Erfüllung des »Wesens« der Frau postuliert.

Ist so der Boden für die Bestimmung der Rolle der Frau vorbereitet, kann es nicht überraschen, wenn das Bundesverfassungsgericht in der ersten Witwer-

272 BVerfGE 6, 389, 427.
273 BVerfGE 6, 389, 427 f.
274 BVerfGE 6, 389, 429 (ursprünglich im Akkusativ).
275 Reich-Hilweg, S. 109, z. B. sieht darin die »Paralyse des Gleichberechtigungsgrundsatzes«.
276 Vgl. dazu Reich-Hilweg, S. 111 ff.
277 BVerfGE 10, 59, 78.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

renten-Entscheidung die Funktionsteilung[278] zwischen den Ehegatten für alle Zeiten[279] festlegt: »Immer also bleibt die Haushaltführung Beruf der Frau und - von Notsituationen abgesehen - ihr wesentlichster Unterhaltsbeitrag. Um aber diesen erbringen zu können, ist sie auf den Geldbeitrag des Mannes angewiesen. Hier - nicht im Überwiegen der einen oder anderen Leistung - liegt der richtige Kern der häufig gebrauchten Bezeichnung des Mannes als Ernährer«.[280]

In dieser Phase ging das Bundesverfassungsgericht also ganz selbstverständlich von dem unterschiedlichen Wesen von Mann und Frau und einer unterschiedlichen Aufgabenzuweisung an sie aus. Es betonte sie und machte sie zur Grundlage seiner Entscheidungen. Daran, daß die unterschiedliche Rollenzuweisung mit dem Gleichberechtigungsgebot vereinbar war, zweifelte das Bundesverfassungsgericht in diesem Zeitraum nicht. Gleichberechtigung bedeutete vor allem, benachteiligende Folgen der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung für die Frau abzumildern.

Auch dies läßt sich am Beispiel der Witwerrenten-Entscheidung zeigen. Das Bundesverfassungsgericht weist das Argument, daß die Witwe nach dem Tod ihres Mannes anstelle ihres verlorenen Berufs als Hausfrau ebenso wie der Witwer einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen könne, entschieden zurück. Es stellt die schlechte Lage auf dem Arbeitsmarkt für die verschiedenen »Witwen-Typen« dar: die Hausfrau ohne Ausbildung, die Hausfrau, die ihren erlernten Beruf aufgegeben hat, und die Frau, die zwar ohne Unterbrechung eine Erwerbstätigkeit ausübte, sich aber der beruflichen Arbeit infolge ihrer familiären Pflichten nicht mit der gleichen Ausschließlichkeit hat widmen können.[281] Schließlich weist das Bundesverfassungsgericht auf die trotz rechtlicher Garantie der Lohngleichheit allgemein ungünstigere Lage der

278 Es hatte sie schon angesprochen in BVerfGE 11, 277, 279 f; dort bezog es sich aber vor allem auf die unterschiedlichen Arten der Unterhaltsleistung bei einem nichtehelichen Kind.

279 Die ebenfalls dort zu findenden Ausführungen bilden nur scheinbar einen Widerspruch: »Der Frau ist die Haushaltführung, den geltenden Anschauungen entsprechend, vom Gesetz zur ersten Pflicht gemacht. Auch eine selbständig Erwerbstätige kann sich nicht ohne Einwilligung des Mannes durch einen Geldbeitrag von der Haushaltführungspflicht gleichsam loskaufen« (BVerfGE 17, 1, 20). Sich auf die »geltenden Anschauungen zu berufen«, relativiert die Begründung, legt geradezu nahe, daß sich die Anschauungen auch ändern mögen. Dennoch steht die quasi-metaphysische, biologische Begründung 1963 noch im Vordergrund. Hätte das Bundesverfassungsgericht aber damals schon angenommen, daß es sich lediglich um traditionelle Anschauungen handelte, die der Frau den Beruf der Hausfrau zuwiesen, hätte, wie in der im gleichen Jahr ergangenen Entscheidung zur Höfeordnung, der Rekurs auf überkommene Vorstellungen gerade nicht als Rechtfertigung ausreichen können (vgl. BVerfGE 15, 337, 345).

280 BVerfGE 17, 1, 20.

281 BVerfGE 17, 1, 21.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frau in der Arbeitswelt hin.[282] Ähnlich argumentiert das Bundesverfassungsgericht bei der Entscheidung zur Auslegung der Unterhaltsregelung des § 1361 BGB,[283] die einen besonderen Schutz für die nichterwerbstätige Ehefrau bei Getrenntleben der Ehegatten vorsieht. Auch hier hebt das Gericht darauf ab, daß sich die Frau, die ihren Beruf um der Ehe willen aufgegeben habe, erheblichen Schwierigkeiten bei dem Versuch der Rückkehr in den Beruf gegenübersehe und in der Regel nicht mehr die Position erreichen könne, die sie bei ununterbrochener beruflicher Tätigkeit voraussichtlich eingenommen hätte.[284]

Drei Entscheidungen sollen noch kurz besprochen werden, die der hier vorgetragenen These zu widersprechen scheinen. Sie enthalten zwar Ansätze zur Abkehr vom traditionellen Männer- bzw. Frauenbild, stellen die herkömmliche Rollenverteilung aber nicht wirklich in Frage.

In der Entscheidung zur Witwerrente im Beamtenrecht verlangt das Bundesverfassungsgericht, daß die Beamtin auch hinsichtlich der Versorgung ihrer nächsten Familienangehörigen dem Beamten gleichzustellen sei.[285] Zu diesem Ergebnis gelangt das Bundesverfassungsgericht aber nur, weil es allein aus »beamtenrechtlicher Sicht«[286] urteilt und damit auf die gleiche Amtsstellung von Beamtin und Beamten abstellt. Das Bundesverfassungsgericht richtet den Blick gerade nicht auf die Rollenverteilung in der Familie und mißt den »Verschiedenheiten in der sozialen Position von Mann und Frau innerhalb der Familiengemeinschaft«[287] keine Bedeutung bei.

Indem das Bundesverfassungsgericht den Vorrang des männlichen Geschlechts bei der Bestimmung des Hoferben für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG hält, stellt es sich gegen eine jahrhundertealte Überlieferung.[288] Doch auch hier macht das Gericht die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung auf dem Bauernhof zur Grundlage seiner Entscheidung. Es entspreche in der Regel den natürlichen Verhältnissen, wenn dem Mann die Außenwirtschaft sowie die Planung und Leitung des Betriebes obliege, während die Frau die Innenwirtschaft mit den Arbeiten in Haushalt, Stall und Garten besorge.[289] Doch müsse die Planung des Betriebs als überwiegend geistige Leistung

282 BVerfGE 17, 1, 21.
283 BVerfGE 22, 93.
284 BVerfGE 22, 93, 97.
285 BVerfGE 21, 329, 353.
286 BVerfGE 21, 329, 351.
287 BVerfGE 21, 329, 351.
288 BVerfGE 15, 337, 345.
289 BVerfGE 15, 337, 343.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht notwendigerweise mit den Außenarbeiten verbunden sein.[290] Entscheidend ist für das Bundesverfassungsgericht, daß die Aufgabenbereiche von Mann und Frau von annähernd gleicher Bedeutung für den Hof als einheitlichen Wirtschaftsorganismus sind und damit eine Differenzierung im Erbrecht nicht rechtfertigen.[291] Auch in dieser Entscheidung geht es primär um Gleichberechtigung bei Andersartigkeit.

Sogar ein eigenes Recht der Ehefrau auf Erwerbstätigkeit scheint eine Entscheidung aus dem Jahre 1957 anzuerkennen. Das Bundesverfassungsgericht führt dort aus: »Zur Gleichberechtigung der Frau gehört aber, daß sie die Möglichkeit hat, mit gleichen rechtlichen Chancen marktwirtschaftliches Einkommen zu erzielen wie jeder männliche Staatsbürger. Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Frau von vornherein als ehezerstörend zu werten, widerspricht nicht nur dem Grundsatz, sondern auch dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 GG«.[292] Das Bundesverfassungsgericht erklärt damit die Zweckrichtung der steuerlichen Zusammenveranlagung von Ehegatten für verfassungswidrig. Wären diese Aussagen fester Bestandteil der Gleichberechtigungsdogmatik geworden, hätte dies in der Tat eine Abkehr vom überkommenen Rollenbild bedeutet. Doch bleibt diese Aussage im wesentlichen folgenlos. Der Ansatz wurde in späteren Entscheidungen nicht weitergeführt oder präzisiert, kaum wurde er je wieder aufgenommen.[293]

Als Fazit läßt sich festhalten, daß das Bundesverfassungsgericht in den fünfziger und sechziger Jahren Unterschiede zwischen dem Wesen von Mann und Frau zur Grundlage seiner Entscheidungen machte, die es als von der Natur vorgegeben ansah. Dies bedeutete freilich nicht, daß das Bundesverfassungsgericht die herkömmlicherweise gezogenen Konsequenzen aus diesen Unterschieden unreflektiert übernahm. Im Gegenteil bemühte sich das Bundesverfassungsgericht, benachteiligende Folgen, die es insbesondere in der Unterbewertung des der Frau zugewiesenen Aufgabenbereichs sah, abzumildern. Gleichwertigkeit bei Verschiedenheit war das Leitmotiv der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in dieser Phase. Hauptstoßrichtung des Gleichberechtigungsgebots war es, daß sich die Andersartigkeit der Frau nicht zu ihrem Nachteil auswirken sollte. Dies erklärt, weshalb sich fast ausschließlich Frauen erfolgreich auf eine Verletzung des Gleichberechti-

290 BVerfGE 15, 337, 343 f.
291 BVerfGE 15, 344.
292 BVerfGE 6, 55, 82.
293 BVerfGE 21, 329, 353 bezieht sich zwar darauf. Tragend für die Entscheidung ist er aber nicht.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gungsgebots berufen konnten. Die wichtigen Entscheidungen, die eine Verletzung des Gleichberechtigungsgebots feststellten, betrafen nur Benachteiligungen von Frauen. Die Entscheidungen zum väterlichen Stichentscheid[294] und zur Bevorzugung des Mannes in der Höfeordnung[295] brachten entscheidende Impulse für die Gleichberechtigung der Frau. Demgegenüber blieben Verfassungsbeschwerden von Männern in diesem Zeitraum regelmäßig erfolglos, teilweise wurden sie als offensichtlich unbegründet verworfen.[296] Deutlich zeigt sich diese vor allem frauenschützende Tendenz z. B. in der Verwerfung der Verfassungsbeschwerde eines Mannes, die sich gegen § 17 Abs. 2 Arbeitszeitordnung richtete. Auf einer knappen halben Seite stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß Männer durch die angegriffene Norm nicht benachteiligt werden. Es handele sich um eine Regelung, »die der biologischen Besonderheit der Frau im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses schützend Rechnung trägt«.[297] Möglicherweise wäre dieselbe Beschwerde auch heute nicht erfolgreich, eine ausführlichere Begründung würde sie aber wohl erfahren. Verfassungsbeschwerden von Frauen, die sich auf eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG beriefen, wurden häufig nicht nur »ernster genommen«, sondern hatten auch mehr Aussicht auf Erfolg.

2. *Die siebziger und frühen achtziger Jahre: die Betonung der Gleichheit der Geschlechter*

Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht schon 1953 ausgesprochen, daß Mann und Frau auch in der Ehe gleichberechtigt seien,[298] wirklich einschneidende Konsequenzen zog das Bundesverfassungsgericht aus dieser Einsicht aber erst in den siebziger Jahren,[299] erstmals in einer Entscheidung zum Aus-

294 BVerfGE 10, 59.

295 BVerfGE 15, 337.

296 BVerfGE 5, 9; 11, 277. In der Entscheidung zur Feuerwehrabgabe nach baden-württembergischem Recht (BVerfGE 13, 167) wurde eine mögliche Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG nicht einmal geprüft, obwohl die Feuerwehrdienstpflicht allein Männer traf. Das Bundesverfassungsgericht nahm eine erneute Verfassungsbeschwerde zum Feuerwehrdienst nicht an, da keine rechtserheblichen neuen Tatsachen erkennbar seien; der Hinweis auf den Wandel der überkommenen Rollenverteilung reiche nicht aus (Beschluß vom 13.11.1979 - 1 BvR 768/79 -); vgl. zum Problem des Feuerwehrdienstes aus neuerer Zeit: Parodi.

297 BVerfGE 5, 9, 12.

298 BVerfGE 3, 225, 242.

299 Dabei wird nicht verkannt, daß die Verfassungswidrigkeitserklärung des väterlichen Stichentscheids entscheidenden Einfluß auf die Umgestaltung der Familienverhältnisse hatte. Doch stützte sich diese Entscheidung wesentlich auch darauf, daß eben der Kernbereich dessen, worin sich das Wesen der Frau erfülle, die Mutterschaft, betroffen war.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

länderrecht.[300] Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs eines Ausländers, der mit einer Deutschen verheiratet war, war vom bayerischen Verwaltungsgerichtshof abgelehnt worden. Das Bundesverfassungsgericht hob diese Entscheidung auf. Unter anderem bemängelte es, daß der Verwaltungsgerichtshof offenbar davon ausgegangen sei, der deutschen Ehefrau könne ohne weiteres zugemutet werden, dem Beschwerdeführer ins Ausland zu folgen; dies sogar vor der endgültigen Entscheidung über seinen weiteren Aufenthalt in der Bundesrepublik.[301] Eine solche Auffassung entspreche aber nicht dem Art. 6 Abs. 1 GG, der in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 GG den Schutz der Ehe als einer Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner gewährleiste.[302]

In der Staatsangehörigkeits-Entscheidung spricht das Bundesverfassungsgericht sogar davon, daß § 4 Abs. 1 Satz 1 RuStAG[303] noch »Ausdruck einer patriarchalischen Gesellschaftsordnung« sei:[304] »Die Vorstellung vom Vater als Haupt oder Mittelpunkt der Familie ist aber rechtlich durch die Partnerschaft zwischen Mann und Frau abgelöst«.[305] Die Ablösung des Verständnisses von Ehe als »Verbundenheit von Mann und Frau in Gleichordnung zu sittlicher Gemeinschaft«[306] durch die Gemeinschaft gleichberechtigter Partner konnte nicht ohne Auswirkungen auf die Rollenverteilung zwischen Mann und Frau bleiben, zumal gleichzeitig ein Wandel im Erwerbsverhalten von Frauen zu beobachten war.

Schon 1971 hatte das Bundesverfassungsgericht festgestellt, daß die Mehrzahl verheirateter Frauen »zur Zeit« keiner selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe,[307] und 1975, in der zweiten Witwerrenten-Entscheidung, konstatierte es, daß »sich das frühere Verständnis der Rolle der Frau in Ehe und Familie zu verändern begonnen hat«.[308] Nicht länger sei unbestritten, daß die Frau in erster Linie Hausfrau sein müsse. Freilich habe sich eine so grundsätzliche Abkehr vom früheren Rollenverständnis der Frau in der Bevölkerung noch nicht allgemein durchgesetzt; die rechtliche und tatsächliche Ent-

300 BVerfGE 35, 382.
301 BVerfGE 35, 382, 407 f.
302 BVerfGE 35, 382, 408.
303 Dieser sah vor, daß bei Ehen zwischen Deutschen und Ausländern eheliche Kinder eines deutschen Vaters, nicht aber die einer deutschen Mutter, die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten.
304 BVerfGE 37, 217, 250.
305 BVerfGE 37, 217, 251.
306 BVerfGE 10, 59, 67.
307 BVerfGE 31, 1, 5.
308 BVerfGE 39, 169, 187.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wicklung befinde sich noch im Fluß.[309] Und 1978 betont das Bundesverfassungsgericht schließlich, daß sich »das Leitbild der Frau, das früher das der Familien- und Hausmutter war, tiefgreifend verändert«[310] habe. Nicht länger könne man davon ausgehen, daß es der natürlichen Aufgabenteilung widerspreche, wenn die Frau erwerbstätig sei und sich nicht auf die Erfüllung ihrer Aufgaben in Ehe und Familie beschränke.[311] Heute sei die Aufgabenverteilung in der Ehe in erster Linie der freien Entscheidung der Ehegatten überlassen; lediglich im Kindeswohl finde sie ihre Grenze.[312]
Wie schnell das Bundesverfassungsgericht die Konsequenzen dieser neuen Auffassung zog, zeigt sich in der Entscheidung zur steuerlichen Abzugsfähigkeit der Aufwendungen für Hausgehilfinnen.[313] Das Abzugsverbot knüpfe nicht daran an, »daß *gerade* die Frau erwerbstätig ist«.[314] In einer Ehe, in der beide Ehegatten erwerbstätig sind, sei anzunehmen, daß jeder Ehegatte einen finanziellen Beitrag zum Familienunterhalt zu leisten habe und beide Ehegatten deshalb stillschweigend davon ausgingen, daß auch der Ehemann einen Teil der durch die Doppelerwerbstätigkeit verursachten zusätzlichen Aufwendungen für die Beschäftigung einer Hausgehilfin tragen müsse.[315] Einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG schließt die Mehrheitsmeinung daher aus. Wäre das Bundesverfassungsgericht noch von der »natürlichen« Aufgabenverteilung in der Ehe ausgegangen, wäre eine ausführlichere Erörterung an diesem Punkt wohl nötig gewesen.[316]
Vollzog die Hausgehilfinnen-Entscheidung den Wandel der Auffassung hinsichtlich der Kinderbetreuung,[317] bestätigte die Entscheidung zum Hausarbeitstag die Veränderungen hinsichtlich der Aufteilung der Hausarbeit: »Es gehört nicht zu den geschlechtsbedingten Eigenheiten von Frauen, Hausarbeit zu verrichten«.[318] Biologische Unterschiede rechtfertigen eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen in der Gewährung eines Hausarbeits-

309 BVerfGE 39, 169, 188.
310 BVerfGE 48, 327, 338.
311 BVerfGE 48, 327, 338.
312 BVerfGE 48, 327, 338, so auch schon als Beschreibung »allgemeiner Ansicht« in BVerfGE 39, 169, 183.
313 BVerfGE 47, 1.
314 BVerfGE 47, 1, 19 (Hervorhebung durch die Verfasserin).
315 VerfGE 47, 1, 19.
316 Vgl. zur Kritik an der Entscheidung die abweichende Meinung des Richters Simon, BVerfGE 47, 1, 34 ff.
317 Allein um die steuerliche Abzugsfähigkeit für Hausgehilfinnenaufwendungen, die durch die Betreuung von Kindern verursacht werden, ging es in BVerfGE 47, 1.
318 BVerfGE 52, 369, 376.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tages nicht.[319] Auch funktionale Unterschiede seien jedenfalls für alleinstehende Personen nicht ausschlaggebend.[320] Die Frage, ob bei Mehrpersonenhaushalten die »empfundene«[321] Aufteilung der Rollen von Bedeutung sein könne, läßt das Bundesverfassungsgericht offen.[322] Auf natürliche Unterschiede beruft sich das Bundesverfassungsgericht nicht mehr, die Relevanz tatsächlicher Unterschiede brauchte noch nicht entschieden zu werden.

Nicht länger auch spricht das Bundesverfassungsgericht von der Mutterschaft als dem Bereich, in dem sich das Wesen der Frau erfülle. 1981 betont es zum einen, daß Sorgerechtsregelungen bei geschiedenen Ehen nicht von vornherein von einem Primat der Mutter ausgehen dürfen,[323] zum anderen argumentiert es bei der Überprüfung des ausschließlichen Sorgerechts der Mutter für das nichteheliche Kind sehr vorsichtig. Leitmotiv und Hauptargument ist das Kindeswohl. Dieses verlange bei einem nicht verheirateten Elternpaar die eindeutige Zuordnung des Kindes zu einem Elternteil.[324] Zwar zitiert das Bundesverfassungsgericht aus der Begründung des Regierungsentwurfs Passagen, die sich auf den Vorrang der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kleinkind berufen.[325] Es stellt aber sogleich fest, daß diese Meinung nicht unbestritten sei. Da bislang gesicherte Erkenntnisse darüber fehlten und die ausschließliche Übertragung der Elternverantwortung auf die Mutter jedenfalls nicht nachweisbar dem Kindeswohl widerspreche, könne die Regelung vom Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet werden.[326] Im Rahmen der Prüfung zu Art. 3 Abs. 2 GG setzt es dann die Verfassungsmäßigkeit der ausschließlichen Zuordnung zu einem Elternteil schon voraus[327] und fragt daher nur noch, ob dies die Mutter sein dürfe.[328] Da der Gesetzgeber den Träger des Sorgerechts schon zum Zeitpunkt der Geburt festlegen müsse, bliebe ihm eine Anknüpfung an geschlechtsneutrale Kriterien (im Gegensatz zur Situation nach einer Scheidung) verwehrt.[329] Indem das Bundesverfassungsgericht auf den Zeitpunkt der Geburt abstellt, vermeidet

319 BVerfGE 52, 369, 377.
320 BVerfGE 52, 369, 377 f.
321 BVerfGE 52, 369, 377.
322 BVerfGE 52, 369, 378.
323 BVerfGE 55, 171.
324 BVerfGE 56, 363, 387 und 388 f.
325 BVerfGE 56, 363, 387 f.
326 BVerfGE 56, 363, 388.
327 BVerfGE 56, 363, 388.
328 BVerfGE 56, 363, 389.
329 BVerfGE 56, 363, 389.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

es, sich in der Frage der Beurteilung der Beziehung zwischen dem geborenen Kind und dem Elternteil festzulegen. So kann es darauf verweisen, daß »die natürliche Verbindung des ungeborenen Lebens mit dem der Mutter eine besonders geartete Beziehung ist, für die es in anderen Lebenssachverhalten keine Parallele gibt«.[330] Daran durfte die Sorgerechtsregelung anknüpfen. So hält die Entscheidung zum Sorgerecht des nichtehelichen Kindes zwar eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen aufrecht, stützt sich aber vor allem auf Erwägungen des Kindeswohls, die auch die Anwendung des Art. 3 Abs. 2 GG beeinflussen.

Eine weitere Entscheidung aus den siebziger Jahren kommt zur Verfassungsmäßigkeit einer Differenzierung zwischen Männern und Frauen. Die Regelung des Fremdrentengesetzes, die rentenberechtigten Frauen niedrigere Verdienste zuordnete als Männern, wurde 1977 als »noch vereinbar« mit der Verfassung angesehen.[331] Doch rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht die Regelung nicht unter Berufung auf biologische oder funktionale Unterschiede, sondern – wie das Bundesverfassungsgericht selbst später formulierte – die Regelung war »allein deshalb verfassungsrechtlich hinnehmbar, weil ein außerordentliches Problem zu bewältigen war«.[332] Das Problem habe seinen Ursprung in historischen Vorgängen vor der Geltung des Grundgesetzes;[333] andernfalls hielt das Bundesverfassungsgericht die Einführung des Eingliederungsprinzips für gefährdet, welches ihm eine besonders geeignete Maßnahme zur Bewältigung der Folgen des zweiten Weltkriegs schien.[334] Der Versuch, eine Ausnahmesituation zu überwinden, bestimmte die Entscheidung, nicht saubere Dogmatik in der Anwendung des Gleichberechtigungssatzes.[335]

Der stärkeren Betonung der Gleichheit von Mann und Frau korrespondiert eine striktere Anwendung des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot. In diese Phase fallen daher auch die »Paradebeispiele« der Anwendung des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot. Kurz und bündig stellt das Bun-

330 BVerfGE 56, 363, 390 (übernommen aus BVerfGE 39, 1, 42).

331 BVerfGE 43, 213; vgl. dazu oben S. 35 f.

332 BVerfGE 57, 335, 345.

333 BVerfGE 43, 213, 226. Diese Argumentation stand freilich im Widerspruch zu BVerfGE 17, 38, 50 f., wo das Bundesverfassungsgericht die uneingeschränkte Anwendung von Art. 3 Abs. 2 GG auf durch Gesetz nach dem 31. 3. 1953 geschaffene Ansprüche forderte, auch wenn diese an zurückliegende Verhältnisse anknüpften.

334 BVerfGE 43, 213, 227.

335 Vgl. BVerfGE 43, 213, 227, wo das Bundesverfassungsgericht selbst davon auszugehen scheint, daß die Regelung bei strikter Anwendung der Grundsätze des Art. 3 Abs. 2 GG nicht haltbar wäre.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

desverfassungsgericht fest, daß die Kollisionsregelung des Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 erster Halbs. EGBGB[336] stets an die Staatsangehörigkeit des Mannes anknüpfe und daher mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar sei.[337] Den in der Literatur und in der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unternommenen Versuchen, die Kollisionsregelung dennoch zu rechtfertigen, widmet das Bundesverfassungsgericht nur wenige Zeilen.[338] Zwei weitere Entscheidungen zum internationalen Privatrecht folgen dieser Begründung und stellen die Unvereinbarkeit von Art. 17 Abs. 1 EGBGB[339] und § 606 b Nr. 1 ZPO[340] fest.[341]

Eine Wende zur absoluten Unbeachtlichkeit von Unterschieden zwischen Männern und Frauen hat das Bundesverfassungsgericht jedoch nie vollzogen. Objektive biologische und funktionale Unterschiede können im Prinzip weiterhin Ungleichbehandlungen zwischen Männern und Frauen rechtfertigen; freilich ist es seltener, daß solche Unterschiede im konkreten Fall anerkannt werden. So kommt das Bundesverfassungsgericht in den siebziger und achtziger Jahren der Vorstellung von Gleichberechtigung als formaler Gleichstellung zwar näher, ganz übernimmt es sie aber auch zu diesem Zeitpunkt nicht. Die stärkere Betonung der Gleichheit und die Annäherung an formale Gleichstellung führt zum Überwiegen der Verfassungsbeschwerden von Männern. Die zentralen Gleichberechtigungsentscheidungen beschäftigen sich jetzt mit Benachteiligungen von Männern,[342] wie z. B. die Entscheidung zum Hausarbeitstag,[343] zum Sorgerecht für das nichteheliche Kind,[344] zum unterschiedlichen Rentenalter.[345] Freilich sind diese Beschwerden nicht immer erfolgreich - das Bundesverfassungsgericht hat formale Gleichstel-

336 Art. 15 EGBGB sah vor, daß für das eheliche Güterrecht die Gesetze desjenigen Staates maßgebend sein sollten, dem der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe angehörte.

337 BVerfGE 63, 181, 195.

338 BVerfGE 63, 181, 195 f.

339 Art. 17 Abs. 1 EGBGB bestimmte, daß für die Scheidung die Gesetze des Staates maßgebend sein sollten, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehörte. Eine Ausnahme davon bestand nach Abs. 3 nur für das Scheidungsbegehren einer Deutschen.

340 § 606 b Nr. 1 ZPO machte die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Scheidung gemischt-ausländischer Ehen u.a. davon abhängig, daß die Entscheidung nach dem Heimatrecht des Mannes anerkannt werden würde.

341 BVerfGE 68, 384, 390; 71, 224, 228 f.

342 Eine Ausnahme stellt insoweit allerdings BVerfGE 57, 335 (pauschale Festsetzung von Bruttoverdiensten) dar, dazu unten S. 91 f; zur Sonderstellung von BVerfGE 43, 213 (Fremdrentengesetz) vgl. oben S. 35 f.

343 BVerfGE 52, 369.

344 BVerfGE 56, 363.

345 BVerfGE 74, 163.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

lung nie als einziges Ziel des Gleichberechtigungsgebots übernommen -, offensichtlich unbegründet sind sie aber nicht länger. Auch gibt es noch einige Benachteiligungen von Frauen, die aufgehoben werden. Diese erscheinen allerdings eher als Nachzugsgefechte in Bereichen, die der Aufmerksamkeit bisher entgangen waren;[346] die Begründungen dieser Entscheidungen sind knapp, der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG ist offensichtlich. Die eben beschriebene Entwicklung ist auch durchaus konsequent; sie ist im Verständnis des Gleichberechtigungsgebots als Differenzierungsverbot angelegt. Mitte der siebziger Jahre waren explizite Differenzierungen zum Nachteil von Frauen weitgehend aus der Rechtsordnung verschwunden. Ausdrückliche Ungleichbehandlungen waren im wesentlichen nur noch in den zum Schutz von Frauen erlassenen[347] Normen zu finden. Aus der Perspektive eines Verständnisses des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot mußte sich das Augenmerk notwendigerweise auf diese übriggebliebenen »Privilegierungen« von Frauen richten. Ist formale Gleichstellung das Ziel, erscheinen nun Bevorzugungen von Frauen als die Haupthindernisse auf dem Weg zu Gleichberechtigung. Als Differenzierungsverbot hatte der Gleichberechtigungsgrundsatz seine Aufgabe gegenüber Frauen im wesentlichen erfüllt. Allein Männern konnte er noch nützen.

3. *Die achtziger Jahre: die Berücksichtigung der sozialen Unterschiede*

Eine interessante Spannung tritt in der Entscheidung zur (nach dem Geschlecht unterschiedlichen) Pauschalisierung der Einkommen in den ersten fünf Jahren seit dem Eintritt in die Rentenversicherung der Angestellten zutage.[348] Zum einen steht die Entscheidung ganz in der Tradition der eben beschriebenen Phase der strikteren Anwendung des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot. Das Bundesverfassungsgericht betont, daß die für den Lohnabstand von Männern und Frauen bedeutsamen Gründe, insbesondere

346 Vor allem im Internationalen Privatrecht: BVerfGE 63, 181; 68, 384; 71, 224.

347 Daß diese Normen durchaus nicht immer allein aus dem Bedürfnis nach echtem Schutz von Frauen erlassen wurden, ist hier unbestritten. Daß insofern mit der angeblichen Bevorzugung häufig auch eine Benachteiligung der Frau einhergeht, sei ebenfalls nicht bezweifelt. Aus der Perspektive des Mannes, der vor Feiertagen auch nicht länger als bis siebzehn Uhr arbeiten möchte, stellt sich die Regelung des § 19 Abs. 1 zweiter Halbsatz AZO aber eindeutig als Benachteiligung der Männer dar; aus diesem Blickwinkel erhebt er Verfassungsbeschwerde. Für die hier besprochene Fragestellung interessiert daher nur diese Perspektive.

348 BVerfGE 57, 335; näher zum Sachverhalt siehe oben S. 36.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die, die auf familiäre Pflichten der Frauen zurückzuführen sind, nicht funktional, sondern allenfalls traditionell arbeitsteilig geprägt seien.[349] Damit verstoße die Regelung gegen Art. 3 Abs. 2 GG, da sie allein nach dem Geschlecht differenziere und weder relevante biologische noch funktionale Unterschiede das Lebensverhältnis entscheidend prägten.[350]

Zum anderen aber findet sich in dieser Entscheidung erstmals der Gedanke des sozialen Ausgleichs von Nachteilen. Zwar betont das Bundesverfassungsgericht zunächst, daß sich der Zweck der Regelung - eine aus dem Gedanken des sozialen Ausgleichs abgeleitete Begünstigung der Versicherten - unterschiedslos auf Männer wie Frauen beziehe. Wegen des statistisch nachweisbaren Lohnabstandes zwischen Männern und Frauen wirken sich Pauschalbeträge, die nicht an das Geschlecht anknüpfen, in einer proportional stärkeren Begünstigung von Frauen aus. Das Bundesverfassungsgericht billigt dieses Resultat: »Im übrigen verlöre das Verfassungsgebot seine Funktion, für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchzusetzen, wenn es inhaltlich darauf reduziert würde, die vorgefundene gesellschaftliche Wirklichkeit, etwa die vorhandenen Lohnunterschiede bei Männern und Frauen, hinzunehmen«.[351] Der Gedanke, daß Art. 3 Abs. 2 GG auch den Ausgleich von Nachteilen erlauben kann, die nicht auf objektive biologische oder funktionale Unterschiede zurückzuführen sind, deutet sich an.

Die Entscheidung zur Festsetzung unterschiedlicher Tabellenwerte im AVG hatte sich im Ergebnis noch auf die Abwehr einer Differenzierung nach dem Geschlecht beschränken können. Erst in der Rentenalter-Entscheidung[352] stellte sich daher die Frage in aller Schärfe, ob der sozialstaatlich motivierte Ausgleich von Nachteilen Abweichungen vom Differenzierungsverbot zugunsten von Frauen rechtfertigen kann. Das Bundesverfassungsgericht weicht einer klaren Beantwortung dieser Frage aus. Auf der einen Seite betont es zwar die Zulässigkeit kompensatorischer Maßnahmen zum Ausgleich erlittener Nachteile, auch wenn sie Männer und Frauen unterschiedlich behandeln. Auf der anderen Seite aber trifft das Bundesverfassungsgericht die eben beschriebene Anerkennung kompensatorischer Förderung nur für den Fall, daß der Ausgleich von Nachteilen erfolgt, »die ihrerseits auch auf biolo-

349 BVerfGE 57, 335, 344 .
350 BVerfGE 57, 335, 346.
351 BVerfGE 57, 335, 346 (Anmerkungen des Originals weggelassen).
352 BVerfGE 74, 163; zum Sachverhalt und zur näheren dogmatischen Auseinandersetzung, siehe oben S. 74 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gische Unterschiede zurückgehen«.[353] Wie bereits gezeigt, nannte das Gericht in der Rentenalter-Entscheidung Gründe, die die Entscheidung zur Festsetzung unterschiedlicher Tabellenwerte im AVG nicht einmal als funktionale, geschweige denn als biologische anzuerkennen bereit war. In Wirklichkeit geht es um eine neue Kategorie von Unterschieden: soziale Unterschiede, die zum kompensatorischen Ausgleich zugunsten von Frauen berechtigen.

Damit deutet sich auch ein Wandel in der Wirkungsrichtung des Gleichberechtigungsgebots an. Durch die grundsätzliche Anerkennung der kompensatorischen Förderung von Frauen reduziert das Bundesverfassungsgericht die Schutzfunktion des Gleichberechtigungsgrundsatzes als Differenzierungsverbot gegenüber Männern.[354]

Auch hinsichtlich der Beurteilung mittelbarer Benachteiligung könnte sich ein Wandel andeuten, der Art. 3 Abs. 2 GG wieder zu einer Schutznorm für Frauen machen könnte. Lange Jahre - ganz im Sinne eines Denkens in den Kategorien eines Differenzierungsverbots - sah das Bundesverfassungsgericht geschlechtsneutrale Regelungen nicht als ein Problem des Gleichberechtigungsgebots, unabhängig davon, ob sie sich tatsächlich fast ausschließlich zugunsten oder zu Lasten eines Geschlechts auswirkten. Dies zeigte sich vor allem in den Mitarbeiterinnen-Entscheidungen. In vier Entscheidungen[355] klärte das Bundesverfassungsgericht die steuerrechtlichen und versicherungsrechtlichen Konsequenzen der Ehegatten-Mitarbeit.[356] Diese Entscheidungen sollen hier nicht näher dargestellt und analysiert werden.[357] Für die Untersuchung ist an dieser Stelle nur von Interesse, daß in keiner dieser Entscheidungen das Bundesverfassungsgericht auch nur die Frage aufwirft, ob Art. 3 Abs. 2 GG verletzt sein könnte. Prüfungsmaßstab waren allein der allgemeine Gleichheitssatz und Art. 6 Abs. 1 GG. Dabei geht das Bundesverfassungsgericht nicht daran vorbei, daß im Regelfall die Ehefrau im Betrieb des Ehemannes mitarbeitet, nicht der Ehemann im Betrieb seiner Frau, also alle Entscheidungen über die Ehegattenmitarbeit vor allem die erstgenannte Konstellation betreffen. Zunächst[358] vermeidet das Bundesverfassungsge-

353 BVerfGE 74, 163, 180.

354 Dies würde erst recht gelten, wenn das Bundesverfassungsgericht - was es bisher ausdrücklich offenläßt - eine Verpflichtung des Gesetzgebers annähme, die Voraussetzungen für eine faktische Gleichberechtigung von Männern und Frauen zu schaffen.

355 BVerfGE 13, 290; 13, 318; 18, 257; 36, 120.

356 In BVerfGE 9, 237 nahm es lediglich zu Fragen der Voraussetzung der Anerkennung von Arbeitsverhältnissen zwischen Ehegatten Stellung.

357 Vgl. dazu z. B. Reich-Hilweg, S. 104 ff.

358 BVerfGE 13, 290; 13, 318.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

richt freilich sorglich, diese Tatsache deutlich zu machen; konsequent spricht es nur von »Ehegatten«. Immerhin aber stellt es auch die Geschichte des 1936 eingeführten § 8 Nr. 5 GewStG so dar, daß die Versagung der gewerbesteuerrechtlichen Anerkennung von Ehegattenarbeitsverträgen wesentlich darauf zurückzuführen sei, daß es »der heutigen Auffassung vom Wesen der deutschen Ehe (entspreche), daß die Frau in jeder Lebenslage Gehilfin des Mannes«[359] sei. Wenige Jahre später bezieht es sich auf den »häufig vorkommenden Fall, daß die Ehefrau im Betrieb des Ehemannes mitarbeitet«,[360] und betont die nachteiligen Auswirkungen für die Altersversorgung von Ehefrauen im Fall der Scheidung, wenn Ehegattenmitarbeit von der Altersversorgung ausgeschlossen wird.[361] Schließlich spricht das Bundesverfassungsgericht überhaupt nur noch von »weiblichen Ehegatten-Arbeitnehmern«.[362] In allen Entscheidungen waren geschlechtsneutral formulierte Regelungen zu beurteilen, immer waren ganz überwiegend Frauen betroffen; die Bestimmungen erschienen dem Bundesverfassungsgericht nie als ein Problem des Art. 3 Abs. 2 GG.

Erstmals deutet das Bundesverfassungsgericht eine solche Möglichkeit in der Entscheidung zur Höhe der Witwenrente an.[363] Eine Frau hatte Verfassungsbeschwerde dagegen erhoben, daß sie als Witwe eines in der Sozialversicherung Versicherten nach dessen Tode nur 60% der Rente ihres Mannes bezieht. Nachdem das Bundesverfassungsgericht bereits festgestellt hat, daß § 45 Abs. 2 AVG schon deshalb nicht gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstoße, weil er die Hinterbliebenenrente ohne Unterschied zwischen Mann und Frau regele, bemerkt es aber, daß der Anwendungsbereich dieser Vorschrift praktisch bei der Berechnung von Witwerrenten weit zurücktrete, und führt dann aus: »Ob eine derartig einseitige praktische Folge einer an sich verfassungsrechtlich nach Art. 3 Abs. 2 und 3 GG unbedenklichen Regelung in besonderen Fällen gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau verstoßen könnte, bedarf hier keiner Entscheidung«.[364] Seither setzte sich das Bundesverfassungsgericht mit Fragen der mittelbaren Benachteiligung nicht mehr auseinander.

359 BVerfGE 13, 290, 301 (es zitiert aus einer kurz vor der Einführung des § 8 Nr. 5 GewStG ergangenen Entscheidung des PrOVG, das darstellt, wie die Gewerbesteuerbehörden seiner Rechtsprechung, die Ehegattenarbeitsverträge steuerrechtlich anerkannte, widersprachen).
360 BVerfGE 18, 257, 268.
361 BVerfGE 18, 257, 269.
362 BVerfGE 36, 120, 123.
363 BVerfGE 48, 346.
364 BVerfGE 48, 346, 366.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. Zusammenfassung

Drei Phasen kennzeichnen die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Gleichberechtigungsgrundsatz. In den fünfziger und sechziger Jahren ging das Gericht ganz selbstverständlich von natürlichen Unterschieden zwischen Mann und Frau aus. Die Funktion des Gleichberechtigungsgebots konnte daher nicht darin bestehen, diese vorgegebenen Unterschiede rechtlich zu annulieren. Das Bundesverfassungsgericht sah seine Aufgabe darin zu verhindern, daß sich die Andersartigkeit der Frau zu ihrem Nachteil auswirkt. Gleichwertigkeit bei Andersartigkeit war das Leitmotiv der Rechtsprechung in dieser Phase. In den siebziger und achtziger Jahren hingegen wurde eher die Gleichheit von Mann und Frau betont. Die vorher als natürlich angesehene Rollenverteilung erschien nun nur noch als traditionelle und überkommene, die vor Art. 3 Abs. 2 GG keinen Bestand mehr haben konnte. Gab es kaum noch Unterschiede, die eine Differenzierung zwischen Mann und Frau rechtfertigen konnten, trat jetzt der Abbau jeglicher Art von Differenzierung in den Vordergrund. Da die meisten expliziten Differenzierungen, die Frauen benachteiligten, in den siebziger Jahren aber schon aus der Rechtsordnung verschwunden, während »Privilegien« für Frauen noch vorzufinden waren, wirkte sich das Gleichberechtigungsgebot in dieser Phase vor allem zum Schutz von Männern aus. Freilich übernahm das Bundesverfassungsgericht nie eine Vorstellung von Gleichberechtigung als identischer Behandlung von Mann und Frau. Es näherte sich der Idee von formaler Gleichstellung als Aufgabe des Art. 3 Abs. 2 GG in diesem Zeitraum zwar an, behielt sich aber vor, irgendwann doch wieder Unterschiede als relevant zu beurteilen. Eine dritte Phase zeichnet sich in den achtziger Jahren, wenn auch nur in Andeutungen, ab. Soziale Unterschiede zwischen Mann und Frau können im Rahmen des Gleichberechtigungsgebots u. U. Berücksichtigung finden. Der Gedanke, daß erlittene Nachteile einen kompensatorischen Ausgleich zugunsten von Frauen zulassen, gibt dem Gleichberechtigungsgebot jedenfalls die Chance, auch heute nicht nur zugunsten von Männern und zu Lasten von Frauen zu wirken.

C. Würdigung

In der Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichberechtigung wurden dogmatischer Anspruch und Entscheidungspraxis einander gegenübergestellt. Die Rechtsprechungsdurchsicht ergab, daß jedes der Prinzipien, welches den dogmatischen Anspruch des Bundesverfas-

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sungsgerichts - Art. 3 Abs. 2 GG sei Differenzierungsverbot - charakterisiert, in der Anwendung nicht aufrechterhalten oder zumindest modifiziert wurde, sich häufig geradezu in sein Gegenteil verkehrte. Diese Ergebnisse seien hier noch einmal herausgestellt und thesenförmig zusammengefaßt.

1. Kern des Differenzierungsverbots ist das Verbot der Anknüpfung an das Merkmal »Geschlecht« bei der Festsetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen: der Geschlechtsunterschied gibt einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht nicht ab.
Demgegenüber ist zentrale Prüfungsstufe in (fast) jeder Gleichberechtigungsentscheidung die Frage danach, ob objektive biologische oder funktionale Unterschiede vorliegen und die Anwendbarkeit des Gleichberechtigungssatzes ausschließen. Dies ist nicht bloß eine eng umgrenzte Ausnahme von der Regel, sondern berührt deren Kern: was, wenn nicht biologische und funktionale Unterschiede konstituiert den Geschlechtsunterschied? So kann es nicht überraschen, daß es dem Bundesverfassungsgericht nicht gelang, den Anwendungsbereich der Formel auch nur annähernd klar und konsistent zu entwickeln.

2. Indem das Differenzierungsverbot allein auf die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen für Männer und Frauen abstellt, ist entscheidender Gesichtspunkt ein formaler. Auf die Frage, wie sich eine Differenzierung auswirkt, kann es nicht ankommen, denn dafür hält das Differenzierungsverbot als Verbot der Verwendung eines Merkmals keine Kriterien bereit.
Allein mit der formalen Feststellung, daß eine Regelung zwischen Männern und Frauen differenziert, läßt es das Bundesverfassungsgericht nur selten sein Bewenden haben. Häufig prüft das Bundesverfassungsgericht ausführlich, ob eine Benachteiligung festzustellen ist und wie sie sich auswirkt. Es gewichtet Benachteiligungen nach ihrer Schwere und wägt sie gegenüber Begünstigungen ab. Auch bei Ungleichbehandlungen, die aufgrund objektiver Unterschiede zulässig sind, fragt das Bundesverfassungsgericht häufig weiter, ob die Art der Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Es verwendet insoweit einen, wenn auch nicht präzisierten, materiellen Maßstab.

3. Als Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht ist das Differenzierungsverbot notwendig symmetrisch. Männer wie Frauen sind vor unterschiedlicher Behandlung geschützt und können sich auf das Gleichberechtigungsgebot berufen.
In der Praxis prüft das Bundesverfassungsgericht aber Benachteiligungen von Frauen strikter als Benachteiligungen von Männern.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. Dem Differenzierungsverbot als dogmatischem Prinzip entspricht eine Beschreibung der Funktion des Art. 3 Abs. 2 GG als Gebot formaler Gleichstellung. Ziel des so verstandenen Gleichberechtigungsgebotes ist in letzter Konsequenz die Schaffung einer Rechtsordnung, in der das Merkmal »Geschlecht« nicht vorkommt. Anders ausgedrückt: nur wenn man davon ausgeht, daß zwischen Männern und Frauen keine Unterschiede bestehen, die in der Rechtsordnung Berücksichtigung finden müssen oder sollen, kann die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot sinnvoll sein.
Um formale Gleichstellung geht es dem Bundesverfassungsgericht aber gerade nicht. Schon die abstrakte Aufgabenumschreibung verläßt häufig den Boden eines Verständnisses als Differenzierungsverbot und weist dem Gleichberechtigungssatz eine umfassende, gesellschaftsverändernde Funktion zu. Darüberhinaus zeigt der Wandel des bundesverfassungsgerichtlichen Rollenverständnisses, daß es sich dem Ideal der formalen Gleichstellung allenfalls für kurze Zeit annäherte.

5. Grundlage der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG war die Annahme, daß dieser und Art. 3 Abs. 3 GG, soweit dort das Merkmal »Geschlecht« genannt ist, übereinstimmen. Dies ließe eine einheitliche Dogmatik von Gleichberechtigungsfragen und Fällen mit anderen in Art. 3 Abs. 3 genannten Merkmalen erwarten.
In Wirklichkeit aber kann von einer einheitlichen Dogmatik der beiden Absätze nicht gesprochen werden. Dies zeigt sich schon darin, daß die Entscheidungen kaum aufeinander Bezug nehmen. Zwar werden in der Rechtsprechung zu den anderen in Absatz 3 genannten Merkmalen auch manchmal Passagen aus frühen Gleichberechtigungsentscheidungen herangezogen; von diesem gemeinsamen Ausgangspunkt herkommend, entwickeln sich die dogmatischen Kriterien aber auseinander. Während die Rechtsprechung zu den sonstigen Merkmalen des Absatz 3 vorwiegend um Fragen der Kausalität und Finalität kreist,[365] finden diese Überlegungen nur selten Eingang in die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 GG. Diese beschäftigt sich primär mit Fragen der Vergleichbarkeit und der Anwendbarkeit bei objektiven biologischen oder funktionalen Unterschieden; auf den Gedanken, nach objektiven biologischen oder funktionalen Unterschieden hinsichtlich der Merkmale

365 Vgl. BVerfGE 25, 44, 63; BVerfGE 34, 334, 368 f.; BVerfGE 44, 125, 143; BVerfGE 59, 128, 157 ff.; vgl. auch abw. Meinung des Richters Simon in BVerfGE 63, 266, 298, 302 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rasse oder politischer Überzeugung zu suchen, kommt kein Interpret. Auch die in Teil B.III. vorgestellten Hinweise auf ein materielles Gleichberechtigungsverständnis fehlen in der Rechtsprechung zu den anderen Merkmalen völlig. Das Bundesverfassungsgericht scheint also zu spüren, daß sich bei dem Merkmal Geschlecht besondere Probleme stellen. Läge es da nicht näher, zwischen den zwei Absätzen einer Vorschrift zu unterscheiden, statt ein Merkmal innerhalb eines Absatzes eigene Wege gehen zu lassen?

Wären die Abweichungen gegenüber den in ihrer Abstraktheit eindeutig und präzise erscheinenden dogmatischen Ansprüchen in der Entscheidungspraxis nur vereinzelt vorzufinden, gäben sie zwar Anlaß zu methodischer Kritik an einzelnen Entscheidungen, das dogmatische Konzept als solches könnten sie jedoch nicht in Frage stellen. Die Rechtsprechungsdurchsicht ergab aber durchgängige, fast schon systematische Verletzungen jedes der Prinzipien, die ein Verständnis als Differenzierungsverbot ausmachen.
Das Differenzierungsverbot ist in der Praxis gescheitert, denn das Bundesverfassungsgericht wollte offensichtlich weder die aus einem konsequent angewendeten Differenzierungsverbot resultierenden Ergebnisse, noch hielt es die in Kategorien des Differenzierungsverbots möglichen Begründungen zur Rechtfertigung seiner Entscheidungen für ausreichend. Das Bundesverfassungsgericht kann damit selbst zum Beweis dafür herangezogen werden, daß ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot den Problemkonstellationen im Verhältnis Mann - Frau nicht gerecht wird.
In dem Ausmaß, in dem das Bundesverfassungsgericht an dem Differenzierungsverbot als dogmatischem Anspruch verbal festhält, in Wahrheit aber andere, materielle Kriterien der Entscheidung zugrunde legt, verlieren die Entscheidungen zu Fragen der Gleichberechtigung von Männern und Frauen ihre Fähigkeit, dogmatisch zu überzeugen. Dem Bundesverfassungsgericht geht im Laufe der Zeit jegliche dogmatische Einbindung und Disziplinierung verloren; Raum für Wertungen ist gewonnen. Die Entscheidungsfindung wird nicht mehr rational nachvollziehbar und überprüfbar, damit auch nicht mehr kritisierbar; nur noch die Ergebnisse der Entscheidungen können - je nach (frauen)politischer Einstellung - gepriesen oder verdammt werden. Diese fehlende dogmatische Einbindung ist in einem Gebiet, in dem das Bundesverfassungsgericht volle und intensive Überprüfungsbefugnis gesetzgeberischer Entscheidungen für sich in Anspruch nimmt - der Gleichberechtigungssatz als »feste Grenze« -, um so bedenklicher. Will die Staatsrechtswissenschaft ihrer Aufgabe als dogmatischer Wissenschaft[366] gerecht

366 Vgl. dazu Böckenförde, Eigenart, insb. S. 324 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

werden und sich nicht in bloßen Wiederholungen verfassungsgerichtlicher Wendungen erschöpfen,[367] ist es angesichts dieses Befundes notwendig, die dogmatische Grundkategorie – das Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot – zu hinterfragen und kritisch zu würdigen.

367 Vgl. zum »Bundesverfassungsgerichtspositivismus« Schlink, Entthronung, insb. S. 168 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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; Millett; Schwarzer; Janssen-Jurreit, Sexismus; Frevert; Nave-Herz; Schenk, Feministische Herausforderung; Schröder; Greven-Aschoff; Twellmann.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 Gleichberechtigungsgebotes. Die Entschiedenheit des Tones soll durch einige Zitate belegt werden.

Dogma‹, ›öde Gleichmacherei‹, ›mechanische Gesetzesanwendung‹, ›Buchstabentreue‹, ›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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»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 Gleichberechtigungsgebot 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 schlösse 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 bezeichnete[18] - 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 »suum cuique«[19] auch den Gleichberechtigungsbegriff des Grundgesetzes prägen sollte. Philosophie, Ontologie, Theologie, christliche und naturrechtliche Vorstellungen[20] oder die praktische, sittliche Vernunft[21] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Entstehungsgeschichte[22] 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 einstimmig[26] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gleichheit aller vor dem Gesetz. Als ein Untersatz[30] 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 Dämmerschein ›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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

Ein zweiter Strang der Diskussion um die rechtliche Wirkung des Gleichberechtigungsgebots 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 gegossen[38] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 unvordenklicher Zeit bestanden haben, in ihren Grundformen verfassungsrechtlich gewährleistet«[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 Gleichberechtigungsgebots 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 vermittels 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 Bosch, Gleichberechtigung, Sp. 627 f.
50 Bosch 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 Bosch, Gleichberechtigung, der auf Sp. 634 ff. die verschiedenen Konfliktlösungsmodelle diskutiert.
53 Referat, S. B 25.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 entfiele. 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 erlöst 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 solle. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 beeinträchtige, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

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 GG[67] die Gemüter so erhitzte. 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 Gleichberechtigungsgebot 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 geltendende 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-

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Gleichberechtigungssatz 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Sexualdelikte[70] wie auch die besonderen Schadensersatzregelungen des bürgerlichen Rechts[71] 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).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Kaufmann[77] 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 Lohngleichheit 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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?«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Wohnungsgeldzuschusses[88] für die verheiratete Beamtin oder die unterschiedliche Regelung der Witwer- 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 1957[92] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist«. Zwar versuchten einige[93] 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 Mehrheiten[100] 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 Stichentscheids geführt hätte, wurde mit 165 zu 185 Stimmen bei einer Enthaltung abgelehnt (Berliner Abgeordnete 10 : 4), Sitzungsgericht, ebda.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Ablaufen 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 Stichentscheid 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 »Mädchennamen« 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 Gleichberechtigungsgebots 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 gewährleisteten 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 Dölle, Gleichberechtigung (2), S. 357.
114 Arndt übte schon 1960 - am Beispiel der Höfeordungsentscheidung 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Konfliktsfall 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 Konfliktsfall 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 Bevorzugungen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Gleichberechtigungsgebotes 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 Gleichberechtigungsgebot 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 Stichentscheid noch einmal zahlreiche Publikationen veranlaßt,[126] so beschäftigten sich in den sechziger und siebziger Jahren nur noch wenige Schriften mit der Interpretation des Gleichberechtigungsgebotes. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Bundesverfassungsgerichts[129] - 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Nichtigerklärung 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 defininitionsmäßig 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 jahrhundertelang 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 psyschischen 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 wurde[140] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 Maschinen[148] oder beim Führen von Fahrzeugen[149] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Körperkräfte 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 Unterschieden[152] 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 Arbeitschutz, 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 Dürig 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ßig 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.; Seißer, 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;

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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. Dürfe 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 entwikkelt,[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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Lebenstatbestand »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 anerkenne.[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 Gleichberechtigungsgebotes hineinnimmt. Bundesverfassungsgericht und Binder-Wehberg unterscheiden sich nur in der dogmatischen Konstruktion. Letztlich spielen dieselben Wertungsgesichtspunkte eine Rolle. Daher[181] 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; Doehring, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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]

Ausgangspunkt[184] 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 entfiele. 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-

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 kausalen 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 kausalen Zusammenhang ab, fügt aber sogleich hinzu, daß die Äquivalenztheorie zur Bestimmung des Kausalitätsbegriffes nicht tauge. 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 Verket-

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 einzige 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Bundesverfassungsgerichts[201] 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 ausprochen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Gesalt 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 Ebda.
209 Podlech, S. 94 (Regel 12.2); vgl. auch Gusy, Gleichheitsschutz, S. 33.
210 Podlech, S. 95 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

renzierung 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 zuzugegeben, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Parallelfall *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]

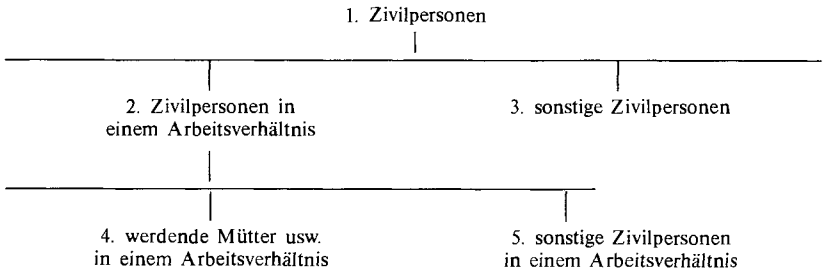
In dem Moment, wo die Leugnung einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts bei einer Differenzierung zwischen Schwangeren und sonstigen Personen zu einer deutlichen Benachteiligung der Frau führt, wird die gesellschaftliche Problematik von Podlechs Argumentationsgang deutlich. Daß das Gleichberechtigungsgebot 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 Ebda.
224 429 U.S. 125 (1976).
225 42 U.S.C. § 2000(e)(k) (1978).
226 Vgl. Taub, Book Review, S. 1693.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Baum[227] darstellen läßt. Podlechs Gedankengang stellt Sachs in folgendem Baum zusammen:[228]



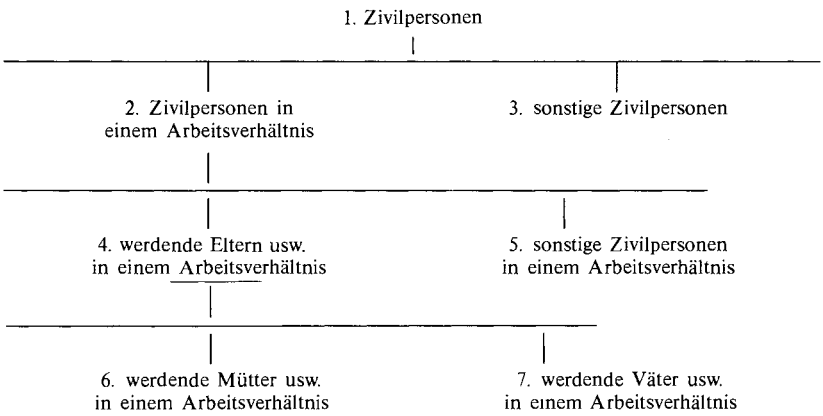
Da die Klasse 5 »sonstige Zivilpersonen in einem Arbeitsverhältnis« Männer wie Frauen enthält, braucht man zur Unterscheidung der Klassen 4 und 5 das Merkmal »weiblich« nicht. Darauf stützt Podlech seine Behauptung, Art. 3 Abs. 3 GG sei für den Fall des Mutterschutzes nicht einschlägig. Sachs versucht, 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND



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 Dürigs[232] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 versteht[237] - 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

striktive 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 denkbar[242] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 gegenübersah, 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 »Bevorzugungen« 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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-Jurreit, Frauenprogramm; M. Jansen; Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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), Mennel (Steuerrecht); vgl. dazu auch Maier; siehe auch Bericht der Enquete-Kommission Frau und Gesellschaft.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Gesetzgeber[251] - mit erheblicher Verspätung[252] - die Anpassung des deutschen Rechts an zwei Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft zum Abbau der Diskriminierung der Frau[253] 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 Arbeisplatz 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 f.; 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Gleichberechtigungsgebots. In seiner hauptsächlichen 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).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Löwisch[260] - 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mungen nehme das Sozialstaatsprinzip einen besonders hohen Rang ein. Gerade das Sozialstaatsprinzip sei in ganz besonderem Maße auf positive staatliche Tätigkeit statt auf bloße Enthaltsamkeit 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 objektiv-rechtlichen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. *Inhalt*

Freilich wird von einigen Autoren[273] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 positivrechtlicher, 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 objektivrechtlich 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

setzgeber im einzelnen ergreift, bleibt ihm überlassen. Ob und inwieweit er dieser Verpflichtung nachkommt, ist gerichtlicher Kontrolle entzogen. Die vereinzelten 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 abzuhelfen, 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 Verfassungsauftrages 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 einnähmen, 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 Ebda.; ähnlich Feindt, Gleichberechtigung, S. 80.
290 Hohmann-Dennhardt, Ungleichheit, S. 45.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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, entfalle 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 pogrammatischen 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 gestützt[298] - 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Verstärkung[299] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Förderungsmaßnahmen 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 Gehalts[308] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 objektivrechtlicher 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 widerfahre 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 Bundesverfassungsgerichts[325] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 solchen[328] 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 Frauen[330] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 - zumeist[341] - 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Arbeitsleben[344] 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 rükken.

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 gefahrengeneigtes Instrument. ... Die faktische Ver-Wirklichung 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 17.8.1953[353] als auch § 9 des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes i.d.F. vom 15.12.1965[354] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

begünstigter Gruppen hinwirken sollen, sehen auch § 16 Bundesevakuiertengesetz i.d.F. vom 13.10.1961[356] und § 77 Bundesvertriebenengesetz i.d.F. vom 3.9.1971[357] vor. Schließlich enthält § 10 des Soldatenversorgungsgesetzes i.d.F. vom 5.3.1987[358] 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 26.8.1986[360] 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-Aßmann, S. 19 m.w.N.
362 Schmitt Glaeser, Abbau, S. 44; ähnlich auch Kempen, S. 290.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 handele 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 einschränkbaren 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Prüfung 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 Einschränkbarkeit 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 Einstellungsentscheidung wird begrenzt.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 vereinzelten 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 Wartefrist 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 Alleinzuständigkeit 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 Mennel, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Differenzierungsverbot[383] 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/Pieroth, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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]
Erhärtet 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dies wirft allgemeiner die Frage auf, wie sich »rechtliche« und »faktische« Gleichheit[388] 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 Besitzende und Nichtbesitzende 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 »folgenbezoger« Gleichheit, wie sie Alexy, Theorie, S. 377 f. vorgestellt 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Gleichheit[398] 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. Forsthoff, Sozialer Rechtsstaat; Abendroth, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Problembereiche[411] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 jahrhundertelange 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Bundesverfassungsgerichts[416] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Bundesverfassungsgericht[422] 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; Lübbe-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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 funktionellrechtlichen 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, Schutzpflichen 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.
Schutzpflichten[430] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Grundrechtsgehalte 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Positition 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.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

A. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Um die Besonderheiten der amerikanischen Diskussion um Fördermaßnahmen zugunsten bisher benachteiligter Gruppen in ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung einschätzen zu können, muß sie in ihrem dogmatischen und verfassungsgeschichtlichen Zusammenhang betrachtet werden. Es soll daher ein kurzer Überblick über den heutigen Stand der allgemeinen verfassungsrechtlichen Dogmatik der Gleichheitsrechte (I), sowie über einige Ereignisse von besonderer rechts- und verfassungsgeschichtlicher Bedeutung in der Behandlung der Rassendiskriminierung gegeben werden (II). Die Skizzierung der Ausgangslage ist schließlich durch einen Hinweis auf die praktisch besonders bedeutsamen gesetzlichen Diskriminierungsverbote abzurunden (III).

I. Dogmatik der Gleichheitsrechte in der amerikanischen Verfassung

Die equal protection-Klausel[2] des vierzehnten Zusatzartikels der amerikanischen Verfassung bestimmt: »No State shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws«.[3] Allein die Gliedstaaten werden auf die Beachtung des Gleichheitssatzes im Verfassungstext ausdrücklich verpflichtet. Gegenüber Maßnahmen des Bundes schützt der due process-Bestandteil des fünften Zusatzartikels,[4] der insoweit als entsprechende gleichheitsrechtliche Garantie ausgelegt wird.[5] Der Gleichheitssatz richtet sich nach - inzwischen[6] - allgemeiner Auffassung an Gesetzesanwender wie

2 Die Bezeichnung »equal protection-Klausel« hat sich in der deutschen Literatur, die sich mit der Lage in den USA beschäftigt, eingebürgert. Obwohl eine Übersetzung als »Gleichheitssatz« dem mit »equal protection clause« Gemeinten wohl näher käme, soll hier an der üblichen Terminologie festgehalten werden. Entsprechend wird hinsichtlich anderer, im rechtsvergleichenden Schrifttum gemeinhin verwendeter Eindeutschungen, wie etwa »Klassifizierung« für »classification« verfahren.

3 Übersetzt: »Kein Gliedstaat darf ... irgend jemandem innerhalb seines Gebietes den Schutz durch das Gesetz untersagen«.

4 Der relevante Teil des 5. Amendments lautet: »No person shall ... be deprived of life, liberty, or property, without due process of the law«.

5 Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954); Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 93 (1976): »Equal protection analysis in the Fifth Amendment area is the same as that under the Fourteenth Amendment«.

6 Vgl. aber die kritische Haltung von Meyer, S. 150 ff. und 242 ff.: »›equal protection of the laws‹ does not mean ›equal laws‹« (S. 243).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gesetzgeber. Wie in der Bundesrepublik ist somit auch im amerikanischen System alle staatliche Gewalt an den Gleichheitssatz gebunden.
Auch die Auslegung der equal protection-Klausel[7] ähnelt der Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG. Da gesetzgeberische Tätigkeit notwendigerweise darin besteht, zwischen Personengruppen zu differenzieren und sie damit ungleich zu behandeln, sind für die Auslegung eines Gleichheitssatzes die Kriterien entscheidend, anhand derer das Verfassungsgericht überprüft, ob eine vom Gesetzgeber gewählte Differenzierung verfassungsgemäß ist. Der Supreme Court verlangt eine »vernünftige Klassifizierung« (reasonable classification), die dann zu bejahen ist, wenn sie Personen, die sich in einer ähnlichen Lage befinden (similarly situated), gleich behandelt. Um festzustellen, wer »similarly situated« ist, nimmt der Supreme Court eine Zweck-Mittel-Analyse vor: die Klassifizierung im Gesetz muß einen sachlichen Bezug zu einem legitimen gesetzgeberischen Zweck aufweisen (rationally related to furthering a legitimate government interest). Als legitimer Zweck wird hierbei jegliche am Gemeinwohl orientierte gesetzgeberische Zielsetzung anerkannt, die nicht selbst gegen die Verfassung verstößt. In der Wahl der Zwecke ist der Gesetzgeber unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten also kaum beschränkt.
In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob die gewählte Klassifizierung im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes eine rationale Grundlage hat; daher die Bezeichnung dieses Zweiges der Interpretation der equal protection-Klausel als rational basis test. Auch insoweit ist der Supreme Court in der Intensität der Überprüfung zumeist sehr zurückhaltend. Er verlangt nicht, daß sich die Klassifizierung auf den vom Gesetzgeber vorgetragenen Zweck bezieht, sondern gibt sich damit zufrieden, wenn es irgendeinen denkbaren Zweck gibt, für den die angegriffene Klassifizierung sinnvoll sein könnte.[8]

7 Vgl. zum folgenden Tribe, Constitutional Law, S. 1436 ff.; Stone u.a., S. 495 ff.; Lockhart u.a., S. 1130 ff.; Nowak u.a., S. 525 ff.; Brugger, Grundrechte, S. 162 ff; Kommers, S. 31 ff.

8 A classification will be upheld, if it is based »upon a state of facts that reasonably can be conceived to constitute a distinction, or difference in state policy«: Allied Stores v. Bowers, 358 U.S. 522, 530 (1959). Als Beispiel dafür, wie weit sich der Supreme Court bei der Kontrolle am Maßstab des rational basis test zurückhält, sei auf den Fall Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106 (1949) verwiesen. Der Supreme Court hielt eine New Yorker Regelung für verfassungsgemäß, die die Werbung auf Lastwagen untersagte, aber Fuhrunternehmer, die für eigene Produkte oder Dienste warben, von dem Verbot ausnahm. Aus neuerer Zeit vgl. Lyng v. Castillo, 477 U.S. 635 (1986); Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co., 449 U.S. 456 (1981); New York City Transit Authority v. Beazer, 440 U.S. 568 (1979); New Orleans v. Dukes, 427 U.S. 297 (1976).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In der amerikanischen Literatur werden vor allem zwei Kriterien diskutiert, die zum Fehlen einer rationalen Grundlage führen können: »underinclusiveness« und »overinclusiveness«. In dem grundlegenden Aufsatz von Tussman und ten Broek[9] wird als »underinclusive« ein Gesetz bezeichnet, welches nicht alle Personen einschließt, die im Hinblick auf seinen Zweck gleich sind, also weniger Personen belastet oder begünstigt als erforderlich wäre, um den Gesetzeszweck zu erreichen.[10] Dementsprechend ist ein Gesetz »overinclusive« zu nennen, welches zu viele Personen erfaßt. Konsequent angewendet würde dieser Ansatz zu einer sehr strikten Kontrolle des Gesetzgebers führen; der Supreme Court nimmt jedoch Generalisierungen und Typisierungen regelmäßig hin.[11] Auf »mathematical nicety«[12] hin wird ein Gesetz nicht überprüft.

Insgesamt zeichnet sich auch die amerikanische Rechtsprechung im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes durch große Zurückhaltung gegenüber Entscheidungen des Gesetzgebers aus. Nur bei Fehlen eines jeden sachlichen Grundes für eine vorgenommene Klassifizierung stellt der Supreme Court einen Verstoß gegen die equal protection-Klausel fest. Grundsätzlich ist die equal protection-Klausel damit - wie der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes - auf die Kontrolle der Einhaltung äußerster Grenzen beschränkt. Dabei zeichnet sich in den Vereinigten Staaten - wiederum ähnlich wie in der Bundesrepublik[13] - eine neuere Tendenz ab, die Prüfung anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes zu intensivieren.[14]

9 S. 348 ff.

10 Der Supreme Court ging aber immer davon aus, daß der Gesetzgeber nicht verpflichtet sei, gleichmäßig alle Probleme, selbst wenn sie in denselben Bereich fallen, anzugehen; schrittweises Vorgehen führt nicht zu einem Verstoß gegen die equal protection-Klausel: so z. B. Williamson v. Lee Optical, 348 U.S. 483, 489 (1955); Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U.S. 106, 110 (1949).

11 Beispielsweise hielt der Supreme Court in New York Transit Authority v. Beazer, 440 U.S. 568 (1979) eine Regelung aufrecht, die eine Beschäftigung von Drogen- bzw. Tablettensüchtigen in den New Yorker Verkehrsbetrieben ausschloß, obwohl darunter auch ehemalige Drogenabhängige fielen, die mit Hilfe von Methadon drogenfrei werden und bleiben und - wie das Untergericht feststellte - damit kein Sicheheitsrisiko darstellen; und in Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970), erklärte der Gerichtshof die Festlegung einer festen Obergrenze von Sozialhilfe pro Familie, unabhängig von deren Größe oder Bedürftigkeit, für verfassungsgemäß.

12 Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., 220 U.S. 61, 78 (1911).

13 Zur Entwicklung in der Bundesrepublik, unten S. 307 ff.

14 Vgl. z.B. die Entscheidungen Zobel v. Williams, 457 U.S. 55 (1982); Hooper v. Bernalillo County Assessor, 472 U.S. 612 (1985); Williams v. Vermont, 472 U.S. 14 (1985); Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward, 470 U.S. 724 (1985); City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985); vgl. dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1443 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wird die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers insbesondere bei Regelungen im wirtschaftlichen und sozialen Bereich vom Supreme Court betont und geschützt, so werden jedoch manche Fallgruppen strikter verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterzogen (strict scrutiny).[15] Bei diesen Fallgruppen spricht eine Vermutung nicht länger für die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Klassifizierung, sondern für ihre Verfassungswidrigkeit. Der Gerichtshof verlangt in den Fällen strikter Kontrolle, daß die gewählte Klassifizierung zur Erreichung eines zwingenden staatlichen Interesses unumgänglich ist (necessary to a compelling governmental interest). Wendet der Gerichtshof strict scrutiny an, so führt dies fast immer zur Aufhebung der Regelung, wie es in Gunthers prägnanter Kennzeichnung »›strict‹ in theory, fatal in fact«[16] zum Ausdruck kommt.

Der Supreme Court wendet die strikte Kontrolle bei zwei unterschiedlichen Fallgruppen an: zum einen, wenn das Gesetz eine »suspekte Klassifizierung« (suspect classification) vornimmt, zum anderen, wenn eine Klassifizierung die Ausübung eines fundamentalen Rechtes entscheidend erschwert (imposes a significant burden on a fundamental right).

Als »fundamentale Rechte« in diesem Sinne sind bisher vor allem Freiheitsrechte anerkannt worden, die in der amerikanischen Verfassung nicht ausdrücklich in einem eigenen Grundrechtsartikel geschützt werden, wie z.B. das Recht auf Freizügigkeit zwischen den Staaten (interstate travel),[17] die Wahlrechtsgleichheit, das Recht auf gleichen Zugang zum Gericht, der Schutz der Privatsphäre und der Schutz von Ehe und Familie. Diesem Zweig der amerikanischen Dogmatik der Gleichheitsrechte soll hier nicht weiter nachgegangen werden.[18] Zahlreiche der unter dieser Kategorie in den USA erfaßten Problemkonstellationen werden im deutschen Verfassungsrecht eher im Rahmen des jeweils betroffenen Freiheitsrechts behandelt, als am Maßstab des Gleichheitsatzes überprüft.

Die amerikanische Parallele zu den besonderen Gleichheitssätzen des Art. 3 Abs. 3 GG findet sich in der zweiten Fallgruppe der strict scrutiny, der inten-

15 Vgl. dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1451 ff.; Stone u.a., S. 528 ff.; Brugger, Grundrechte, S. 172 ff.

16 Gunther, S. 8.

17 Klassischer und erster Fall dieser dogmatischen Behandlung eines fundamentalen Rechtes ist Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969); der Supreme Court erklärte Regelungen für verfassungswidrig, die den Bezug von Sozialhilfe von der Dauer des Wohnsitzes im betreffenden Staat abhängig machten.

18 Ausführlich dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1454 ff.; Stone u.a., S. 751 ff.; Brugger, Grundrechte, S. 75 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

siven verfassungsgerichtlichen Überprüfung suspekter Klassifizierungen. »Suspect classification« bedeutet nichts anderes als die vermutete Unzulässigkeit bestimmter Ungleichbehandlungen. Da dies nicht im Verfassungstext vorgegeben ist, blieb es im amerikanischen System der Rechtsprechung überlassen, die Kriterien dafür herauszuarbeiten. Ob suspekte Klassifizierungen dann anzunehmen sind, wenn sie bestimmte Gruppen, wie etwa Schwarze, Ausländer, Frauen oder nichteheliche Kinder, benachteiligen, oder dann, wenn sie bestimmte Merkmale, wie etwa Rasse oder Geschlecht, verwenden, soll hier noch nicht näher untersucht werden.[19] Der Unterschied zwischen beiden Betrachtungsweisen kristallisiert sich erst heraus, wenn man die neueren Probleme der Diskriminierung betrachtet. Vor dieser Zeit war es gleichbedeutend, ob man eine suspekte Klassifizierung bei Differenzierungen wegen der Rasse oder bei Differenzierungen zum Nachteil von Schwarzen annahm. Im folgenden wird daher auch begrifflich zwischen beiden Ansätzen nicht unterschieden.

Unzweifelhaft gehören zur Kategorie der suspect classification Differenzierungen nach den Merkmalen Rasse und ethnische bzw. nationale Herkunft. Diese Merkmale waren es, die den Begriff der suspekten Klassifizierung 1944 in die verfassungsrechtliche Terminologie einführten.[20] Freilich war gerade die *Korematsu*-Entscheidung die einzige, die eine Differenzierung nach der ethnischen Herkunft - die Internierung von Amerikanern japanischer Herkunft in Kalifornien während des 2. Weltkrieges - als durch ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut - militärische Notwendigkeit - gerechtfertigt ansah. Seither sind alle Differenzierungen, die gegen eine rassische oder ethnische Minderheit diskriminierten, als Verstoß gegen die equal protection-Klausel angesehen worden. Sind Rasse und ethnische Herkunft die paradigmatischen Fälle der suspekten Klassifizierung, so gibt es doch einige andere Merkmale, die vom Supreme Court als suspekt oder quasi-suspekt angesehen werden. Beispielsweise werden Differenzierungen nach der Ausländereigenschaft von in den Vereinigten Staaten lebenden Personen am Maßstab der strict scrutiny überprüft,[21] freilich mit der Ausnahme von Regelungen, die die »politische Funktion« des Gemeinwesens betreffen und deshalb nur dem rational basis-Test unterzogen werden.[22]

19 Siehe dazu unten S. 274 ff.

20 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944): »It should be noted to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect« (S. 216).

21 Zum Beispiel in Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971).

22 Vgl. zu der teilweise etwas unklaren Rechtslage hinsichtlich der Ausländer, Tribe, Constitutional Law, S. 1544 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Auf Differenzierungen nach anderen Merkmalen, die dem Supreme Court zwar nahezu, jedoch nicht ganz so deutlich wie Rasse, suspekt erscheinen, wendet der Supreme Court eine mittlere Prüfungsstufe an (intermediate level of scrutiny). Hauptbeispiel in dieser Kategorie ist das Merkmal Geschlecht. Der Gerichtshof verlangt zur Rechtfertigung von Differenzierungen nach dem Geschlecht, daß sie wichtigen staatlichen Zwecken dienen und eine substantielle Beziehung zwischen Zweck und Mittel aufweisen (must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives). Außer dem Geschlecht - von dem später noch ausführlich gehandelt wird[23] - sind auf einer Stufe mittlerer Prüfungsintensität auch Differenzierungen zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern angesiedelt.[24]

Weitere Merkmale waren für eine Qualifizierung als suspekte oder quasi-suspekte Klassifizierung vorgeschlagen worden; der Supreme Court hat die Liste der Differenzierungskriterien, die besonderen Gleichheitsschutz genießen, jedoch nicht erweitert; insbesondere hat er nicht die Merkmale Alter,[25] Vermögen,[26] geistige Behinderung[27] und Homosexualität[28] anerkannt.

Zusammenfassend läßt sich die Dogmatik der Gleichheitsrechte nach der amerikanischen Verfassung als dreistufiger Prüfungsmaßstab beschreiben. Die höchste Prüfungsintensität finden die sogenannten suspekten Klassifizierungen, vor allem Differenzierungen nach dem Merkmal Rasse. Hier verlangt der Supreme Court, daß die Differenzierung nach der Rasse zur Erreichung eines zwingenden staatlichen Interesses unumgänglich ist. Auf der mittleren Prüfungsstufe, vor allem bei Differenzierungen nach dem Merkmal Geschlecht, verlangt der Gerichtshof zur Rechtfertigung ein wichtiges Gemeinschaftsgut und eine enge Beziehung zwischen Zweck und Mittel. Alle anderen Differenzierungen bedürfen für ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz lediglich eine vernünftige Grundlage zur Verfolgung eines legitimen Zweckes. Seiner Struktur nach erinnert die amerikanische Gleichheitsdogmatik somit an die vom Bundesverfassungsgericht im Apothekenurteil[29] zur Überprüfung von Eingriffen in Art. 12 GG entwickelte Dreistufentheorie. Hier wie dort werden drei »Eingriffs-Stufen« der grundrechtlichen Gefähr-

23 Siehe unten S. 288 ff.
24 Vgl. dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1553 ff.
25 Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307 (1976).
26 James v. Valtierra, 402 U.S. 137.
27 City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985).
28 Vgl. Bowers v. Hardwick, 106 S. Ct. 2841 (1986).
29 BVerfGE 7, 377.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dung unterschieden und verschiedene Maßstäbe zu ihrer Rechtfertigung verlangt. Der intensivste Eingriff verlangt sowohl besonders qualifizierte Zwekke als auch eine besonders qualifizierte Zweck-Mittel-Beziehung.
Es zeichnet sich in den Vereinigten Staaten aber eine Tendenz ab, die strikte Kategorisierung von drei Stufen, die unterschiedliche verfassungsrechtliche Standards zur Folge haben, aufzugeben, die einzelnen Stufen einander anzunähern und einheitlichen dogmatischen Kriterien zu unterwerfen. Dies zeigt sich - insoweit parallel zur deutschen Entwicklung hinsichtlich des allgemeinen Gleichheitssatzes - insbesondere in der Tendenz, die Kontrolle in der niedrigsten Prüfungsstufe in bestimmten Bereichen zu intensivieren und so über den Gleichheitssatz als Willkürverbot deutlich hinauszugehen.[30]
Gleichwohl stellt die dreistufige Prüfung gleichheitsrechtlicher Probleme auch heute noch den Rahmen dar, in welchem die Probleme der Rassen- und Frauendiskriminierung in Amerika verfassungsrechtlich vorwiegend diskutiert werden. Die hier eingeführten Begriffe werden in der weiteren Diskussion von erheblicher Bedeutung sein.

II. Der Hintergrund: Rassendiskriminierung und Verfassungsrecht - ein kurzer geschichtlicher Überblick

Nicht immer freilich wurden unter der amerikanischen Verfassung Differenzierungen nach der Rasse der intensivsten verfassungsrechtlichen Kontrolle unterworfen. In den vergangenen zweihundert Jahren Rechtsprechung des Supreme Court zur Rassendiskriminierung veränderten sich die dogmatischen Kriterien stark. Die Rechtsprechung zu den neuen Problemen der Rassendiskriminierung muß auf dem Hintergrund der bisherigen Entwicklung gesehen werden, wobei im Rahmen dieser Arbeit lediglich ein sehr kurzer geschichtlicher Abriß und Überblick über einige rechts- und verfassungsgeschichtlich besonders bedeutsame Ereignisse möglich ist.[31]

»We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness«.

30 Siehe oben Anm. 13 und 14.
31 Vgl. zum Nachfolgenden Bell, Race, S. 15 ff.; Nowak u. a., S. 556 ff.; Stone u. a., S. 435 ff. sowie ein kurzer geschichtlicher Abriß in Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 387 ff. (1978) (Marshall, conc.).; vgl. auch Brugger, Grundrechte, S. 144 ff.; Beyerlin, Umgekehrte Rassendiskriminierung, S. 498 ff.; Loewenstein, S. 20 ff., 575 ff.; Steinberger, S. 6 ff.; Brugger, Recht und Rasse.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mit diesen Worten beginnt die Aufzählung der Gründe für die Trennung der Kolonien von der britischen Krone in der Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776. Doch schon in dem Prozeß ihrer Verabschiedung war deutlich geworden, daß man mit »all men« lediglich alle weißen Männer meinte. Im ersten Entwurf der Unabhängigkeitserklärung hatte Jefferson noch die Gestattung und Förderung des Sklavenhandels als besonders verwerfliche Untat des britischen Königs angeprangert;[32] aufgrund von Drohungen der Vertreter der Südstaaten, die Erklärung andernfalls nicht zu unterzeichnen, wurde die Passage im Lauf der Verhandlungen des Kongresses jedoch gestrichen; die Unabhängigkeitserklärung schwieg zum Thema Sklaverei.

Auch die amerikanische Verfassung vermied eine ausdrückliche Verwendung des Wortes Sklaverei. Sie setzte die Existenz von Sklaverei jedoch - wenn auch an relativ verdeckter Stelle - voraus und erkannte sie an.[33] So jedenfalls legte sie der Supreme Court in der berüchtigten *Dred Scott*-Entscheidung aus dem Jahre 1856 aus.[34] Der Gerichtshof entschied, daß ehemalige Sklaven, auch nachdem sie frei geworden waren, nicht zum amerikanischen Volk gehörten, nicht »Bürger der Vereinigten Staaten« und damit auch nicht Träger von Grundrechten werden konnten. Das Eigentumsrecht des Sklavenhalters sei in gleichem Umfang geschützt wie andere Eigentumsrechte.[35] Zur Begründung berief sich Chief Justice Taney auf die Rolle der Gerichte in der Verfassungsauslegung. Sie hätten sich dem Willen der Verfassungsgeber unterzuordnen, nicht selbst über Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit zu entscheiden. Unzweifelhaft erschien ihm, daß die Verfassungsge-

32 Die entscheidende Stelle lautete: »he has waged cruel war against human nature itself, violating it's most sacred rights of life and liberty in the persons of a distant people who never offended him, captivating and carrying them into slavery in another hemisphere, or to incur miserable death in their transportation thither«, zit. nach C. Becker, S. 141 ff., 147.

33 Zu nennen sind hier:
- Art. I, Sect. 2, Cl. 3 schreibt vor, wie sich die Anzahl der Vertreter im Repräsentantenhaus sowie die Höhe der direkten Steuern auf die Gliedstaaten verteilt. Sie hängen ab von der Anzahl der freien Einwohner des jeweiligen Staates - abgesehen von nicht besteuerten Indianern - und 3/5 der Anzahl »aller anderen Personen«.
- Art. I, Sect. 9, Cl. 1 untersagte es dem Kongreß vor dem Jahre 1808, die Sklaveneinfuhr zu verbieten. Besteuern durfte er sie jedoch.
- Art. 4, Sect. 2, Cl. 3 enthielt die Verpflichtung, Sklaven, die in einen freien Staat geflohen waren, auf Verlangen ihres Sklavenhalters auszuliefern (fugitive-slave-clause).

34 Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393. Dred Scott war ein Sklave gewesen, der mit seinem frühereren Sklavenhalter für einige Zeit in Illinois und zeitweise in einem Teilgebiet von Louisiana, welches den Bundes-Regelungen des Missouri-Kompromisses von 1820 unterstand, lebte. In ersterem war die Sklaverei durch die Verfassung des Gliedstaates, in letzterem durch Bundesgesetz verboten, so daß Dred Scott frei geworden war. Nach seiner Rückkehr nach Missouri wurde er an Sandford verkauft.

35 A.a.O., S. 451.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ber an die Minderwertigkeit der schwarzen Rasse glaubten.[36] Vielfach wird die *Dred Scott*-Entscheidung als verhängnisvoll bezeichnet, hätte ein anderer Ausgang doch vielleicht eine Chance zur Vermeidung des amerikanischen Bürgerkrieges geboten.[37]

Die Emancipation Proclamation Abraham Lincolns befreite die Sklaven in den Südstaaten noch während des Bürgerkriegs.[38] Nach dem Sieg der Unionstruppen folgte in der Phase der 1. Rekonstruktion der Versuch, die befreiten Sklaven zu schützen und die Schwarzen zu gleichberechtigten Bürgern der Vereinigten Staaten zu machen. In den Jahren 1866 - 1875 wurden zahlreiche Bürgerrechtsgesetze erlassen und die Verfassung durch drei Zusatzartikel ergänzt. Der 13. Zusatzartikel verbot die Sklaverei, der 14. Zusatzartikel erklärte alle in den Vereinigten Staaten geborenen oder eingebürgerten Personen zu amerikanischen Staatsbürgern und stattete sie mit allen wichtigen Bürgerrechten aus. Der 15. Zusatzartikel, der sich als einziger ausdrücklich auf das Merkmal Rasse bezog, garantierte das Wahlrecht. Alle Zusatzartikel wiesen dem Kongreß die Gesetzgebungskompetenz zu, für ihre Durchsetzung in den Einzelstaaten zu sorgen.[39] Damit verlagerte sich auch - jedenfalls im Bereich der Grundrechte der Schwarzen - die Hauptzielrichtung des Grundrechtsteils der Verfassung. Nicht länger schützten die Grundrechte primär vor Eingriffen durch die bundesstaatliche Gewalt und erschienen die Einzelstaaten als Bollwerk der Freiheit, sondern die Grundrechte gaben gerade der Zentralgewalt den Auftrag, bestimmte Grundfreiheiten gegenüber Eingriffen durch die Einzelstaaten zu sichern.[40]

Die Hoffnungen, durch diese rechtlichen Regelungen die Diskriminierung der Schwarzen zu beenden, erfüllten sich nicht. In den *Slaughterhouse*-Fällen[41] betonte der Supreme Court zwar noch als Hauptziel der Reconstruction-Amendments den Schutz und die Sicherung der Grundfreiheiten und Bürgerrechte der gerade befreiten Sklaven, in den *Civil Rights*-Fällen[42]

36 »They had ... been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit. He was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever a profit could be made by it« (a.a.O., S. 407).

37 Stone u.a., S. 444.

38 12 Stat. 1267-68 (1862-63).

39 »Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation«, in: 13. Amendment, Section 2; 15. Amendment, Section 2; ähnlich 14. Amendment, Section 5.

40 Stone u.a., S. 445.

41 83 U.S. 36 (1873).

42 109 U.S. 3 (1883).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schränkte der Supreme Court die Reichweite der neuen Zusatzartikel jedoch entscheidend ein. Der Supreme Court erklärte ein Bundesgesetz für verfassungswidrig, welches u.a. Diskriminierungen von Schwarzen in Gasthäusern (public accomodation) untersagt hatte, da der 14. Zusatzartikel dem Kongreß nicht die Kompetenz zugewiesen habe, auch Diskriminierungen von Seiten Privater zu untersagen. Indem der Supreme Court den Anwendungsbereich des 13. Zusatzartikels - des einzigen, dem unzweifelhaft auch Geltung gegenüber Privaten zukam - auf das Verbot der Sklaverei im eigentlichen Sinne (sowie ihr unmittelbar vergleichbare Einrichtungen) beschränkte, wurde der 13. Zusatzartikel aus der verfassungsrechtlichen Diskussion um Rassendiskriminierung weitgehend herausgenommen.[43] Da auch die privileges and immunities-Klausel des 14. Zusatzartikels in den Slaughterhouse-Fällen eng ausgelegt worden und der 15. Zusatzartikel eindeutig auf das Wahlrecht beschränkt war,[44] blieb somit nur die equal protection-Klausel des 14. Zusatzartikels übrig, um gegen andere Formen der Rassendiskriminierung auf verfassungsrechtlicher Ebene vorzugehen.

Zunächst schien dieser Weg auch vielversprechend. Von Anfang an hatte der Supreme Court die Auffassung vertreten, daß die equal protection-Klausel vor allem, vielleicht sogar nur,[45] die Ungleichbehandlung wegen der Rasse verbot. Doch noch so wohlklingend vorgetragene Postulate der Gleichheit zwischen Schwarzen und Weißen führten ihre Realisierung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht herbei. Das Jahrhundert der Sklaverei war durch das Jahrhundert der Rassentrennung, der Ära der »Jim Crow-Gesetze«, abgelöst worden. Nach Rassen getrennt war alles, was zu Berührungen auf gesellschaftlicher Ebene zwischen Weißen und Schwarzen hätte führen können: Schulen, Theater, Busse, Schwimmbäder, Kinos, Restaurants, Parks und Ehen.[46] Die verfassungsrechtliche Argumentation, mithilfe derer versucht wurde, diese Maßnahmen für vereinbar mit dem Gleichheitssatz er-

43 Es wurde zwar genutzt in Fällen der peonage (Zwangsarbeit) verschuldeter Personen; vgl. Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); United States v. Reynolds, 234 U.S. 133 (1914); Butler v. Perry, 240 U.S. 328 (1916); doch erst im Fall Jones v. Alfred H. Mayer Co., 392 U.S. 409 (1968), erkannte der Supreme Court an, daß Rassendiskriminierung überhaupt ein »badge of servitude« sein könne.

44 Zudem für fast ein Jahrhundert nicht durchgesetzt wurde: vgl. Bell, Race, S. 126 ff.

45 1873 verlieh der Supreme Court noch seinen starken Zweifeln Ausdruck, »whether any action of a state not directed by way of discrimination against the negroes as a class, or on account of their race, will ever be held to come within the purview of this provision« (83 U.S. 36, 81).

46 Vgl. Bell, Race, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

scheinen zu lassen, sei in den Worten des Supreme Court in der Entscheidung *Plessy v. Ferguson* aus dem Jahre 1896 vorgestellt:

> »The object of the [fourteenth] amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either«[47].... »We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it«.[48]

So wurde ein Gesetz des Staates Louisiana für verfassungsgemäß gehalten, welches »gleiche, aber getrennte Unterbringungsmöglichkeiten für die weiße und die farbige Rasse« in Eisenbahnwagen vorschrieb. Obwohl in der Entscheidung selbst über die Gleichheit der getrennten Einrichtungen ausdrücklich nichts gesagt wird, gilt *Plessy v. Ferguson* seither als Ausgangspunkt der separate but equal-Doktrin, die über ein halbes Jahrhundert lang die Auslegung des Gleichheitssatzes beherrschte. Tussman und ten Broek bezeichnen denn auch das Schicksal der equal protection-Klausel als »im Grunde genommen erdrosselt im frühen Kindesalter durch die reaktionäre Haltung der Richter in der Zeit nach dem Bürgerkrieg«.[49]
Plessy v. Ferguson erlangte aber auch Berühmtheit für die abweichende Meinung des Richters Harlan, der das von der Mehrheit gewonnene Ergebnis für ebenso verhängnisvoll hielt wie die *Dred Scott*-Entscheidung:

> »It was said in argument that the statute of Louisiana does not discriminate against either race, but prescribes a rule applicable alike to white and colored citizens. But this argument does not meet the difficulty. Every one knows that the statute in que-

47 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896), S. 539; übersetzt: »Zweck des 14. Zusatzartikels war es unzweifelhaft, die absolute Gleichheit der beiden Rassen vor dem Gesetz durchzusetzen, aber nach der Natur der Dinge konnte es nicht beabsichtigt sein, Unterscheidungen, die auf der Hautfarbe beruhten, abzuschaffen oder soziale Gleichheit, als unterschieden von politischer Gleichheit, bzw. eine Vermischung beider Rassen durchzusetzen unter Bedingungen, die für beide unbefriedigend wären«.

48 A.a.O., S. 544; übersetzt: »Unseres Erachtens liegt der Trugschluß in der Argumentation des Klägers in der Annahme, daß die erzwungene Trennung der beiden Rassen die farbige Rasse mit einem Stempel der Minderwertigkeit versehe. Wenn dem so wäre, beruht dies nicht auf irgend etwas im Gesetz, sondern allein darauf, weil die farbige Rasse eine solche Deutung wählt«.

49 S. 381.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

stion had its origin in the purpose, not so much to exclude white persons from railroad cars occupied by blacks, as to exclude colored people from coaches occupied by or assigned to white persons«[50]... »The white race deems itself to be the dominant race in this country. ... But in view of the constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our constitution is colorblind, and neither knows nor tolerates classes among citizens«.[51]

Es dauerte 58 Jahre, bis die separate but equal-Doktrin überwunden war. Dieser Prozeß war dadurch gekennzeichnet, daß sich das Augenmerk immer stärker von »separate« auf »equal« richtete, und als der Supreme Court insbesondere im Bereich der öffentlichen Schulen wirklich zu überprüfen begann, ob die getrennten Einrichtungen auch gleich waren, war das Ende abzusehen. 1938 hielt der Supreme Court die Situation im Staate Missouri für unvereinbar mit dem Gleichheitssatz, wo nur an der »weißen Universität« eine juristische Fakultät eingerichtet war, für schwarze Einwohner aber die Studiengebühren für ein rechtswissenschaftliches Studium in den Universitäten angrenzender Staaten übernommen wurden.[52] 1950 stellte der Gerichtshof ausdrücklich fest, daß die in Texas für Weiße und Schwarze getrennt eingerichteten juristischen Fakultäten nach zahlreichen Kriterien, die Bedeutung und Qualität einer Universität ausmachten, nicht gleich waren[53] und hielt am selben Tag die Klage eines Schwarzen für begründet, der zwar die erziehungswissenschaftliche Fakultät der weißen Universität von Oklahoma besuchen durfte, dem jedoch jeweils ein besonderer Platz in Vorlesungsräumen, Bibliothek und Mensa zugewiesen wurde.[54] 1954 dann, mit der berühmten Entscheidung in *Brown v. Board of Education of Topeka,*[55] gab der Gerichtshof die separate but equal-Doktrin auf:

50 S. 557-58; übersetzt: »Es wurde argumentiert, daß das Gesetz aus Louisiana keine Rasse diskriminiere, sondern eine Regel aufstelle, die auf weiße wie farbige Bürger gleichermaßen anwendbar sei. Aber dieses Argument löst das Problem nicht. Jedermann weiß, daß das fragliche Gesetz seinen Ursprung nicht so sehr in dem Zweck hatte, Weiße von Eisenbahnwaggons auszuschließen, die von Schwarzen besetzt sind, als vielmehr darin, Farbige von Wagen auszuschließen, die von Weißen besetzt oder ihnen zugewiesen sind«.

51 S. 558-59; übersetzt: »Die weiße Rasse hält sich für die überlegene Rasse in diesem Land. ... Aber vom Standpunkt der Verfassung, im Auge des Gesetzes, gibt es in diesem Land keine höherstehende, überlegene, herrschende Klasse von Bürgern. Es gibt hier keine Kaste. Unsere Verfassung ist farbenblind und kennt weder noch duldet sie Klassen zwischen Bürgern«.

52 Missouri ex rel. Gaines v. Canada, 305 U.S. 337 (1938).

53 Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

54 McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637 (1950).

55 347 U.S. 483 (1954) (Brown I).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»»Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children««.[56] »We conclude that in the field of public education the doctrine of ›separate but equal‹ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal«.[57]

Dazu, wie seine Entscheidung, die ja eine völlige Umstrukturierung des Schulsystems der Einzelstaaten zur Folge haben würde, praktisch durchzusetzen sei, äußerte sich der Supreme Court in der *Brown I*-Entscheidung nicht. Auch im *Brown II*-Fall[58] verzichtete der Supreme Court - wohl im Hinblick auf den erheblichen gesellschaftlichen Widerstand - darauf, die getrennten Schulen mit sofortiger Wirkung zu verbieten, sondern verlangte nur einen »prompt and reasonable start toward full compliance«.[59] Vielfach wurde die Formel des Supreme Court, »with all deliberate speed«[60] müsse ein nicht diskriminierendes Schulsystem geschafft werden, kritisiert: bisher sei bei Grundrechten immer die aktuelle Geltung, also auch die sofortige, unmittelbare Umsetzung von Supreme Court-Entscheidungen verlangt worden; nur jetzt unter dem Deckmantel einer staatsmännischen Haltung habe der Supreme Court die Rechte der Schwarzen auf eine desegregierte Schulbildung zugunsten von Maßnahmen geopfert, die für die Weißen eher annehmbar waren.[61] Carter wirft dem Supreme Court darüber hinaus vor,[62] daß der Versuch, den Gang der Aufhebung der Rassentrennung der Situation in den Südstaaten anzupassen, nicht nur die Akzeptanz der Entscheidung dort

56 S. 494; der Supreme Court zitiert hier aus einer vorinstanzlichen Entscheidung, die dennoch die Klage der schwarzen Schulkinder abgelehnt hatte. Übersetzung: »»Die Segregierung weißer und farbiger Kinder in öffentlichen Schulen hat nachteilige Folgen für die farbigen Kinder. Die Auswirkungen sind größer, wenn sie die Billigung des Gesetzes hat; denn die Politik der Rassentrennung wird gewöhnlich als Kennzeichnung der Minderwertigkeit der Gruppe der Neger interpretiert. Ein Gefühl der Minderwertigkeit beeinträchtigt die Lernmotivation eines Kindes. Segregierung mit der Billigung durch das Gesetz hat somit die Tendenz, die pädagogische und geistige Entwicklung eines Negerkindes zu verlangsamen...««.

57 S. 495; übersetzt: »Wir stellen fest, daß in dem Bereich der öffentlichen Erziehung, die ›separate but equal‹ Doktrin keinen Platz hat. Separaten Bildungseinrichtungen ist die Ungleichheit inhärent«.

58 Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1955).

59 S. 300.

60 S. 301.

61 Carter, S. 243; Bell, Race, S. 381.

62 Carter, S. 243.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

verlangsamte, sondern im Gegenteil die Hoffnung weckte, Widerstand würde zum Erfolg führen.[63] Jedenfalls veränderte sich in dem ersten Jahrzehnt nach der *Brown I*-Entscheidung nur wenig; noch 1963 besuchten in den elf Staaten der alten Konföderation nur 1,17 % der schwarzen Schüler gemischte Schulen.[64]

Nach einigen warnenden Andeutungen Anfang der sechziger Jahre[65] entschied der Supreme Court 1964, daß inzwischen die Zeit für bloße »deliberate speed« abgelaufen sei.[66] Bald gab sich der Supreme Court auch nicht mehr damit zufrieden, daß die formalen Voraussetzungen der Rassentrennung aufgehoben worden waren. Er hielt ein Programm, welches jedem Schüler die Freiheit der Wahl ließ, welche Schule er besuchen wollte, für nicht ausreichend und wies auf die Pflicht des Schuldistrikts hin, fördernd auf integrierte Schulen hinzuwirken (affirmative duty).[67] In den *Swann*-Entscheidungen[68] schließlich billigte er die Anordnung der unteren Instanzen, die jede Schule auf einen festgelegten Prozentsatz schwarzer Schüler verpflichtete. Der Supreme Court begründete diesen Schritt sehr deutlich: im jetzigen Stadium könne nur das Abstellen auf rassische Kriterien Abhilfe schaffen:[69]

63 Zu erinnern ist beispielsweise an den Zwischenfall in Little Rock, Arkansas, mit dem sich der Supreme Court in Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958), auseinanderzusetzen hatte. Nach einem Plan zur Aufhebung der Rassentrennung im öffentlichen Schulsystem von Little Rock sollten 9 schwarze Schüler zu Beginn des Schuljahres 1957 in eine zuvor weiße Schule eingeschult werden. Der Gouverneur von Arkansas befahl den Truppen der Arkansas National Guard, dieses zu verhindern; die Schüler konnten erst eingeschult werden, nachdem Präsident Eisenhower Bundestruppen geschickt hatte. Gouverneur und Gesetzgebungsorgane des Staates beriefen sich darauf, daß sie an die *Brown*-Entscheidung nicht gebunden seien. Diese offene Widersetzung wies der Supreme Court unzweideutig unter Berufung auf Art. VI der Verfassung und die berühmte Entscheidung Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803), zurück.

64 Bell, Race, S. 383 f.

65 Watson v. Memphis, 373 U.S. 526 (1963): »Brown never contemplated that the concept of ›deliberate speed‹ would countenance indefinite delay in elimination of racial barriers in schools ...« (S. 530); Goss v. Board of Education, 373 U.S. 683 (1963).

66 Griffin v. Board of Prince Edward County, 377 U.S. 218 (1964): »There has been entirely too much deliberation and not enough speed ...« (S. 229).

67 Green v. County School Board, 391 U.S. 430 (1968): »The burden on the school board is to come forward with a plan that promises realistically to work, and promises realistically to work *now*« (S. 439; Hervorhebung im Original).

68 Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971) und North Carolina State Board of Education v. Swann, 402 U.S. 43 (1971).

69 Ähnlich argumentierte ein Teil der Richter des Supreme Court in dem Fall United Jewish Organizations v. Carey, 430 U.S. 144 (1977); eine von einer Mehrheit getragene Begründung fehlt. Der Supreme Court billigte den Plan des Staates New York, die Wahlkreise derart neu einzuteilen, daß die Schwarzen bewußt in bestimmten Bezirken deutliche Mehrheiten erhielten, um ihnen die Wahl schwarzer Kandidaten zu erleichtern.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Just as the race of students must be considered in determining whether a constitutional violation has occurred, so also must race be considered in formulating a remedy. To forbid, at this stage, all assignments made on the basis of race would deprive school authorities of the one tool absolutely essential to fulfillment of their constitutional obligation to eliminate existing dual school systems«.[70]

III. Gesetzliche Diskriminierungsverbote

In dem Jahrzehnt nach der *Brown*-Entscheidung des Supreme Court nahm sich - nach langen Jahren der Untätigkeit - allmählich auch wieder der Kongreß des Problems der Rassendiskriminierung an. Seit dem Jahr 1957 wurden mehrere Bürgerrechtsgesetze erlassen, die für die weitere Bekämpfung der Rassendiskriminierung von erheblicher Bedeutung waren. Sie legten gesetzliche Diskriminierungsverbote für verschiedene Bereiche des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens fest und trafen zahlreiche verfahrensrechtliche Regelungen, die auf die effektive Beseitigung der Rassendiskriminierung hinwirken sollten. Der Inhalt der Bürgerrechtsgesetze im einzelnen soll hier nicht dargestellt werden.[71] Von entscheidender Bedeutung für die amerikanische affirmative action-Diskussion ist jedoch das Zusammenspiel zwischen einfachgesetzlichen Diskriminierungsverboten und verfassungsrechtlichen Garantien in zwei Bereichen.
Der VI. Titel des Civil Rights Act von 1964[72] verbietet es all jenen Einrichtungen, die Bundesmittel erhalten, auf Grund von Rasse, Hautfarbe oder Herkunft zu diskriminieren:

»No person in the United States shall, on the ground of race, color or national origin, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance«.[73]

70 North Carolina State Board of Education v. Swann, 402 U.S. 43 (1971), S. 46; übers.: »Geradeso wie die Rasse der Schüler bei der Beurteilung, ob ein Verfassungsverstoß stattgefunden hat, berücksichtigt werden muß, muß die Rasse auch berücksichtigt werden bei der Suche nach Abhilfe. In diesem Stadium alle Zuweisungen nach der Rasse zu verbieten, würde die Schulbehörden des einen Werkzeugs berauben, das unentbehrlich ist, um ihre verfassungsrechtliche Pflicht zu erfüllen, zweigleisige Schulsysteme zu beseitigen«.

71 Einen zusammenfassenden Überblick gibt Steinberger, S. 139 ff.; vgl. auch Hirschberg, Rassendiskriminierung, S. 347 ff.; zur Gestzgebungsgeschichte Whalen/Whalen; zur Entwicklung vgl. Norton; Janssen-Jurreit, USA.

72 Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241, 252 (1964).

73 42 U.S.C. § 2000d; übers.: »Niemand darf in den Vereinigten Staaten aufgrund der Rasse, Hautfarbe oder nationalen Herkunft von der Teilnahme an einem Programm oder einer

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der VII. Titel verbietet detailliert aufgezählte Diskriminierungspraktiken im Arbeitsleben; die Verbote richten sich insbesondere an Arbeitgeber, Arbeitsvermittler und Gewerkschaften:

> »It shall be an unlawful employment practice for an employer -
> (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or
> (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin«.[74]

IV. Zusammenfassung

In der amerikanischen Verfassung erwähnt allein der 15. Zusatzartikel das Merkmal Rasse ausdrücklich und untersagt Ungleichbehandlungen hinsichtlich des Wahlrechts. Diskriminierungsverbote, die sich - über das Wahlrecht hinaus - explizit auf das Merkmal Rasse beziehen, gibt es in den Vereinigten Staaten nur auf einfachgesetzlicher Ebene. Von besonderer Bedeutung sind insoweit Titel VI des Civil Rights Act von 1964, welcher Diskriminierungen in Programmen oder Einrichtungen verbietet, die Bundesmittel erhalten, und Titel VII desselben Gesetzes, der Diskriminierungen im Arbeitsleben untersagt.
Die amerikanische Verfassung enthält in der equal protection-Klausel des 14. Zusatzartikels eine Garantie, die vom Wortlaut her eher dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes ähnelt. Die Rechtsprechung des Supreme

Aktivität, die Bundesmittel erhält, ausgeschlossen werden. Ebenfalls dürfen niemandem die Vorteile solcher Programme vorenthalten oder er Diskriminierung ausgesetzt werden«.

74 42 U.S.C. § 2000e (mit den 1972 vorgenommenen Änderungen); übers.: »Es stellt ein ungesetzliches Verhalten im Arbeitsleben für den Arbeitgeber dar -
(1) einen einzelnen nicht einzustellen, oder sich zu weigern, ihn einzustellen, oder ihn zu entlassen oder ihn auf sonstige Weise zu diskriminieren im Hinblick auf seine Entlohnung sowie Bedingungen oder Begünstigungen der Beschäftigung wegen der Rasse, Hautfarbe, Religion, des Geschlechts oder der nationalen Herkunft des einzelnen; oder
(2) seine Beschäftigten oder Bewerber in irgendeiner Weise einzuschränken, zu segregieren oder zu klassifizieren, die irgendjemandem Arbeitsmöglichkeiten entziehen oder dazu tendieren könnte, ihm solche zu entziehen, oder auf sonstige Weise seinen Status als Beschäftigter beeinträchtigen könnte wegen seiner Rasse, Hautfarbe, Religion, seines Geschlechts oder seiner nationalen Herkunft«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Court unterwirft jedoch Differenzierungen nach der Rasse intensiverer verfassungsrechtlicher Kontrolle (strict scrutiny) als Differenzierungen, die sich auf andere Kriterien stützen. Der Supreme Court verlangt für die Verfassungsmäßigkeit einer Differenzierung nach der Rasse, daß ein zwingendes staatliches Interesse sie unbedingt erfordert. Diesen hohen Anforderungen kann eine Regelung praktisch nie genügen. In ihrer Auslegung kommt die equal protection-Klausel dem deutschen Verständnis des gesamten Art. 3 GG sehr nahe.

Der Supreme Court hat Normen, die nach der Rasse differenzieren, freilich nicht immer solcher intensiver verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen; lange Zeit wurde Rassendiskriminierung für verfassungsgemäß angesehen. Erst seit Mitte dieses Jahrhunderts sind alle Differenzierungen nach der Rasse, die sich zum Nachteil der Schwarzen auswirken, vom Supreme Court als verfassungswidrig aufgehoben worden. Doch zeigte sich in dieser Phase der Rechtsprechung auch, daß der Supreme Court die equal protection-Klausel nie auf ein absolutes, symmetrisches Differenzierungsverbot beschränkte. Der Supreme Court mußte sich angesichts erheblichen gesellschaftlichen Widerstands praktisch seit Beginn der strikteren Rassendiskriminierungsrechtsprechung auch mit Fragen der Durchsetzung der Aufhebung der Rassentrennung beschäftigen. Hierbei sah der Supreme Court in bestimmtem Umfang eine Verpflichtung des Staates an, Maßnahmen zur effektiven Beseitigung der Rassendiskriminierung zu ergreifen. Zu den verfassungsrechtlich möglicherweise gebotenen, jedenfalls aber zulässigen Maßnahmen zählte der Supreme Court - schon in den Jahrzehnten vor den eigentlichen affirmative action-Entscheidungen - auch Regelungen, bei denen das Merkmal Rasse berücksichtigt wurde, um zum Abbau der Rassendiskriminierung beizutragen.

B. Die Rechtsprechung des Supreme Court zu neuen Problemen der Rassendiskriminierung

Bisher wurde nur von Regelungen gehandelt, die explizit nach der Rasse differenzierten und sich zum Nachteil der Schwarzen auswirkten. Diese Art von Regelungen stellen die herkömmliche Form der Diskriminierung gegenüber bestimmten Gruppen dar: ausdrücklich werden ihnen Rechte vorenthalten, die den Angehörigen der anderen Gruppe gewährt werden. Nachdem die Verfassungswidrigkeit dieser ausdrücklich diskriminierenden Regelungen unzweifelhaft feststand, wandte sich das Interesse vor allem zwei

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

neuen Fragenkreisen zu:[75] Sind Regelungen zulässig, die zwar nicht ausdrücklich auf das verpönte Merkmal Bezug nehmen, ganz überwiegend aber Schwarze benachteiligen? Und stellen Regelungen, die zur effektiven Beseitigung der Rassendiskriminierung besondere Förderung von Schwarzen vorsehen, »umgekehrte Diskriminierung« der Weißen dar? Wie der Supreme Court zu den Fragestellungen in beiden Bereichen - »disparate impact« (I) und »affirmative action« (II) - Stellung nahm, soll im folgenden skizziert werden.

I. Disparate Impact

Die Frage nach der Zulässigkeit von »neutralen« Regelungen, die sich - ohne auf das Merkmal Rasse Bezug zu nehmen - für Schwarze in größerem Umfang negativ auswirken als für Weiße, stellte sich vor allem bei Einstellungs- und Beförderungskriterien im Arbeitsleben. Der Supreme Court mußte sich mit diesen Fragen zunächst im Zusammenhang von Titel VII des Civil Rights Act von 1964 auseinandersetzen (1). Erst später erfolgte eine Analyse dieser Fragestellungen auf verfassungsrechtlicher Ebene (2).

1. Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes

Der Supreme Court unterscheidet in Titel VII zwei Rechtsgrundlagen (theories), die völlig unterschiedliche Voraussetzungen an den Nachweis einer Rassendiskriminierung stellen: »disparate impact« und »disparate treatment«.[76] »Disparate treatment« ist - in den Worten des Gerichts - »die am leichtesten verständliche Form der Diskriminierung«:[77] ein Arbeitgeber behandelt Personen unterschiedlich wegen eines der inkriminierten Merkmale. Um eine auf Rassendiskriminierung gestützte Klage zu gewinnen, muß eine diskriminierende Absicht nachgewiesen werden. Zwar kann manchmal schon aus der bloßen Tatsache der Ungleichbehandlung auf eine diskriminie-

75 Vgl. dazu die inzwischen auch parallele Entwicklung der deutschen Diskussion um die Gleichberechtigung der Frau, oben S. 157 ff.

76 Vgl. zur näheren Erläuterung der beiden Theorien: Jones u.a., S. 31 ff.; Bell, Race, S. 615 ff.; Chamallas, S. 314 ff.; Lockhart u.a., S. 1172 ff.; Fiss, Fair Employment; zu disparate impact, insb. Eisenberg; Perry; Schnapper, Perpetuation; Stonefield; Bell, Race, S. 619 ff.; und in International Brotherhood of Teamsters v. United States, 431 U.S. 324, 335 Anm. 15 (1971), beschreibt der Supreme Court knapp in seinen eigenen Worten die beiden Standards.

77 International Brotherhood of Teamsters v. United States, a.a.O.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rende Absicht geschlossen werden, doch ist dies lediglich eine Frage der Beweiswürdigung: grundsätzlich muß der Diskriminierte beweisen, daß er Opfer einer Handlung wurde, die nach der Rasse diskriminierte.
Freilich hat der Supreme Court in dem wichtigen disparate treatment-Fall *McDonnell Douglas Corp. v. Green*[78] Regeln für die Beweislastverteilung aufgestellt, die dem Kläger den Nachweis der Diskriminierungsabsicht erleichtern. Der Supreme Court sieht ein dreistufiges Verfahren vor: zunächst muß der Kläger einen prima-facie-Beweis führen, der die Annahme einer Diskriminierungsabsicht nahelegt. Im Fall *McDonnell Douglas* hatte der Supreme Court als ausreichend für diesen Beweis des ersten Anscheins beispielsweise den Nachweis angesehen, daß a) der Kläger Angehöriger einer rassischen Minderheit war; b) daß er sich auf eine Stelle bewarb, für die Bewerber gesucht wurden, und für diese Stelle auch qualifiziert war; c) daß er, trotz seiner Qualifikation, zurückgewiesen wurde; und d) schließlich, daß die Stelle unbesetzt blieb und der Arbeitgeber weiterhin Bewerber mit den vom Kläger vorgewiesenen Qualifikationen suchte.[79]
Ist es dem Kläger gelungen, diesen prima-facie-Beweis zu führen, verlagert sich die Beweislast auf den Arbeitgeber: er muß einen legitimen, nicht-diskriminierenden Grund für sein Verhalten angeben.[80] Schließlich, wenn dem Arbeitgeber sein Beweis gelingt, bleibt dem Kläger noch die Chance nachzuweisen, daß der »legitime Grund« lediglich ein Vorwand für eine eigentlich rassisch motivierte Entscheidung ist.
Auch bei Klagen, die auf disparate treatment gestützt werden, können Statistiken bei der Beweisführung auf beiden Seiten eine gewisse Rolle spielen.[81] Sie können einerseits dazu beitragen, einen prima-facie-Beweis der Diskriminierung zu führen, andererseits kann eine rassisch ausgeglichene Belegschaft den Nachweis eines legitimen Grundes für den Arbeitgeber erleichtern.[82] Entscheidend in allen Fällen des disparate treatment bleibt aber der Nachweis der diskriminierenden Absicht.
Auf diesen kann aber dann verzichtet werden, wenn der Kläger seine Klage auf die »disparate impact theory« stützt, die der Supreme Court 1971 in dem berühmten Fall *Griggs v. Duke Power Co.*[83] entwickelte. Der Gerichtshof entschied, daß Titel VII auch Maßnahmen verbietet, bei denen sich zwar ei-

78 411 U.S. 792 (1973).
79 A.a.O., S. 802.
80 Es besteht eine gewisse Unklarheit darüber, ob und inwieweit der Arbeitgeber hier die volle Beweislast trägt, vgl. dazu Bell, Race, S. 618.
81 Im einzelnen besteht über die Beweiskraft von Statistiken noch einige Unklarheit.
82 Vgl. Furnco Construction Corp. v. Waters, 438 U.S. 567 (1978).
83 401 U.S. 424 (1971).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ne Diskriminierungsabsicht des Arbeitgebers nicht nachweisen läßt, die sich aber stark zum Nachteil von Schwarzen auswirken und deren Notwendigkeit für das Unternehmen (business necessity) nicht bewiesen werden kann. Duke Power Company hatte vor dem 2. Juli 1965, dem Tag des Inkrafttretens des Civil Rights Act, offen Schwarze diskriminiert. Schwarze wurden nur in einer Abteilung des Unternehmens beschäftigt; in dieser Abteilung wurden die höchsten Stellen geringer bezahlt als die niedrigsten Stellen in den anderen Abteilungen, in denen nur Weiße arbeiteten. Mit dem Inkrafttreten des Civil Rights Act nahm das Unternehmen von dieser Beschäftigungspolitik Abstand, verlangte aber für die Einstellung oder Beförderung in eines der anderen Departments einen bestimmten Schulabschluß (high school diploma) oder ein bestimmtes Ergebnis in einem standardisierten Intelligenztest. Beide Anforderungen schlossen einen erheblich größeren Anteil von Schwarzen als von Weißen aus. Hinsichtlich beider Anforderungen ließ sich nicht belegen, daß sie über die erfolgreiche Tätigkeit in diesen Stellen etwas aussagten. Es ließ sich aber auf der anderen Seite weder eine Absicht seitens des Unternehmens, durch die Einführung der beiden genannten Anforderungen Schwarze diskriminieren zu wollen, noch eine ungleichmäßige Anwendung der Anforderungen gegenüber schwarzen und weißen Bewerbern nachweisen. Aus diesem Grunde hatte der Court of Appeals eine Verletzung des Bürgerrechtsgesetzes abgelehnt.

Der Supreme Court weist eine solche Interpretation des Gesetzes einstimmig und deutlich zurück. Hauptzielrichtung von Titel VII sei es nicht, lediglich auf diskriminierenden Absichten beruhende Maßnahmen zu untersagen, sondern dem Kongreß sei es gerade darum gegangen, gleiche Chancen im Arbeitsleben zu schaffen und sich damit auch der Ergebnisse, die bestimmte Praktiken im Arbeitsleben zur Folge haben, anzunehmen:

> »Under the Act, practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to ›freeze‹ the status quo of prior discriminatory employment practices. ... What is required by Congress is the removal of artificial, arbitrary, and unnecessary barriers to employment when the barriers operate invidiously to discriminate on the basis of racial or other impermissible classification«.[84]

84 S. 430 ff.; übersetzt: »Nach dem Gesetz dürfen Praktiken, Verfahren oder Tests, die auf den ersten Blick oder sogar ihrer Absicht nach neutral sind, nicht beibehalten werden, wenn sie sich dahingehend auswirken, den status quo diskriminierender Praktiken ›einzufrieren‹ .... Was der Kongreß verlangt, ist die Abschaffung künstlicher, willkürlicher und unnötiger Barrieren bei der Erlangung einer Arbeitsstelle, wenn diese Barrieren sich dahingehend auswirken, nach der Rasse oder einer anderen verbotenen Klassifizierung zu diskriminieren«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Titel VII verbietet also nicht nur offensichtliche Diskriminierungen, sondern auch Praktiken, die zwar scheinbar neutral sind, sich aber diskriminierend auswirken. Für die Vereinbarkeit mit dem Bürgerrechtsgesetz sei nicht allein Gleichbehandlung in dem Sinne ausreichend, daß Schwarze wie Weiße dieselben Kriterien bei der Einstellung erfüllen müßten. Die unterschiedliche Situation und Lage der Stellungssuchenden sei zu berücksichtigen, wie beispielsweise die seit langem durch das segregierte Schulsystem bedingte, schlechtere Schulbildung für schwarze Kinder.[85] Es sind somit nicht nur an die Anwendung von Auswahlkriterien bei Einstellung und Beförderung rechtliche Anforderungen zu stellen, sondern auch die Auswahlkriterien selbst sind auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen. Als Prüfstein bezeichnet das Gericht die »business necessity«.[86] Die Kriterien müssen nachweisbar mit der späteren beruflichen Tätigkeit zusammenhängen (job relatedness). Die Beweislast hierfür trägt der Arbeitgeber.

Um zu belegen, daß ein bestimmtes Auswahlkriterium den Anforderungen der *Griggs*-Entscheidung genügt, sind verschiedene Methoden entwickelt worden, um die Beziehung zwischen Auswahlkriterium und Leistung in der zu besetzenden Stelle (validation) festzustellen. Dabei erkennt der Supreme Court jedoch nicht jedwede sozialwissenschaftliche Studie als ausreichend an, die einen irgendwie gearteten Zusammenhang zwischen beiden Größen herstellt, sondern verlangt einen nachweisbaren, engen Zusammenhang.[87] Die Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) und andere Bundesbehörden haben Richtlinien herausgegeben, die näher definieren, welche Methoden der validation von ihnen anerkannt werden.[88] Folgt der Arbeitgeber diesen Richtlinien, so ist er jedenfalls vor staatlich initiierten Diskriminierungsklagen geschützt; auch die Gerichte haben den Richtlinien insoweit große Bedeutung zuerkannt.[89]

Wie ernst es dem Gerichtshof mit der Überprüfung der Notwendigkeit von Auswahlkriterien auch dann war, wenn der Arbeitgeber deutlich nicht in diskriminierender Absicht handelt, zeigte sich in dem interessanten Fall

85 Zur Verdeutlichung verweist der Supreme Court plastisch auf die Fabel vom Fuchs und der Störchin (S. 431). Deren Inhalt sei kurz zusammengefaßt: Eines Abends lud der Fuchs die Störchin zum Abendessen ein. Der Fuchs servierte zum Abendessen jedoch nur eine dünne Suppe in einem flachen Teller, den er mit seinem breiten Maul zwar leicht auflecken konnte, die Störchin mit ihrem langen, spitzen Schnabel jedoch ging hungrig nach Hause. Bei der Gegeneinladung servierte die Störchin die Suppe in einem Krug mit einem langen dünnen Flaschenhals.

86 S. 431.

87 Vgl. Albermarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405 (1975).

88 Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures, 29 C.F.R. § 1607 (1978).

89 Vgl. noch zur alten Fassung der Guidelines, Albermarle, S. 430 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Connecticut v. Teal.[90] Die Kläger waren Schwarze, die in der Verwaltung von Connecticut nicht befördert worden waren, weil sie durch einen standardisierten Test, dessen enge Beziehung zur Tätigkeit nicht bewiesen werden konnte und der sich negativ für Schwarze auswirkte, durchgefallen waren. Unter denen, die den Test bestanden hatten, wurden aber - augenscheinlich aufgrund eines affirmative action-Programmes[91] - verhältnismäßig mehr Schwarze als Weiße befördert. Der Supreme Court hielt es jedoch nicht für ausreichend, daß die Beförderungspraktiken insgesamt zu rassisch ausgewogenen Ergebnissen führten. Bestimme ein Test, der gegen Titel VII verstoße, wer überhaupt für eine Beförderung in Frage komme, könne diese Diskriminierung nicht - hinterher - dadurch kompensiert werden, daß der Arbeitgeber aus dieser Gruppe relativ mehr Schwarze als Weiße auswähle. Denjenigen - wie den Klägern -, denen durch die diskriminierende Praxis die Chance auf eine Beförderung genommen worden war, nütze eine solche Kompensation nichts. Auch Teile eines Auswahlverfahrens könnten »künstliche, willkürliche und unnötige Barrieren darstellen«,[92] auf deren Entfernung das Gesetz ziele.[93]

In der Folge der *Griggs*-Entscheidung wurden von Gerichten zahlreiche Einstellungspraktiken, die ethnische Minderheiten oder Frauen benachteiligten, als unzulässig angesehen. Hauptsächlich betrafen die Entscheidungen standardisierte Testverfahren,[94] daneben aber beispielsweise auch Anforderungen an die Größe und das Gewicht der Bewerber[95] oder an deren Berufserfahrung,[96] die Nichteinstellung von Personen, die in Haft[97] bzw. strafrechtlich verurteilt[98] gewesen waren und die Entlassung von Personen, deren Lohn gepfändet worden war.[99]

Es zeigte sich aber auch, daß die Gerichte vielfach unterschiedlich strenge Kontrollmaßstäbe anwendeten, je nachdem, auf welcher Ebene die zu beset-

90 457 U.S. 440 (1982).
91 Zu affirmative action siehe näher unten S. 233 ff.
92 *Griggs,* S. 431.
93 Vgl. zu *Teal* und dem bottom line principle Scanlan, S. 705 ff.; Chamallas, S. 305 ff.
94 Scanlan, S. 706.
95 Vgl. Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977). Durch Gesetz wurde in Alabama für eine Stelle als Gefängniswärter verlangt, daß der Bewerber zumindest 55 kg schwer und 1, 56 m groß war. Diese Mindestanforderungen zusammengenommen schlossen 41,13 % der weiblichen und nur 1 % der männlichen Bevölkerung aus.
96 Vgl. Grant v. Bethlehem Steel Corp., 635 F.2d 1007 (2d Cir. 1980), cert. denied, 452 U.S. 940 (1981); Fisher v. Proctor & Gamble Mfg. Co., 613 F.2d 527 (5th Cir. 1980), cert. denied, 449 U.S. 1115 (1981).
97 Vgl. Gregory v. Litton Sys., Inc., 472 F.2d 631 (9th Cir. 1972).
98 Vgl. Green v. Missouri Pacific R. R. Co., 523 F.2d 1290 (8th Cir. 1975).
99 Vgl. Wallace v. Debron Corp., 494 F.2d 674 (8th Cir. 1974).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zende Stelle anzusiedeln war. Verlangte eine Stelle nur wenig besondere Fähigkeiten und Ausbildung, wurde von Gerichten sehr genau überprüft, ob ein Auswahlkriterium wirklich in enger Beziehung zu der zu besetzenden Stelle stand; handelte es sich dagegen um berufliche Tätigkeiten, die ein hohes Maß an speziellen Fähigkeiten verlangten und deren Ausübung durch einen Unqualifizierten mit erheblichen Risiken verbunden war, gestanden Gerichte dem Arbeitgeber einen weitaus größeren Beurteilungsspielraum zu.[100]
So entfaltete die disparate impact theory zunächst kaum Auswirkungen für berufliche Tätigkeiten, die mit einem hohen Maß an Einfluß, Prestige (und hohem Gehalt) verbunden waren, sondern betraf primär einfache Tätigkeiten auf unteren Berufsebenen, den sogenannten »blue collar jobs«.[101]
Einer der Gründe, weshalb sich die Verhältnisse im Hinblick auf höhere Stellen sehr viel langsamer änderten, war auch, daß sich die disparate impact theory vor allem gegenüber objektiven Auswahlkriterien, insbesondere standardisierten Testverfahren, als wirksam erwies. Gerade Stellen mit größerem Verantwortungsbereich werden aber zumeist aufgrund von Auswahlverfahren vergeben, in die subjektive Bewertungen einfließen.
Hier war lange zwischen verschiedenen Obergerichten streitig gewesen, ob disparate impact-Standards überhaupt auf Auswahlverfahren mit subjektiven Elementen angewendet werden können.[102] Der Supreme Court hat diese Frage bejaht,[103] da es sonst zu einfach für den Arbeitgeber wäre, jeder Auswahlentscheidung ein persönliches Interview anzuzufügen und sich damit den Anforderungen der *Griggs*-Entscheidung zu entziehen. Grundsätzlich gebe es keinen Anlaß, den disparate impact-Maßstab nicht auf subjektive Auswahlkriterien anzuwenden, da dieser dem Kläger die Möglichkeit geben solle, gegen ein Auswahlverfahren vorzugehen, welches dieselben Ergebnisse produziere wie ein System, das - unerlaubt - absichtlich diskriminiert.[104]
Freilich enthält diese Entscheidung auch Formulierungen, die die Unterscheidung zwischen disparate impact und disparate treatment verwischen[105]

100 Vgl. Spurlock v. United Airlines, Inc., 475 F.2d 216 (10th Cir. 1972), insb. S. 219. Dieser Entscheidung schlossen sich zahlreiche Gerichte an, Nachweise bei Davis v. City of Dallas, 777 F.2d 205 (5th Cir. 1985).
101 Vgl. Bell, Race, S. 632 f.; Bartholet, S. 959 ff.
102 Vgl. Atonio v. Wards Cove Packing Co. Inc., 810 F.2d 1477 (9th Cir. 1987) mit Pouncy v. Prudential Ins. Co., 668 F.2d 795 (5th Cir. 1982); weitere Nachweise dazu, wie Courts of Appeals zu dieser Frage Stellung nahmen in Atonio, S. 1480 Anm. 1.; vgl. auch Lamber, Discretionary Decisionmaking, S. 880 ff.
103 Watson v. Fort Worth Bank & Trust, 108 S.Ct. 2777 (1988); vgl. dazu Feldstein; Alessandra.
104 A.a.O., S. 2786 f. (plurality opinion)
105 Vgl. a.a.O., S. 2787 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und beweisrechtliche Erleichterungen für den Kläger zurücknehmen, so daß fraglich scheint, ob die *Watson*-Entscheidung insgesamt disparate impact-Klagen erleichtert oder erschwert. Vier Richter deuten in ihrem Votum zumindest an, daß sie mit dem disparate impact-Standard, wie er sich seit der *Griggs*-Entscheidung entwickelt hat, nicht ganz zufrieden sind.[106] Nach der Ernennung eines neuen Richters wird in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 die in der *Watson*-Entscheidung angelegte Tendenz der Erhöhung der Beweisanforderungen für den Kläger nun mit einer Mehrheit von fünf Richtern - trotz heftiger Kritik der vier dissentierenden Richter - fortgesetzt, ohne aber die bisherigen Maßstäbe vollkommen zu verwerfen.[107] Ob damit eine grundsätzliche Änderung der bisherigen disparate impact-Rechtsprechung eingeleitet wurde, kann erst die weitere Entwicklung zeigen.

2. Equal Protection-Klausel

Mit *Washington v. Davis*[108] erreichte ein Fall den Supreme Court, der den unter Titel VII erfolgreichen disparate impact-Fällen sehr ähnelt. Die Kläger im *Davis*-Fall konnten sich aber nur auf eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes berufen, da sie sich durch einen öffentlichen Arbeitgeber diskriminiert sahen und diese erst seit 1972 an Titel VII gebunden sind; der Streitfall entstand vor diesem Zeitpunkt. Der District of Columbia verlangte für die Aufnahme in den Polizeidienst das Bestehen des sogenannten Tests 21, der verbale Fähigkeiten der Bewerber prüfen sollte. Den für Titel VII verlangten Anforderungen an die enge Beziehung zwischen Auswahlkriterium und Leistung in der zu besetzenden Stelle genügte Test 21 nicht. Der Court of Appeals hatte deshalb auch der Klage stattgegeben.
Der Supreme Court hob jedoch die Entscheidung des Court of Appeals auf und stellte recht lapidar fest, er habe nie entschieden, daß der Standard für Titel VII auch der verfassungsrechtliche Standard sei, und er wolle auch heute solches nicht entscheiden.[109] Für einen Verstoß gegen die equal protection-Klausel[110] sei der Nachweis einer diskriminierenden Absicht unumgänglich. Zwar könne auf die diskriminierende Absicht häufig unter Berücksichtigung

106 Die Richter O'Connor, White, Scalia und Rehnquist in der plurality opinion (S. 2786 ff.).
107 Wards Cove Packing Company v. Atonio, 109 S.Ct. 2115 (1989).
108 426 U.S. 229 (1976).
109 S. 238 f.
110 Bzw. des entsprechend ausgelegten due process-Elements des 5. Amendments, siehe oben S. 208.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Gesamtheit der Tatsachen, darunter auch der unterschiedlichen Auswirkungen, geschlossen werden, doch diese, für sich genommen, lösten nicht die intensivste verfassungsrechtliche Kontrolle aus.[111] Solche Maßnahmen unterlägen nur dem rational basis test.[112]

Seit *Davis* steht fest, daß »rassenneutrale« Regelungen gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz nur dann verstoßen, wenn sie auf einer diskriminierenden Absicht beruhen. Problematisch und offen blieb jedoch, was eine solche diskriminierende Absicht (discriminatory intent) genau ausmacht. Hierzu nahm der Supreme Court in der Entscheidung *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*[113] Stellung und führte aus, daß zum Nachweis einer diskriminierenden Absicht allein das Wissen um die Unvermeidbarkeit der negativen Auswirkungen auf den besonders geschützten Personenkreis nicht ausreiche. Die Verwaltung von Massachusetts gab Veteranen für die gesamte Dauer ihrer Lebenszeit absoluten Vorrang bei der Einstellung oder Beförderung, wenn sie bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllten. Wer Veteran war, war »geschlechtsneutral« formuliert, dennoch kann es kaum überraschen, daß mehr als 98 % der privilegierten Veteranen dem männlichen Geschlecht angehörten, und immerhin über ein Viertel der Einwohner von Massachusetts diesen Veteranenstatus genossen. Die Klägerin war über 12 Jahre lang nicht befördert worden, obwohl sie sich bei der Bewerbung um verschiedene höhere Posten als qualifizierter als die stattdessen beförderten Veteranen gezeigt hatte. Der Supreme Court gab zu, daß es »unaufrichtig wäre zu sagen, daß die nachteiligen Konsequenzen dieser Gesetzgebung für Frauen unbeabsichtigt in dem Sinne waren, daß sie nicht gewollt oder in dem Sinne, daß sie nicht vorhersehbar waren«.[114] »Discriminatory purpose« verlange aber mehr; der Gesetzgeber müsse eine bestimmte Maßnahme zumindest »wegen« und nicht »trotz« der benachteiligenden Auswirkungen auf eine bestimmte Gruppe ergreifen.[115] Dolus eventualis soll also nicht ausreichen.

Die Rechtsprechung des Supreme Court, die eine diskriminierende Absicht für Verstöße gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verlangt, ist heftiger Kritik, nicht zuletzt in den Sondervoten zu *Davis* und *Feeney*, unter-

111 S. 242.
112 S. 247 f.
113 442 U.S. 256 (1979). Diese Entscheidung erging zwar zum Merkmal Geschlecht. Doch wurden auf sie dieselben Kriterien angewendet, und der Supreme Court selbst sah sie als Fortentwicklung seiner disparate impact-Rechtsprechung auf Verfassungsebene; ausführlicher zur Diskriminierung nach dem Geschlecht unten S. 288 ff.
114 S. 278.
115 S. 279.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zogen worden.[116] Zum einen bleibt bis heute weitgehend ungeklärt, was eine diskriminierende Absicht genau darstellt und vor allem, aus welchen Indizien auf eine solche geschlossen werden darf.[117] Auch die Rolle, die Statistiken über die unterschiedlichen Auswirkungen auf rassische Gruppen für den Nachweis einer diskriminierenden Absicht spielen, ist keinesfalls eindeutig.[118] Allein, daß es nach der Rechtsprechung des Supreme Court auf der verfassungsrechtlichen Ebene des - wie immer gearteten - Nachweises einer Diskriminierungsabsicht bedarf, steht fest.
Zum anderen aber bleibt die grundsätzliche Auseinandersetzung unvermindert aktuell, ob einfachgesetzliche oder verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote wegen der Rasse auch das Verbot von Maßnahmen umfassen, die sich - ohne das Merkmal der Rasse zu verwenden - negativ auf die besonders geschützte Gruppe auswirken. Letztlich geht es um unterschiedliche Ansichten darüber, worauf der rechtliche Schutz vor Diskriminierung eigentlich zielt. Geht es um ein Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale oder geht es um den Schutz der (bisher) benachteiligten Gruppe?[119] Auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit von affirmative action-Maßnahmen, die im folgenden zu analysieren sein werden, kommt es auf diese Grundfrage an.

II. Affirmative action

Vor dem Hintergrund der jahrhundertelangen Unterdrückung der Schwarzen entstand - nachdem die Bürgerrechtsbewegung auch das Gewissen des weißen Amerika bewegt hatte - das Bedürfnis nach affirmative action, deren Grundgedanken Präsident Johnson in seiner berühmt gewordenen Rede, gehalten 1965 aus Anlaß der Graduierungsfeier der Howard Universität, Ausdruck verlieh:

> »You do not take a person, who for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say, ›You are free to compete with all the others,‹ and still justly believe that you have been completely fair.

116 Zum Beispiel nennt Bell die Davis-Entscheidung »[p]erhaps the most frustrating employment discrimination case ever decided« (Race, S. 627); vgl. auch Tribe, Constitutional Law, S. 1512 ff.; Perry, S. 540 ff.; Stone u.a., S. 546 ff.

117 Vgl. Tribe, Constitutional Law, S. 1502 ff.

118 Vgl. z.B. aus neuerer Zeit McCleskey v. Kemp, 107 S.Ct. 1756 (1987): eine statistische Studie hatte starke Diskrepanzen in der Verhängung der Todesstrafe gegenüber Schwarzen und Weißen bewiesen. Der Schwarze, der darauf gestützt seine Verurteilung zur Todesstrafe angriff, blieb erfolglos; vgl. dazu Kennedy, McCleskey.

119 Dazu näher unten S. 274 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Thus it is not enough just to open the gates of opportunity. All of our citizens must have the ability to walk through those gates.
This is the next and more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just freedom but opportunity - not just legal equity, but human ability - not just equality as a right and a theory, but equality as a fact and as a result«.[120]

Was affirmative action ungefähr bedeutet, macht Johnsons Rede deutlich: es geht um zusätzliche, positive, über die bloße Abschaffung diskriminierender Regelungen hinausgehende Maßnahmen. Darüberhinaus gewinnt der Begriff in der amerikanischen Diskussion jedoch kaum klarere Konturen, wovon nicht zuletzt die terminologische Vielfalt zeugt. Neben affirmative action finden sich in der Literatur beispielsweise: »affirmative discrimination«, »affirmative treatment«, »benign classification«, »benign treatment«, »preferential treatment«, »special treatment«, »benign discrimination«, »reverse discrimination«. Zumeist werden die Begriffe synonym verwendet; häufig, wenn auch nicht zwingend, gibt aber schon die Wahl des Begriffes einen Hinweis auf die Haltung des Verfassers. In der Regel deuten »reverse« und »discrimination« auf eine gegen solche Maßnahmen gerichtete Einstellung des Autors hin, während die Verwendung von »affirmative« und »treatment« eher für seine positive Haltung sprechen. Manche Autoren hinwiederum unterscheiden zwischen den Begriffen und bezeichnen ihres Erachtens zulässige Maßnahmen mit »affirmative action«, ihres Erachtens unzulässige mit »reverse discrimination«.
Der Kampf um die Besetzung der Begriffe, so wichtig er für die politische Diskussion ist, soll hier nicht weiter verfolgt werden. In der folgenden Untersuchung wird der Begriff affirmative action »neutral« verwendet, d.h. ohne damit Zulässigkeit oder Unzulässigkeit zu implizieren. Außerdem wird affirmative action, wie es wohl der amerikanischen Diskussion am ehesten entspricht, in weitem Sinne verstanden und meint alle Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, über das bloße Unterlassen von Diskriminierung hinaus, in

120 Zit. nach Eastland/Bennett, S. 6; übersetzt: »Man nimmt nicht einen Menschen, der jahrelang in Ketten lag, befreit ihn, bringt ihn zur Startlinie eines Rennens und sagt dann: ›Du bist frei, mit all den anderen in Wettbewerb zu treten‹, und kann dann noch mit Recht glauben, man sei vollkommen fair gewesen. Demgemäß ist es nicht genug, nur die Tore zu Chancen zu öffen. All unsere Bürger müssen auch die Möglichkeit haben, durch diese Tore zu gehen. Dies ist die nächste und grundlegendere Stufe des Kampfes um Bürgerrechte. Wir erstreben nicht nur Freiheit, sondern Chancen - nicht nur rechtliche Billigkeit, sondern menschliche Fähigkeit - nicht nur Gleichheit als rechtlich und theoretisch gegebene, sondern Gleichheit als Tatsache und als Ergebnis«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Vergangenheit schwerwiegend benachteiligte Gruppen besonders zu fördern.[121]

Obwohl die Definition von affirmative action weit gefaßt ist, so gilt es doch herauszustellen, daß sie den Bereich, den die Reagan-Administration in den letzten Jahren immer wieder als die einzig zulässige Form von affirmative action bezeichnet und vor dem Supreme Court vertreten hat,[122] nicht umfaßt. Es handelt sich um die Fälle, in denen ein spezifischer Arbeitgeber gegen einen bestimmten oder jedenfalls bestimmbaren Kreis von Angehörigen ethnischer Minderheiten diskriminierte, sie nicht einstellte und nun darauf verpflichtet wird, eben diese genau bekannten Personen einzustellen. Diese Fälle ebenfalls unter den Begriff affirmative action zu fassen, trägt nur zur Verwirrung bei, da es hier - im amerikanischen Kontext, der insoweit über die Regelungen in der Bundesrepublik hinausgeht - allein um Fragen der Ausgestaltung des Schadensersatzes bei unerlaubter diskriminierender Handlung geht. Bedeutet der Begriff affirmative action mehr als ein Diskriminierungsverbot, so bedeutet er aber auch mehr als die aus einer Verletzung des Diskriminierungsverbots entstandene Wiedergutmachungspflicht.[123]

Die Maßnahmen, die zu affirmative action zählen, verbindet vor allem ihre Zielrichtung, tatsächliche Gleichheit herzustellen. Die Art der Maßnahmen ist dabei vielfältig. Viele der Vorschläge, die in der Bundesrepublik als Frauenfördermaßnahmen diskutiert werden, sind in den USA schon ausprobiert worden. Dabei hat sich in den USA sehr viel schneller als in der Bundesrepublik die Bedeutung von Quoten durchgesetzt, was nicht zuletzt daran gelegen haben mag, daß die Amerikaner schnell meßbare Ergebnisse sehen wollten. Man wollte den Schwarzen nicht nur Chancen anbieten, sondern ihnen auch die tatsächliche Möglichkeit garantieren, sie wahrzunehmen.

Vor allem zwei Bereiche waren es, auf die sich die Versuche, Schwarzen angemessene Chancen über affirmative action zu verschaffen, konzentrierten:

121 Affirmative action beschränkt sich also nicht auf die Gruppe der Schwarzen; in der Praxis beziehen die meisten affirmative action-Pläne Angehörige ethnischer Minderheiten, wie z.B. Puerto-Ricaner, Personen hispanischer, indianischer und asiatischer Herkunft, und Frauen ein. Dennoch konzentriert sich die Diskussion um affirmative action - paradigmatisch - auf die Situation der Schwarzen. In der Diskussion ihrer Lage kristallisieren sich die Probleme am deutlichsten heraus, außerdem vereinfacht es die sprachliche Behandlung. Auch im folgenden werden die Schwarzen stellvertretend für alle betroffenen Gruppen stehen. Zu den Besonderheiten der Übertragbarkeit auf Frauen unten S. 288 ff.

122 Vgl. dazu mit Nachweisen Sullivan, S. 79 f.

123 Vgl. dazu Franks v. Bowman Transportation Co., Inc., 424 U.S. 747 (1976). Der Supreme Court billigte die Entscheidung der unteren Instanz, die einer Guppe schwarzer Lastwagenfahrer, die von dem Bowman-Transportunternehmen diskriminiert worden waren, rückwirkend ein höheres Dienstalter zuerkannte.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(Universitäts-)Ausbildung und Beschäftigungsmöglichkeiten. Ursprünglich waren mit affirmative action primär Maßnahmen gemeint, die sich darauf richteten, Schwarze als Bewerber für Arbeits- und Ausbildungsplätze zu gewinnen. Man versuchte, Stellenangebote stärker publik zu machen oder speziell Schwarze auf offene Stellen hinzuweisen. Begleitet wurden diese Maßnahmen teilweise von besonderen Förderkursen für Angehörige rassischer Minderheiten. Die Zulässigkeit dieses Bereichs von affirmative action-Maßnahmen wird kaum bestritten; überwiegend werden sie begrüßt.
Die eigentliche Kontroverse begann, als Firmen und Universitäten dazu übergingen, Zielvorgaben für die Anzahl von Angehörigen ethnischer Minderheiten und Zeitpläne für deren Durchsetzung zu entwickeln. Vielfach werden affirmative action-Pläne freiwillig im privaten Bereich, z.B. durch Verhandlungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern, angenommen. Doch insgesamt spielte die öffentliche Hand bei dem weitverbreiteten Einsatz von affirmative action eine wesentliche Rolle. Durch Verordnungen der Exekutive wurden Vertragspartner der öffentlichen Hand auf affirmative action verpflichtet; dies erfolgte zuerst 1961 durch eine Executive Order von Präsident Kennedy,[124] vor allem aber durch Johnsons Executive Order Nr. 11246.[125] Da zahlreiche Firmen Aufträge für die öffentliche Hand ausführen und fast alle Universitäten staatliche Zuschüsse erhalten, haben affirmative action-Programme in Amerika weite Verbreitung gefunden, und erste Erfolge zeichnen sich ab. Zwar wird fast durchgängig Kritik an der Ausgestaltung der Verfahren - insbesondere der Verfahren der Überwachung - geübt, deutlich treten aber die signifikanten positiven Auswirkungen hervor, die affirmative action für die betroffenen Gruppen im Arbeitsleben hatte.[126]
Fast alle der typischen Konfliktsituation aus den verschiedenen Bereichen, in denen Interessen von Schwarzen und von Weißen bei affirmative action kollidieren, sind inzwischen Gegenstand von Supreme Court-Entscheidungen gewesen. Die Sachverhalte geben einen guten Überblick über die Bandbreite möglicher affirmative action-Programme sowie über ihre konkrete Ausge-

124 Nr. 10925 vom 6.3.1961, die »affirmative steps« verlangte.
125 Vom 24.9.1965, die durch Order Nr. 11375 vom 13.10.1967 auf Frauen erweitert wurde. 41 C.F.R. 41 § 60-2.10: »An acceptable affirmative action program must include an analysis of areas within which the contractor is deficient in the utilization of minority groups and women, and further, goals and timetables to which the contractor's good faith efforts must be directed to correct the deficiencies and, thus to achieve prompt and full utilization of minorities and women, at all levels and in all segments of its work force where deficiencies exist«.
126 Kennedy, Persuasion, S. 1329 mit zahlreichen Nachweisen.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

staltung in verschiedenen Bereichen. Dies ist für die Diskussion in der Bundesrepublik von Interesse, da hier praktische Erfahrungen noch weitgehend fehlen.

Auch unter rechtlichen Gesichtspunkten bietet sich eine weitgehend chronologische Darstellung der tragenden Entscheidungsgründe an. Die affirmative action-Rechtsprechung fiel in die letzten zehn Jahre und damit in eine Zeitspanne, in der sich politische Zusammensetzung und Ausrichtung des Supreme Court wesentlich verändert haben. Präsident Reagan konnte ein Drittel der Richterstellen am Supreme Court sowie die Position des Chief Justice neu besetzen[127] und trug mit seiner Besetzungspolitik wesentlich zur konservativen Wende in den letzten Jahren bei.[128] Die neue konservative Ausrichtung zeigte sich in Änderungen der Rechtsprechung des obersten amerikanischen Gerichts in zahlreichen Bereichen und wirkte sich naturgemäß auch auf ein politisch so umstrittenes Thema wie affirmative action aus.

Keine der affirmative action-Entscheidungen ist einstimmig ergangen; häufig konnte sich die Mehrheit der Richter nur auf das Ergebnis, nicht aber auf eine Begründung einigen. Viele der Entscheidungen enthalten zahlreiche Voten, zustimmende und abweichende einzelner oder mehrerer Richter. Selbst das Votum des Richters, welcher eigentlich die Begründung der Mehrheit formulieren sollte, stellt oftmals eine Mischung aus vom Gericht in seiner Mehrheit angenommenen und nur von ihm, bzw. von ihm und einigen anderen Richtern, vertretenen Positionen dar. Die Rechtsprechungsanalyse kann sich daher im Regelfall nicht auf die »Meinung des Gerichts« beschränken, sondern muß sich häufig mit der Argumentation einzelner Richter auseinandersetzen.[129] Das Augenmerk gilt dabei vor allem drei Fragestellungen:

1. Abhängig von der Konstellation im Einzelfall hatte der Supreme Court affirmative action-Maßnahmen teils anhand des Gleichheitssatzes der Verfassung, teils anhand des Bürgerrechtsgesetzes von 1964 zu überprüfen. Es wird

127 Von den neun Richtern am Supreme Court im Jahre 1989 hatte Präsident Reagan drei ernannt: die Richterin O'Connor, die Richter Scalia und Kennedy, und machte Richter Rehnquist zum Chief Justice. Zwar kommt dem Senat nach Art. II, Sec. 2 [2] das Recht der Zustimmung zu, doch wird dies traditionell nur sehr zurückhaltend gehandhabt. Bei der Besetzung der letzten genannten Richterstellen wurde zwar einem vorgeschlagenen Kandidaten (Robert Bork) die Zustimmung versagt, dennoch bleibt der Einfluß des Senats begrenzt im Hinblick auf die Tradition und das Vorschlagsrecht des Präsidenten. Ein zweiter Kandidat, Douglas Ginsburg, schied schon aus, bevor es zur offiziellen Nominierung kam.

128 Vgl. dazu Tribe, Honorable Court.

129 Vgl. zu einem Einblick in die Arbeitsweise des Supreme Court: Woodward/Armstrong.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

daher zu beachten sein, ob und inwieweit sich die Kriterien der Zulässigkeit von affirmative action je nach Prüfungsgrundlage unterscheiden.
2. Bei der Zulässigkeit von affirmative action stellt sich zunächst die Frage, ob Weiße in gleichem Umfang wie Schwarze geschützt sind. Unterliegen auf die Rasse abstellende Maßnahmen, die Schwarze fördern, denselben Kriterien wie sie benachteiligende Regelungen? In die Dogmatik der equal protection-Klausel übersetzt, heißt dies zu fragen, auf welcher Ebene im dreistufigen gleichheitsrechtlichen Prüfungsmaßstab die Überprüfung von affirmative action anzusiedeln ist:[130] unterfallen affirmative action-Maßnahmen der strict scrutiny, die bisher bei Differenzierungen nach der Rasse agewendet wurde, oder ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle hier weniger intensiv?
3. Schließlich wird zu beachten sein, welche Gründe der Supreme Court zur Rechtfertigung von affirmative action heranzieht bzw. welchen Gründen er rechtfertigende Wirkung abspricht. Hieraus lassen sich gewisse Kriterien für die Zulässigkeit und Unzulässigkeit bestimmter Formen von affirmative action einerseits und andererseits Kriterien dafür gewinnen, unter welchen Bedingungen Institutionen berechtigt sind, affirmative action-Pläne zu entwickeln.

1. Die Bakke-Entscheidung

Die erste und zugleich die berühmteste Entscheidung des Supreme Court zu affirmative action ist die Entscheidung im Fall *Regents of the University of California v. Bakke*.[131] Die Konstellation im *Bakke*-Fall ist typisch für die Konfliktsituation, die affirmative action bei der Vergabe von Studienplätzen mit sich brachte. Abgewiesene weiße Bewerber machten geltend, daß sie allein wegen ihrer Hautfarbe nicht zum Studium angenommen worden seien, und fühlten sich dadurch in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt.[132]

130 Siehe zur verfassungsrechtlichen Dogmatik oben S. 208 ff.

131 438 U.S. 265 (1978); auszugsweise in deutscher Übersetzung: EuGRZ 1978, S. 522; vgl. dazu Hauser, Rassengleichheit, S. 542 und Besprechung von Beyerlin, Umgekehrte Rassendiskriminierung; aus dem nahezu unübersehbaren amerikanischen Schrifttum vgl. insbesondere: Tribe, Perspectives on Bakke, sowie die Aufsätze zum Symposion in 67 California L. Rev. (1979); zum Hintergrund der Entscheidung: Dreyfuss/Lawrence; mit einer ausführlichen Darstellung des Zustandekommens der Entscheidung im Supreme Court: B. Schwartz.

132 Schon 1974 hätte der Supreme Court Gelegenheit gehabt, eine Entscheidung in diesem Bereich zu fällen: DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974). Da die juristische Fakultät der Universität von Washington dem damals abgewiesenen Bewerber Marco deFunis nicht nur während des Rechtsstreits das Studium gestattet, sondern auch die Möglichkeit eines Ab-

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der *Bakke*-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. Die medizinische Fakultät der Universität von Kalifornien in Davis wählte ihre Studenten in zwei getrennten, voneinander relativ unabhängigen Verfahren aus. Im allgemeinen Aufnahmeverfahren wurden Bewerber, deren Noten aus dem College einen bestimmten Durchschnitt nicht erreichten, automatisch aus dem weiteren Verfahren ausgeschieden. Etwa jeder sechste Bewerber wurde sodann zu Gesprächen mit mehreren Fakultätsmitgliedern eingeladen, die ihn nach ihrem Gesamteindruck numerisch bewerteten. In diese Punktzahl flossen sowohl objektive Kriterien, wie Notendurchschnitt und Testergebnisse, als auch der im Gespräch und aus den eingesandten Unterlagen gewonnene Gesamteindruck von der Persönlichkeit des Bewerbers ein. Dabei wurden die Bewerber nicht strikt gemäß der so errechneten Punktzahl zugelassen; dem Auswahlkomitee und seinem Vorsitzenden stand ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.

Um die Defizite auszugleichen, die sich in den ersten beiden Jahren seit Gründung der medizinischen Fakultät ergaben – von insgesamt 100 Studienanfängern war im allgemeinen Auswahlverfahren nur ein Schwarzer aufgenommen worden -, hatte die Universität 16 Studienplätze für Angehörige von Minderheiten, die ökonomisch und/oder bildungsmäßig benachteiligt waren, bereitgestellt, die in einem speziellen Auswahlverfahren vergeben wurden.[133] Für das spezielle Auswahlverfahren war ein Sonderausschuß zuständig, und es gab keinen Mindestnotendurchschnitt zu erreichen. Ansonsten war das Auswahlverfahren ähnlich wie das allgemeine ausgestaltet. Ein Vergleich zwischen den Bewerbern beider Gruppen fand nicht statt.

Allan Bakke, ein Weißer, hatte sich 1973 und 1974 erfolglos um einen Medizinstudienplatz in Davis bemüht. Sein Notendurchschnitt, die Testergebnisse und die nach den Interviews verteilten Punkte lagen deutlich über dem Durchschnitt der im speziellen Auswahlverfahren zugelassenen Personen.[134] Nach seiner zweiten Ablehnung im Jahre 1974 erhob Bakke Klage beim

schlusses garantiert hatte, sah der Supreme Court die Streitfrage als erledigt an und ließ die Klage an der Zulässigkeit scheitern; dies freilich erst nach der mündlichen Verhandlung und unter heftiger Kritik von Richter Douglas.

133 1973 wurden diejenigen Bewerber im speziellen Auswahlverfahren geprüft, die auf dem Bewerbungsformular angaben, daß sie sich als »ökonomisch und/oder bildungsmäßig benachteiligt« betrachteten; 1974 diejenigen, die sich als Angehörige von Minderheiten bezeichneten, wozu die Fakultät augenscheinlich Schwarze, Amerikaner hispanischer Abstammung, Asiaten und Indianer zählte. Aber auch 1973 waren trotz der neutraleren Formulierung nur Angehörige von Minderheiten erfolgreich gewesen.

134 Seine Ergebnisse lagen freilich auch, wenn auch nicht so deutlich, über denen einiger im allgemeinen Verfahren zugelassener Bewerber.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Superior Court von California, auf die die Berufung zum Obersten Gericht von Kalifornien folgte. Beide Instanzen waren sich darin einig, daß das spezielle Auswahlverfahren der Universität in Davis verfassungswidrig sei; das Berufungsgericht ordnete zudem die Zulassung Bakkes zum Medizinstudium an.

Der Supreme Court bestätigte die Berufungsentscheidung teilweise, teils hob er sie auf, ohne daß sich die Richter auf eine gemeinsame Begründung einigen konnten. Richter Powell bestimmte, obwohl sich kein anderer Richter seiner Argumentation anschloß, maßgeblich das Ergebnis. Zusammen mit den Richtern Stevens, Burger, Rehnquist und Stewart kam er zu dem Schluß, daß das spezielle Auswahlverfahren der Universität unzulässig und Bakke zum Medizinstudium zuzulassen sei. Zusammen mit den Richtern Brennan, White, Marshall und Blackmun hob er die vorinstanzliche Entscheidung insoweit auf, als sie der Universität auch für die Zukunft untersagte, die Rasse eines Bewerbers bei der Vergabe von Studienplätzen zu berücksichtigen.

Der Gerichtshof setzte sich mit drei Fragenkomplexen auseinander: mit Bedeutung und Inhalt der einfachgesetzlichen Vorschrift des VI. Titels des Civil Rights Act von 1964, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ungleichbehandlungen, die die Beseitigung der Folgen früherer Rassendiskriminierung bezwecken, sowie der Zulässigkeit der konkreten Ausgestaltung des Auswahlverfahrens der kalifornischen Universität.

Titel VI des Civil Rights Act von 1964 garantierte damals im entscheidenden Absatz u.a., daß niemandem wegen seiner Rasse, Hautfarbe oder nationalen Herkunft die Vorteile eines Programmes, welches finanzielle Unterstützung aus Bundesmitteln erhält, untersagt werden dürfen.[135] Für das Votum von Richter Stevens[136] war der Fall durch einfache Subsumtion zu lösen. Unbestrittenerweise erhält die Universität in Davis Bundesmittel, ebenso eindeutig scheint ihm, daß Bakke vom Medizinstudium - einem Programm im Sinne des Gesetzes - wegen seiner Rasse durch das spezielle Auswahlverfahren ausgeschlossen wurde. Die Gesetzgebungsgeschichte sieht Stevens als Bestärkung der »natürlichen Bedeutung«[137] des Wortlautes; das spezielle Auswahlverfahren der Universität verstößt nach seiner Ansicht eindeutig gegen

135 Wortlaut des § 42 U.S.C. § 2000 d: siehe oben S. 222.
136 Dem sich die Richter Burger, Stewart und Rehnquist anschließen.
137 A.a.O., S. 418

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das einfache Gesetz. Zu verfassungsrechtlichen Fragen nimmt die Stevens-Gruppe somit konsequenterweise gar nicht mehr Stellung.[138]
Die weitere Erörterung beschränkt sich daher auf die Positionen Powells und der Brennan-Gruppe. Diese fünf Richter lesen die Entstehungsgeschichte von Titel VI anders. Ihnen erscheint klar, daß es dem Kongreß zum Zeitpunkt des Erlasses des Bürgerrechtsgesetzes allein um Maßnahmen zur Abschaffung der Diskriminierung von Schwarzen ging. Es habe 1964 keinen Anlaß gegeben, über hypothetische affirmative action-Maßnahmen zugunsten von Schwarzen nachzudenken. Trotz einiger Passagen in der Parlamentsdebatte, die von »Blindheit gegenüber der Hautfarbe« (colorblindness) sprechen, ergebe die Gesetzgebungsgeschichte insgesamt, daß Titel VI den verfassungsrechtlichen Standard inkorporiere.[139]
Die fünf Richter, die zu den verfassungsrechtlichen Fragen Stellung nehmen, sind sich - ganz in der Tradition der amerikanischen Rechtsprechung[140] - darin einig, daß die equal protection-Klausel kein absolutes Differenzierungsverbot wegen der Rasse enthalte, rassische Klassifizierungen also nicht per se verfassungswidrig sind.[141] Umstritten war zwischen Powell und der Brennan-Gruppe jedoch die Frage nach der angemessenen Prüfungsintensität. Differenzierungen wegen der Rasse zum Nachteil der Schwarzen werden dem strict scrutiny-Standard unterworfen. Bei der Auseinandersetzung darüber, ob rassische Differenzierungen zugunsten von Schwarzen verfassungsrechtlich anderen Kriterien unterworfen sind, ist das Verständnis von Funktion und Schutzzweck der besonderen Gleichheitsrechte von entscheidender Bedeutung. Soll der einzelne vor der Verwendung bestimmter Merkmale geschützt werden, kommt es auf die Frage, zu wessen Lasten oder Gunsten differenziert wird, nicht an. Dienen die besonderen Gleichheitssätze dagegen dem Schutz bestimmter, bisher benachteiligter Gruppen, ist es konsequent, unterschiedliche Kriterien anzulegen, je nachdem, ob eine Maßnahme Schwarze oder Weiße nachteilig trifft. Die unterschiedlichen Auffassungen hierzu kommen in den Voten von Powell und der Brennan-Gruppe deutlich zum Ausdruck.

138 A.a.O., S. 411 f. unter Berufung auf die Doktrin, daß die Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen zu vermeiden sei, wenn der Fall auf einfachgesetzlicher Ebene entschieden werden kann.

139 Powell, S. 287; die Brennan-Gruppe nimmt jedenfalls eine Übereinstimmung von gesetzlichem und verfassungsrechtlichem Standard »as applied to the case« (S. 328) an, setzt die Akzente aber schon insoweit deutlich anders als Powell.

140 Selbst bei strict scrutiny kann ein »compelling state interest« eine Differenzierung rechtfertigen, vgl. dazu den Überblick oben S. 208 ff.

141 Powell, S. 287; Brennan, S. 355 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Powell spricht sich eindeutig für ein Verständnis der equal protection-Klausel als individualrechtliches Differenzierungsverbot aus. Er beruft sich auf den Wortlaut der equal protection-Klausel, die dem einzelnen Gleichbehandlung garantiert,[142] sowie auf die Gleichheitsrechten immanente Symmetrie.[143] Alle Menschen hätten einen Anspruch auf Gleichbehandlung; es könne mit den vielzitierten Worten von Bickel nicht darauf ankommen, »wessen Ochse aufgespießt wird«.[144] Bewegt Powell zum einen die Vorstellung, daß Differenzierung nach der Rasse für alle Personen gleichermaßen problematisch ist, so hat er auch Zweifel daran, daß es mit verfassungsrechtlichen Methoden möglich sein soll, benachteiligte Gruppen zu identifizieren und den verfassungsrechtlichen Schutz, der ihnen zukommt, danach auszugestalten. Er verweist darauf, daß sich auch die weiße Mehrheit aus Minderheiten zusammensetzt, die teilweise selbst erhebliche Benachteiligung zu erleiden hätten. Schon die Bestimmung, wer Mehrheit und wer Minderheit sei, verlange politische und soziologische Untersuchungen und Wertungen; dies könne nicht in die Kompetenz von Gerichten fallen.[145] Nach Powells Ansicht unterfallen affirmative action-Maßnahmen daher dem strikten Prüfungsmaßstab.
Die Brennan-Gruppe sieht dagegen in der equal protection-Klausel nicht grundsätzlich das Verbot eines Merkmals, sondern fragt nach den Gründen, weshalb in der bisherigen Rechtsprechung bestimmte Klassifizierungen dem höchsten Maß an gerichtlicher Kontrolle unterzogen wurden. Die Richter stellen zunächst fest, daß Weiße - anders als Schwarze - keine Gruppe sind, die besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen. Weder seien Weiße als Gruppe jemals in der Geschichte bewußter Diskriminierung ausgesetzt worden, noch nähmen sie eine Position politischer Machtlosigkeit ein, die es erforderlich machen könnte, sie vor den politischen Entscheidungen

142 »It is settled beyond question that the ›rights created by the first section of the Fourteenth Amendment are, by its terms, guaranteed to the individual. The rights established are personal rights‹« (a.a.O., S. 289 - unter Berufung auf Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948), S. 22).

143 »The guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color. If both are not accorded the same protection, then it is not equal«, a.a.O., S. 289 f.

144 »The lesson of the great decisions of the Supreme Court and the lesson of contemporary history have been the same for at least a generation: discrimination on the basis of race is illegal, immoral, unconstitutional, inherently wrong, and destructive of democratic society. Now this is to be unlearned and we are told that this is not a matter of fundamental principle but only a matter of whose ox is gored. Those for whom racial equality was demanded are to be more equal than others. Having found support in the Constitution for equality, they now claim support for inequality under the same Constitution«, Bickel, S. 133.

145 Powell, a.a.O., S. 295 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Mehrheit zu schützen.[146] Auch würden Weiße durch affirmative action-Maßnahmen nicht etwa stigmatisiert oder zur minderwertigen Rasse deklariert. Strict Scrutiny scheint der Brennan-Gruppe daher nicht angemessen. Andererseits halten sie es auch nicht für ausreichend, affirmative action nur auf der niedrigsten Stufe verfassungsgerichtlicher Kontrolle, dem rational basis-Test, anzusiedeln. Auch Gesetze, die vorgeben, einer bisher diskriminierten Gruppe zu helfen, können in Wirklichkeit zu ihrem Nachteil sein; die Brennan-Gruppe erinnert an dem patriarchalischen System entstammende »Bevorzugungen« von Frauen.[147] Auch stimmt sie skeptisch, daß Rasse ein angeborenes, unveränderliches Merkmal ist, dessen Verwendung dem tiefen Glauben widerspricht, daß nachteilige Rechtsfolgen eine Beziehung zu persönlicher Verantwortlichkeit aufweisen müssen.[148] Dem Gesetzgeber könne daher nicht völlige Freiheit gelassen werden; ihnen scheint deshalb der mittlere Standard gerichtlicher Kontrolle angemessen.
Die Universität hatte zur Rechtfertigung ihres affirmative action-Programmes vorgetragen, daß es zur Behebung (remedy) vergangener gesellschaftlicher Diskriminierung notwendig sei. Der Brennan-Gruppe scheint diese Rechtfertigung jedenfalls dann ausreichend, wenn angenommen werden könne, daß die Unterrepräsentation von Minderheiten substantiell und chronisch sei und die nachteiligen Auswirkungen sich als Fortwirkung vergangener Diskriminierung darstellten.[149] Ob solche Diskriminierung vom Entscheidungsträger selbst oder von der Gesellschaft insgesamt begangen worden sei, sei unerheblich.[150] All diese Kriterien sehen sie hier als erfüllt[151] und die Zweck-Mittel-Relation als gewahrt[152] an; sie halten Ausgestaltung und

146 S. 357; vgl. zu diesen Theorien näher unten S. 277 ff.
147 S. 361.
148 S. 360.
149 S. 362.
150 S. 370 f.
151 Sie verweisen auf Statistiken, die belegen, daß 1950 wie 1970 lediglich 2,2% der Ärzte Schwarze waren; Schwarze stellten 1950 10% und 1970 11,1% der Bevölkerung. Sie verweisen auch auf die Rassentrennung in den Schulen, die wegen des anhaltenden Widerstandes gegen die *Brown*-Entscheidung noch lange Nachteile für die Schulbildung schwarzer Kinder mit sich brachte.
152 Es gebe keine praktikablen Methoden, mithilfe derer die Universität ihr Ziel in der voraussehbaren Zukunft, ohne auf Rasse abzustellen, erreichen könne. Stellte man auf andere Kriterien, wie etwa Armut oder Bildungsgrad der Eltern ab, würde dies wiederum vor allem Weißen zugute kommen. Zwar seien Schwarze in den unteren Schichten überproportional vertreten, in absoluten Zahlen dominierten aber in jeder denkbaren Kategorie Weiße. Zudem habe sich gezeigt, daß allein Rasse mit den Testergebnissen statistisch signifikant korreliere. Wirtschaftlich bevorzugte Schwarze erreichten schlechtere Ergebnisse als wirtschaftlich benachteiligte Weiße. Schließlich würden Rasse und spezielles Auswahlverfahren nicht unmittelbar gleichgesetzt; S. 376 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Handhabung des speziellen Auswahlverfahrens der Universität in Davis für in vollem Umfang mit der Verfassung vereinbar.
Powell reicht eine Rechtfertigung durch den Verweis auf die allgemeine gesellschaftliche Diskriminierung allein nicht aus. Es müsse spezifische Diskriminierung festgestellt werden; der Universität, deren Aufgabe allein die Ausbildung sei, fehle dazu aber die Kompetenz.
Als zwingendes staatliches Interesse, welches den Anforderungen der strict scrutiny genügen könnte, erscheint Powell aber die Schaffung ethnischer Vielfalt.[153] Der Austausch von Ideen und damit das Studium werde fruchtbar bei einer heterogenen Zusammensetzung der Studentenschaft (diversity). Eine optimale Ausbildung zu gewährleisten, sei nicht nur Aufgabe, sondern auch verfassungsmäßig geschütztes Recht der Universität.[154] Gleichwohl läßt er die konkrete Ausgestaltung des speziellen Auswahlverfahrens der Universität in diesem Fall an der Zweck-Mittel-Relation scheitern. Feste Quoten seien unzulässig. Stattdessen befürwortet Powell stark das sogenannte Harvard-Modell, nach welchem nicht zwei getrennte Auswahlverfahren nebeneinander herlaufen, sondern Rasse lediglich als Pluspunkt Berücksichtigung findet.[155]
Erstaunlich war das hohe Maß an gesellschaftlicher Akzeptanz, mit der die *Bakke*-Entscheidung in den Vereinigten Staaten aufgenommen wurde. Die Entscheidung wurde als staatsmännisch, ja salomonisch gepriesen. Sie rief keinen öffentlichen Aufschrei hervor, wie er auf andere, politisch ähnlich heiß umkämpfte Entscheidungen - z. B. Aufhebung der Rassentrennung in den Schulen, Abtreibung oder Schulgebet - gefolgt war. Diese Reaktion liegt vielleicht daran, daß sich das Gericht nicht auf eine der absoluten Positionen festgelegt, sonderen einen »goldenen Mittelweg« gewählt hat, der es beiden Seiten erlaubte, sich als Sieger zu fühlen: Rasse darf zwar als ein Faktor berücksichtigt werden, nicht aber der allein ausschlaggebende sein.[156]
Doch rief das Urteil auch Skepsis und Ablehnung bei einigen, insbesondere bei Angehörigen ethnischer Minderheiten, hervor. Das Votum des einzigen

153 S. 314; er hatte andere mögliche Rechtfertigungen als nicht ausreichend abgelehnt.
154 Hier verweist er auf das 1. Amendment, S. 312.
155 Als Appendix zu Powells Votum abgedruckt (S. 321 ff.). Harvard College bestimmt in einer Vorauswahl eine Gruppe von Bewerbern, die alle als qualifiziert zum Studium in Harvard zugelassen werden könnten. Da diese Gruppe immer noch die verfügbaren Studienplätze bei weitem übersteigt, wird dann nach weiteren Kriterien wie etwa speziellen künstlerischen oder sportlichen Talenten ausgewählt. Im Interesse der »diversity« habe dabei schon immer die geographische Herkunft eine Rolle gespielt. Aus dem gleichen Gedanken heraus wird nun auch die Berücksichtigung der ethnischen Herkunft gerechtfertigt.
156 Vgl. Tribe, Constitutional Choices, S. 222.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schwarzen Richters am Supreme Court, Thurgood Marshall, skizziert in aller Kürze und Härte die Geschichte der Unterdrückung der Schwarzen in Amerika und fährt fort:

> »I fear that we have come full circle. After the Civil War our government started several ›affirmative action‹ programs. This Court in the *Civil Rights Cases* and *Plessy v. Ferguson* destroyed the movement toward complete equality. For almost a century no action was taken, and this non-action was with the tacit approval of the courts. Then we had *Brown v. Board of Education* and the Civil Rights Acts of Congress, followed by numerous affirmative action programs. *Now*, we have this Court again stepping in, this time to stop affirmative action programs of the type used by the University of California«.[157]

Andere werfen den - weißen - Prozeßvertretern erhebliche Nachlässigkeit vor. Sie gehen davon aus, daß bei richtiger Vorbereitung des Prozesses Bakke hätte verlieren müssen.[158] Und schließlich wird der Universität selbst vorgeworfen, daß sie ihr Ziel nur halbherzig verfolgte. Man hätte das affirmative action-Programm damit legitimieren können - und dies wäre wohl auch von Powell als ausreichende Rechtfertigung angesehen worden[159] - daß die Tests von ihrer kulturellen Einbettung her eher auf Weiße ausgerichtet waren; in den USA ist seither die Frage eines »cultural bias« von Intelligenztests viel diskutiert worden. Die numerischen Testergebnisse könnten dann über die Studierfähigkeit von Schwarzen im Verhältnis zu Weißen gar nicht sinnvoll Auskunft geben.
Schließlich beschränken auch die, die das Urteil loben, ihr Lob zumeist auf das Ergebnis. Das Votum des Richters Powell, von niemandem geteilt und doch das einzige, welches die beiden widersprüchlichen Aussagen miteinander verbindet, kann dogmatisch nicht überzeugen. Indem Powell die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Rasse als Bonus bei der Vergabe von Stu-

157 S. 402; übersetzt: »Ich fürchte daß wir einen vollen Kreis beschrieben haben. Nach dem Bürgerkrieg begann unsere Regierung mehrere ›affirmative action‹-Programme. Dieses Gericht zerstörte in den *Civil Rights Cases* und *Plessy v. Ferguson* die Entwicklung hin zu voller Gleichheit. Nahezu ein Jahrhundert lang wurde nichts unternommen, und dieses Nichtstun wurde von den Gerichten stillschweigend gebilligt. Dann kamen *Brown v. Board of Education* und die Bürgerrechtsgesetze des Kongresses, gefolgt von zahlreichen ›affirmative action‹-Programmen. *Jetzt* tritt dieses Gericht wiederum dazwischen, diesmal, um ›affirmative action‹-Programmen wie dem der Universität von Kalifornien ein Ende zu bereiten«.

158 Vgl. Bell, Bakke, S. 4 f.; Delgado, S. 561 ff.; Chen; vgl. auch die Beschreibung der Hintergründe des Falles in: Dreyfuss/Lawrence: Bakke war keinesfalls der ideale Kandidat. Von zwei weiteren medizinischen Fakultäten war er als zu alt abgelehnt worden.

159 Vgl. S. 306, Anm. 43.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dienplätzen auf die akademische Freiheit der Universitäten stützte, beraubte er affirmative action ihrer eigentlichen Grundlage und Rechtfertigung. Jeglicher Zusammenhang zwischen affirmative action und Rassendiskriminierung wurde gelöst. Eine solche dogmatische Konstruktion läßt aber eine Begründung schwer vorstellen, weshalb Universitäten mit anderen pädagogischen Überzeugungen nicht eine homogene Studentenschaft anstreben und nur weiße Männer zulassen dürften. Auch erscheint fraglich, worin eigentlich die Vorzüge des Harvard-Modells - selbst für Gegner von affirmative action - liegen sollen, außer darin, daß es für die Öffentlichkeit weniger durchschaubar ist, nach welchen Kriterien die Universität auswählt. Davis scheiterte - dies legt Powells Argumentation nahe - an der Durchsichtigkeit seines Verfahrens - und damit seinem höheren Maß an Rechtsstaatlichkeit. Die *Bakke*-Entscheidung hatte nicht zur abschließenden Klärung der Zulässigkeit von affirmative action geführt. Die beiden gegensätzlichen Grundpositionen und die knappen Mehrheitsverhältnisse im Gerichtshof waren deutlich geworden; mit Spannung wurde die nächste Entscheidung erwartet.

2. Die Weber-Entscheidung

Fast auf den Tag genau ein Jahr später erging die nächste affirmative action-Entscheidung des Supreme Court.[160] Die Vereinigte Stahlarbeitergewerkschaft und die Kaiser Aluminium & Chemical Corporation schlossen 1974 einen Tarifvertrag, der für alle 15 Produktionsstätten des Unternehmens Gültigkeit hatte. Er enthielt unter anderem einen affirmative action-Plan, um die gravierende Unterrepräsentanz der Schwarzen, insbesondere unter den gelernten Arbeitskräften, zu beseitigen. Jeder einzelnen Produktionsstätte wurde zum Ziel gesetzt, den Anteil der Schwarzen unter den gelernten Arbeitern solange zu erhöhen, bis er in etwa ihrem Anteil an der örtlichen Arbeitnehmerschaft entsprechen würde. Um dieses Ziel zu erreichen, wurden Programme der betrieblichen Fortbildung neu eingerichtet, die ungelernten Arbeitern - Schwarzen und Weißen - die notwendigen Fähigkeiten beibringen sollten. 50 % der Fortbildungsplätze wurden für Schwarze reserviert.
In der Produktionsstätte in Gramercy, Louisiana, wurden 1974 für die betriebliche Weiterbildung 6 Weiße und 7 Schwarze ausgewählt.[161] Mehrere der

160 United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193; auszugsweise in deutscher Übersetzung: EuGRZ 1979, S. 502 m. Anm. Hauser; vgl. dazu Belton.

161 Vor 1974 waren dort von 273 gelernten Arbeitskräften nur 5 Schwarze gewesen (1,83 %), obwohl Schwarze 39 % der örtlichen Arbeitnehmerschaft ausmachten.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

abgewiesenen weißen Bewerber konnten eine längere Betriebszugehörigkeit, die grundsätzlich - innerhalb jeder rassischen Gruppe - ausschlaggebend war, aufweisen als einer der ausgewählten Schwarzen. Brian Weber, einer dieser abgewiesenen Weißen, erhob daraufhin Klage, gestützt auf eine Verletzung von Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes von 1964. Mit 5 zu 2 Stimmen hob der Supreme Court das Urteil der Vorinstanz, welche der Klage von Weber stattgegeben hatte, auf.

Die Mehrheit der Richter[162] betont zu Anfang, daß im vorliegenden Falle hoheitliches Handeln nicht betroffen sei, verfassungsrechtliche Fragen daher nicht zu erörtern seien.[163] Sie untersuchen somit allein, ob die gesetzliche Vorschrift von Titel VII die freiwillige Implementierung eines affirmative action-Plans verbietet. Während der Wortlaut von Titel VII ein solches generelles Verbot nahelegen könnte, beruft sich die Mehrheit auf Systematik,[164] Gesetzeszweck, gesetzgeberischen Willen und historischen Kontext. Nach ihrer Ansicht war Anliegen des Kongresses beim Erlaß des Bürgerrechtsgesetzes, der Notlage der Schwarzen im Arbeits- und Wirtschaftsleben abzuhelfen. Es wäre daher wahrlich ironisch zu nennen, »wenn ein Gesetz, ausgelöst durch die Besorgnis einer Nation über jahrhundertelange rassische Ungerechtigkeit und zu dem Zweck erlassen, die Lage derer zu verbessern, die ›so lange vom amerikanischen Traum ausgeschlossen gewesen waren‹, das erste gesetzgeberische Verbot aller freiwilliger, privater, rassenbewußter Bemühungen um die Abschaffung herkömmlicher Muster von Rassentrennung und -hierarchie darstellen sollte«.[165]

An diesem methodischen Vorgehen[166] und den Interpretationsergebnissen üben die abweichenden Voten eingehende und teils scharf formulierte Kritik. Rehnquist hält das Votum der Mehrheit besispielsweise für würdig des Redners in George Orwells Roman »1984«, der mitten in seiner Rede, ohne Pause oder Bruch in der Syntax, den Feind, gegen den er die Menge aufwiegelt, auswechselt.[167] Auch vergleicht Rehnquist die Mehrheitsmeinung in ihrem Abweichen von dem seines Erachtens klaren Wortlaut, der eindeutigen Ge-

162 In einem Votum von Richter Brennan.
163 S. 200.
164 Vgl. S. 205 ff., wo die Richter die Bedeutung von § 703 (j) hervorheben, der ausdrücklich klarstellt, daß Titel VII affirmative action nicht gebietet (dag. Rehnquist, S. 227 ff.).
165 S. 204 (Anmerkungen des Originals weggelassen).
166 Dazu vor allem das Votum des Vorsitzenden Richters Burger: er hält den Wortlaut des Gesetzes für so klar und eindeutig, daß es Aufgabe des Richters nur sein könne, diesem Wortlaut Geltung zu verschaffen (S. 216 ff.).
167 S. 219.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

setzgebungsgeschichte und einheitlichen Präzedenzfällen mit den Entfesselungskünsten eines Houdhini.[168] Nach Rehnquists Auffassung ist jede Ungleichbehandlung wegen der Rasse, und damit jede Form von affirmative action, vom Kongreß in Titel VII verboten worden.
Die Richter, die aus Titel VII zwar kein generelles Verbot aller affirmative action-Pläne ableiten, sehen in Titel VII dennoch keinen Freibrief für jegliche Form von affirmative action-Plänen. Sie sind der Ansicht, daß im vorliegenden Falle nicht endgültig entschieden zu werden brauche, wo die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger affirmative action verlaufe.[169] Vier Kriterien, die in späteren Entscheidungen immer wieder herangezogen werden, lassen die konkrete Ausgestaltung des affirmative action-Plans des Kaiser-Unternehmens klar als zulässiges affirmative action-Modell erscheinen:[170]
1. Der Zweck des affirmative action-Planes entspricht dem des Bürgerrechtsgesetzes, alte Strukturen von Rassentrennung und -hierarchie zu beseitigen.
2. Gleichzeitig beschneidet der Plan die Interessen der weißen Beschäftigten nicht unnötig stark. Weder wird ihre Entlassung verlangt, um die freigewordenen Plätze mit Schwarzen zu besetzen, noch wird eine absolute Sperre für ihr Fortkommen errichtet.
3. Der Plan dient nicht dazu, rassischen Proporz zu erhalten, sondern manifeste rassische Unausgewogenheit zu beseitigen.
4. Der Plan ist nur eine temporäre Maßnahme.

3. Die Fullilove-Entscheidung

1980 ging es wieder um die Zulässigkeit von affirmative action unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten.[171] Ein Bundesgesetz aus dem Jahre 1977 sah unter anderem vor, daß mindestens 10% von Bundesmitteln, die zur Finanzierung bestimmter örtlicher Vorhaben zur Verfügung gestellt werden, einem »minority business enterprise« (MBE) zugute kommen müssen. Unter einem MBE wurden solche Unternehmen verstanden, die zumindest zu 50% im Eigentum und unter der Kontrolle von Schwarzen, Spanischsprechenden, Asiaten, Indianern, Eskimos oder Bewohnern der Aleuten standen. Es bestand die Möglichkeit einer Befreiung von dieser Auflage durch die Verwal-

168 S. 222.
169 S. 208.
170 S. 208 f.
171 Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980); auszugsweise in deutscher Übersetzung EuGRZ 1980, S. 604 m. Anm. Beyerlin; vgl. dazu Days.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

tung. Einige Bauunternehmerverbände erhoben Klage gegen dieses Gesetz. Mit 6 zu 3 Stimmen lehnte der Supreme Court einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz ab. Die Begründung der Mehrheit fiel allerdings wiederum nicht einheitlich aus. Das Votum von Chief Justice Burger, dem sich die Richter White und Powell anschließen, sieht den Zweck des Gesetzes darin sicherzustellen, daß Empfänger von Bundesmitteln bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht Methoden anwenden, die zur Perpetuierung früherer Diskriminierungen gegenüber Minderheiten-Unternehmen führen.[172] Die Richter betonen, wie umfangreich die Belege für frühere staatliche Diskriminierungen gegenüber von Minderheiten geführten Unternehmen und ihre Fortwirkungen auf die heutige Zeit sind.[173] Sie halten den Kongreß für funktionell und institutionell zuständig, Feststellungen über frühere Diskriminierungen zu treffen und dementsprechend Abhilfe zu schaffen.[174] Die konkrete Ausgestaltung des Gesetzes in Form einer Zehnprozentquote scheint ihnen zulässig, da sie ausreichend genau auf das Problem zugeschnitten sei.[175] Dabei beziehen die Richter in ihre Erwägungen ein, daß die MBE-Vorschriften dazu führen können, daß einige Aufträge an MBEs vergeben werden, die sonst andere Unternehmen - die vielleicht selbst für frühere Diskriminierung nicht verantwortlich sind - erhalten hätten. Die bloße Enttäuschung von Erwartungen bei »Nichtminderheiten-Unternehmen« führe indes nicht zur Verfassungswidrigkeit. Bei der Schaffung begrenzter Abhilfemaßnahmen, um die Auswirkungen früherer Diskriminierung zu heilen, sei ein solches »Mittragen der Last« durch unschuldige Dritte zumutbar.[176] Die drei Richter betonen zum Schluß ihres Votums, daß sie sich weder explizit noch implizit auf intermediate oder strict scrutiny als Maßstab gerichtlicher Kontrolle für affirmative action festlegen wollen.[177] Sie halten auch bei intensivster verfassungsgerichtlicher Kontrolle das vom Kongreß erlassene Gesetz für verfassungsgemäß.

Die Richter Marshall, Brennan und Blackmun, die das Ergebnis mittragen, führen - wie schon in ihrem Votum in der *Bakke*-Entscheidung - die Gründe an, weshalb stigmatisierende Diskriminierungen anders zu beurteilen seien

172 S. 473.
173 S. 477 f.
174 S. 472 ff.
175 S. 480 ff.
176 S. 484 f.
177 Powell stellt freilich in seinem zusätzlichen, zustimmenden Votum klar, daß er wie schon in seinem Votum in der *Bakke*-Entscheidung die intensivste Prüfungsstufe, wann immer Differenzierungen nach der Rasse betroffen sind, anwenden will (S. 495 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

als Differenzierungen nach der Rasse, die versuchen, den bisher Benachteiligten zu helfen. Um andererseits Mißbrauch zu vermeiden, plädieren sie wiederum für die Anwendung der mittleren Prüfungsstufe, der das Gesetz in vollem Umfang genüge.[178]
Die Richter Stewart und Rehnquist sprechen sich in ihrer abweichenden Meinung dagegen eindeutig für ein Verständnis der equal protection-Klausel als absolutem Differenzierungsverbot aus. Nach der Rasse differenzierende Maßnahmen ließen sie allenfalls unter ganz eng umschriebenen, der Beseitigung konkreter Auswirkungen früherer illegaler Rassendiskriminierung dienenden Bedingungen zu, denen das vorliegende Gesetz nicht genüge.[179] Richter Stevens hingegen bestreitet die Verhältnismäßigkeit des Gesetzes.[180]
Die *Fullilove*-Entscheidung war ein klarer Sieg für die Befürworter von affirmative action. Immerhin 6 Richter hatten eine feste Quote (freilich mit Befreiungsmöglichkeit) für verfassungsgemäß gehalten. Offen blieb jedoch, für wie bedeutsam es die Gruppe um den Chief Justice hielt, daß hier ein Gesetz des Kongresses und nicht das Handeln einer Behörde Gegenstand der Entscheidung war. Die dogmatische Frage, welchem Prüfungsmaßstab affirmative action zu unterwerfen war, ließ auch *Fullilove* ungeklärt.

4. Die Stotts-Entscheidung

In der *Stotts*-Entscheidung[181] wurde eine affirmative action-Maßnahme im Ergebnis für unzulässig gehalten. Diesmal konnte sich die Mehrheit - zumindest teilweise - auch auf eine Begründung einigen; deren Aussagekraft für andere affirmative action-Pläne war jedoch wegen der besonderen Fallkonstellation gering.
Die städtische Feuerwehr in Memphis, Tennessee, war 1977 von Stotts, stellvertretend für eine ganze Gruppe von Schwarzen (class action), wegen Diskriminierung bei der Einstellung und Beförderung von Angehörigen rassischer Minderheiten verklagt worden. 1980 kam es zu einem Prozeßvergleich, in dem die Stadt der Beförderung von 13 bestimmten Personen zustimmte, weiteren Beschäftigten Nachzahlungen versprach und einen affirmative

178 Sie bezeichnen die 10%-Quote als »plainly constitutional« und fahren fort: »Indeed, the question is not even a close one« (S. 519).
179 S. 527 f.
180 S. 532 ff., insb. 552 ff.
181 Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984); vgl. dazu Fisch; Hernandez; Fallon/Weiler.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

action-Plan einrichtete.[182] Die Stadt erkannte allerdings vorheriges rechtswidriges Diskriminierungsverhalten nicht an, und die Kläger verzichteten auf weitere Rechtsmittel. Das Gericht, welches den Vergleich bestätigte, behielt die Kompetenz für den Erlaß weiterer Anordnungen, die sich zur Verwirklichung der Zwecke des Vergleichs als nötig oder angemessen erweisen würden. Ein Jahr nach dem Abschluß des Vergleichs wurden wegen finanzieller Schwierigkeiten Entlassungen erforderlich. Diese Entlassungen sollten nach dem Prinzip der Dauer der Betriebszugehörigkeit (seniority) erfolgen, was die Anzahl der erst kürzlich eingestellten Schwarzen erheblich verringert und die Vorteile der Kläger aus dem Vergleich praktisch zunichte gemacht hätte. Auf Antrag von Stotts ordnete das Gericht an, daß Entlassungen nicht zu einer Verminderung des prozentualen Anteils von Schwarzen führen dürften. Die Stadt und die Gewerkschaft der Feuerwehr gingen erfolglos in die Berufung. Vor dem Supreme Court waren sie mit 6 zu 3 Stimmen erfolgreich.
Die Entscheidung beschäftigt sich vor allem mit Problemen der Zulässigkeit[183] und dem Umfang der Kompetenzen des District Court.[184] Da der Vergleich selbst über die Entlassung von Beschäftigten keine Regelung enthielt, ging es um die Frage, wieweit ein District Court in der Lage ist, einen Vergleich zu ergänzen bzw. veränderten Umständen anzupassen. Nach Ansicht von fünf Richtern mußte die hier vorgenommene Modifikation des Vergleichs jedenfalls schon daran scheitern, daß das Gericht, selbst wenn die Kläger im Ausgangsverfahren systematische Diskriminierung seitens der städtischen Feuerwehr hätten nachweisen können, nicht berechtigt gewesen wäre, das Dienstaltersystem der Stadt anzutasten. Aus § 703 (h) des Titel VII des Civil Rights Act von 1964, der ausdrücklich bona-fide-seniority schützt, in Verbindung mit § 706 (g), der die möglichen Rechtsfolgen nachgewiesener Diskriminierung festlegt, folgert die Mehrheit,[185] daß eine höhere Dienstaltereinstufung (competitive seniority) nur dem zugesprochen werden könne, den das Gericht individualisiert als Opfer rechtswidriger Diskriminierungs-

182 Der affirmative action-Plan sah eine fünfzigprozentige Zielquote hinsichtlich von Einstellungen und eine zwanzigprozentige Quote bei Beförderungen vor. Der Vergleich ähnelte insgesamt einem schon 1974 geschlossenen Vergleich, der einen von der Bundesverwaltung angestrengten Rechtsstreit bezogen auf die gesamte Stadt beendet hatte.

183 Insbesondere die Frage der Erledigung des Rechtsstreits (mootness) ist zwischen Mehrheit und Minderheit heftig umstritten, da alle weißen Feuerwehrleute, die von dem Abweichen von der Entlassung nach dem Prinzip der seniority betroffen waren, nach einem Monat wieder eingestellt worden waren.

184 Allein darauf stützt Richter Stevens seine Zustimmung zum Ergebnis, S. 590 ff.

185 Dagegen heftig Blackmun, dem sich Marshall und Brennan anschließen, in seinem abweichenden Votum, S. 612 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

handlungen anerkannt habe.[186] Dabei läßt die Mehrheit aber ausdrücklich die Frage offen, ob eine Modifizierung des Senioritätsprinzips auf freiwilliger Grundlage durch die Stadt selbst hätte zulässig sein können.[187]

5. *Die Entwicklung seit 1986*

Auch in den neueren Entscheidungen wurden affirmative action-Maßnahmen teils für zulässig, teils für unzulässig erklärt. Die *Wygant*-Entscheidung[188] beantwortete die Frage, die die Mehrheit in der *Stotts*-Entscheidung offengelassen hatte, mit einem »in der Regel nein«. In einem zwischen einer öffentlichen Schule und einer Lehrergewerkschaft ausgehandelten Tarifvertrag fand sich eine Regelung, die affirmative action bei Entlassungen vorsah; grundsätzlich wurde nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit entlassen, doch sollte nie ein höherer Prozentsatz von Angehörigen von Minderheiten entlassen werden als von den zur Zeit dort beschäftigten Weißen. Der Supreme Court entschied mit 5 zu 4 Stimmen, daß diese Regelung gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstoße.
In der *Wygant*-Entscheidung sind es nun vier Richter, die sich auf die Anwendung von strict scrutiny als Prüfungsmaßstab bei affirmative action festlegen.[189] Diese vier Richter weisen eine Bezugnahme auf allgemeine gesellschaftliche Diskriminierung als zu »amorphe Grundlage« zurück.[190] Sie bestehen darauf, daß der Schulbezirk in Jackson nur seine eigene Diskriminierung durch affirmative action beseitigen dürfe; hierfür sind ihres Erachtens ausreichende Feststellungen nicht getroffen worden. Gegen dieses Argument wenden sich die dissentierenden Richter sowohl hinsichtlich der im konkreten Fall gegebenen tatsächlichen Verhältnisse als auch aus grundsätzlichen Erwägungen. Verlange man das ausdrückliche Eingeständnis früherer Diskriminierung oder ihre formelle Feststellung durch Gerichte, führe dies zu einer völligen Mißachtung der Ziele der Bürgerrechtsreformen, nämlich

186 S. 578 ff.
187 S. 583.
188 Wygant v. Jackson Board of Education, 106 S.Ct. 1842 (1986).
189 Die Richter Burger, Powell, Rehnquist und O'Connor. O'Connor betont aber in ihrer concurring opinion, daß sie den Unterschied zwischen intermediate und strict scrutiny für im Ergebnis so gravierend nicht halte, da zumindest einige Kernaussagen übereinstimmend getroffen werden könnten (S. 1853 f.).
190 S. 1848.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Integration der Schulen zu erreichen, ohne jeden Schulbezirk vor Gericht zerren zu müssen.[191]

Vor allem betonen vier Richter[192] aber, daß affirmative action bei Entlassungen nie verfassungsgemäß sein könne. Zwar sei es möglicherweise notwendig, daß auch unschuldige Personen Nachteile in Kauf nehmen müßten, um frühere Diskriminierung wiedergutzumachen.[193] Im Falle von Zielvorgaben bei der Einstellung würden diese Nachteile auf viele Schultern verteilt, bei Entlassungen dagegen werde die ganze Last auf bestimmte Personen konzentriert und führe häufig zu einer sehr gravierenden Belastung. Dies sei nicht erforderlich und genüge daher nicht der Verhältnismäßigkeit.[194] Die dissentierenden Richter verweisen dagegen darauf, daß »sowohl aus logischen wie aus tatsächlichen Gründen affirmative action bei der Einstellung überhaupt keinen Zweck verfolgen könne, wenn sie durch Entlassungen konterkariert werde«.[195]

Die beiden anderen affirmative action-Entscheidungen des Jahres 1986[196] knüpften an die andere Seite der Konstellation in *Stotts* an: inwieweit ist affirmative action zulässig als »Ergebnis« oder »Lösung« von Rassendiskriminierungsklagen seitens betroffenener Minderheiten?

In der *Sheet Metal Workers*-Entscheidung ordnete ein Bundesgericht an, daß eine Metallarbeitergewerkschaft, die erwiesenermaßen jahrzehntelang Schwarze und Hispanier diskriminiert hatte, eine bestimmte Mitgliederquote von Nicht-Weißen innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erreichen habe.[197] Als die Gewerkschaft über ein Jahrzehnt hin den Anordnungen des

191 S. 1863. Durch ein Eingeständnis eigenen diskriminierenden Verhaltens setzen sich die Institutionen den Klagen der früher Diskriminierten aus. Von daher könne man ein solches kaum erwarten (S. 1862 f.; dagegen aber O'Connor, S. 1855 ff.).

192 Powell, Burger, Rehnquist S. 1850 ff.; White, S. 1857 f.

193 S. 1850.

194 Auch O'Connor hält die Maßnahme nicht für erforderlich. Die Quote war an dem Prozentsatz der nichtweißen Schüler festgemacht worden, während sie allein eine Quote, die an die Verfügbarkeit von nichtweißen Lehrern anknüpfte, für akzeptabel halten würde (S. 1857).

195 S. 1864.

196 Local 28, Sheet Metal Workers' International Association v. Equal Employment Opportunity Commission, 106 S. Ct. 3019 (1986); Local No. 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland, 106 S. Ct. 3063 (1986); vgl. zu einer ausführlicheren Besprechung der drei Fälle des Jahres 1986: Sullivan; Lamber, Observations; Clague; H. Schwartz.

197 In den USA sind an die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft häufig gravierende Folgen geknüpft; beispielsweise gibt es closed-shop-Einrichtungen, manche Gewerkschaften bieten für bestimmte Berufssparten zwingend vorgeschriebene Ausbildungsgänge an, teils kommen die in Tarifverträgen ausgehandelten Bedingungen nur Gewerkschaftsmitgliedern zugute.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gerichtes zuwiderhandelte und weiter gegen Angehörige ethnischer Minderheiten diskriminierte, wurde sie wegen »contempt of court« zu einer Geldbuße verurteilt.[198] Der Antrag der Gewerkschaft, festzustellen, es liege nicht in der Kompetenz eines Gerichtes, Quoten festzulegen, blieb vor dem Supreme Court erfolglos.

Mit 5 zu 4 Stimmen sah der Gerichtshof hierin weder eine Verletzung von § 706 (g) von Titel VII des Civil Rights Act von 1964[199] noch einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Auch wenn die Mehrheit des Gerichtshofes betonte, die Anordnung von Quoten sei nicht immer zulässig, in Anbetracht der »ungeheuerlichen (egregious)«[200] Diskriminierung seitens der Gewerkschaft billigte sie im vorliegenden Fall das Vorgehen des Untergerichts.

Die *Firefighters*-Entscheidung hatte einen Vergleich zum Gegenstand, den die Stadt Cleveland abgeschlossen hatte, um einen Prozeß wegen Rassendiskriminierung von schwarzen und hispanischen Feuerwehrleuten beizulegen. Der Vergleich enthielt Quoten für die Beförderung von Nicht-Weißen bei der Feuerwehr. Die Gewerkschaft der Feuerwehrleute war dem Rechtsstreit beigetreten und lehnte den Vergleich ab. Sie war der Ansicht, daß die Grenzen, die § 706 (g) den Gerichten zog, durch die Genehmigung des Vergleichs überschritten waren. Der Supreme Court betonte, daß der Abschluß eines Vergleichs freiwillig sei, und entschied mit 6 zu 3 Stimmen, daß in einem Vergleich auch Personen Vorteile zugesprochen werden könnten, die nicht selbst Opfer der diskriminierenden Praktiken des Arbeitgebers gewesen waren.[201] Der Gerichtshof überprüfte die materielle Richtigkeit des Vergleiches nicht, sondern hatte nur die Frage zu beurteilen, ob der District Court gehindert gewesen war, dem Vergleich zuzustimmen. In einer ungewöhnlich klaren und einheitlichen Begründung kommt die Mehrheit zu dem Schluß, daß die

198 Mit der Geldbuße in Höhe von $ 150.000 wurde ein Fond eingerichtet zu dem Zweck, die Mitgliederzahl nichtweißer Lehrlinge in dem Ausbildungsprogramm der Gewerkschaft zu erhöhen.

199 § 706 (g) bestimmte u.a.: »No order of the court shall require the admission or reinstatement of an individual as a member of a union, or the hiring, reinstatement, or promotion of an individual as an employee, ... if such individual was refused admission, suspended, or expelled, or was refused employment or advancement or was suspended or discharged for any reason other than discrimination on account of race, color, religion, sex, or national origin ...«. Mit der Auslegung dieser Vorschrift beschäftigte sich der größte Teil der Entscheidung und des Dissentes.

200 S. 3050 (plurality opinion); S. 3055 (Powell, concurring in part and concurring in the judgement).

201 S. 3066.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grenzen des § 706 (g) auf einen Vergleich nicht anwendbar und eine Zustimmung der Gewerkschaft zu dem Vergleich nicht erforderlich war.
Auch in der 1987 ergangenen *Paradise*-Entscheidung[202] ging es um die Kompetenz eines Gerichtes, Quoten anzuordnen. 1972 war das Department für öffentliche Sicherheit des Staates Alabama für schuldig befunden worden, über fast vier Jahrzehnte hinweg systematisch Schwarze von Stellen der staatlichen Truppen (state trooper) ausgeschlossen zu haben. Trotz einer gerichtlichen Entscheidung, die weitere Diskriminierung untersagt und eine Zielvorgabe für die Einstellung angeordnet hatte, waren bis 1979 keine Schwarzen in höhere Ränge aufgestiegen. Auch in den folgenden Jahren zeigte sich das Department nicht willens, den gerichtlichen Anordnungen Folge zu leisten. Schließlich[203] ordnete das Gericht vorübergehend eine 50%-Quote für Beförderungen an. Mit 5 zu 4 Stimmen hielt der Supreme Court diese Maßnahme für verfassungsgemäß. Die Mehrheit legte sich wiederum nicht auf den Prüfungsmaßstab fest, sondern betonte, daß in diesem Fall selbst bei der Anwendung von strict scrutiny kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliege. Die 50%-Quote diente im vorliegenden Fall nicht nur dem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut der Beseitigung von Rassendiskriminierung, sondern außerdem dem Interesse an der Durchsetzung von Gerichtsentscheidungen.[204] Die Behörde hatte selbst eindeutig und über lange Zeit hinweg diskriminiert, sich zudem über bestehende, weniger einschneidende gerichtliche Anordnungen hinweggesetzt, so daß auch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach Ansicht der Mehrheit nicht zur Annahme eines verfassungsrechtlichen Verstoßes führen konnte.[205]
Der ebenfalls im Jahr 1987 entschiedene Fall *Johnson v. Transportation Agency*[206] knüpfte an die Konstellation in der *Weber*-Entscheidung an und bestätigte die Zulässigkeit freiwilliger affirmative action-Maßnahmen unter den in der *Weber*-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen. Die Verkehrsbehör-

202 United States v. Paradise, 107 S. Ct. 1053 (1987).
203 Zwölf Jahre, nachdem das Gericht dem Department Rassendiskriminierung untersagt hatte stellte sich die Situation wie folgt dar: unter 6 Majoren kein Schwarzer, unter 25 Hauptleuten kein Schwarzer, unter 35 Leutnants kein Schwarzer, unter 65 Sergeanten kein Schwarzer, unter 66 Korporälen - 4 Schwarze.
204 S. 1066 ff. (plurality opinion).
205 Hiergegen richtet sich der Dissens, der die Maßnahme nicht für »narrowly tailored« hält, S. 1080 ff.
206 Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California, 107 S. Ct. 1442 (1987); auszugsweise in deutscher Übersetzung: EuGRZ 1989, S. 404 mit Anmerkung Mengel; vgl. dazu auch Coen, S. 2043 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

de in Santa Clara County hatte einen affirmative action-Plan eingerichtet, der langfristige Zielvorgaben, nicht aber starre Quoten für bestimmte Positionen, in denen Frauen und Schwarze gravierend unterrepräsentiert waren, enthielt. Für die Position eines »road dispatcher«, die im Klassifizierungssystem der Verkehrsbehörde als gehobene Position angesehen wurde, hatten sich mehrere Bedienstete des Landkreises beworben. Sieben Bewerber wurden im Rahmen der Vorauswahl als qualifiziert angesehen. Der Leiter der Behörde, dem die Auswahl unter den Qualifizierten oblag, sprach die Stelle einer Frau zu. In seine Entscheidung waren mehrere Faktoren eingeflossen, darunter auch affirmative action-Überlegungen. Gegen die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Beförderungsentscheidung wehrte sich ein abgewiesener männlicher Bewerber.[207] Der Supreme Court bestätigte mit 6 zu 3 Stimmen die Zulässigkeit der Beförderungsentscheidung.
Die Mehrheit des Gerichtshofs[208] prüft und billigt den affirmative action-Plan der Verkehrsbehörde anhand der in der *Weber*-Entscheidung aufgestellten Kriterien.[209] Zum einen sei bei freiwilliger affirmative action nicht erforderlich, daß der Arbeitgeber auf eigene diskriminierende Praktiken verweise.[210] Es reiche zur Rechtfertigung die Existenz eines »manifesten Ungleichgewichts« in einer »herkömmlich segregierten Stellen-Kategorie« aus; diese liege hier unzweifelhaft vor.[211] Zum zweiten benachteilige der Plan die Interessen der männlichen Beschäftigten nicht über Gebühr und stelle keine absolute Barriere für ihr Fortkommen dar. Der Plan setze keine festen Quoten fest, sondern ähnele dem Harvard-Modell bei der Zulassung zum College insoweit, als das Geschlecht nur als Bonus berücksichtigt werden könne. Auch habe der männliche Bewerber keinen Anspruch auf die Beförderung gehabt.[212] Schließlich bezwecke der Plan, eine ausgewogene Belegschaft erst zu

207 Er hatte von dem Komitee, welches über die Vorauswahl der Kandidaten entschied, 75 Punkte bekommen und war damit zusammen mit einem anderen an zweiter Stelle, während Frau Joyce an nächster Stelle nur 73 Punkte bekommen hatte. Der Leiter der Behörde führte aber aus, daß er diesem geringen Punktunterschieden nur geringe Bedeutung beigemessen hatte (S. 1448 f.). Außerdem waren Zweifel an der Objektivität eines der Mitglieder des Komitees gegenüber Joyce geweckt worden; er hatte sie u.a. als »rebel-rousing, skirt-wearing person« bezeichnet; vgl. S. 1448, Anm. 5.

208 Die Richter Brennan, Marshall, Blackmun, Powell und Stevens; Richterin O'Connor stimmte nur im Ergebnis zu, S. 1460 ff.

209 Siehe oben S. 246 ff.

210 S. 1451 ff.

211 Die Segregierung zeigte sich sehr deutlich darin, daß 110 der 145 Büro- und Schreibkräfte Frauen waren, während Frauen nur 2 der 18 Officials and Administrators, 5 der 58 Professionals, 12 der 124 Techniker, keine der Skilled Craft Worker und eine - Frau Joyce - der Road Maintenance Worker ausmachten.

212 S. 1455.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schaffen, nicht etwa einen Geschlechterproporz zu erhalten. Somit sei auch das Erfordernis der zeitlichen Begrenzung erfüllt. Zwar enthalte der Plan keinen festen Zeitpunkt für sein Außerkrafttreten wie dies bei affirmative action-Plänen mit starren Quoten erforderlich sein möge; in Anbetracht der flexiblen, moderaten und graduellen Herangehensweise im vorliegenden Fall sei aber deutlich, daß die Behörde den Plan lediglich so lange anwende, bis das Ziel einer ausgewogenen Belegschaft erreicht sei.[213]

Die abweichende Meinung kritisiert die Entscheidung heftig. Sie sieht in dem Verzicht auf den Nachweis eigener Diskriminierung durch den Arbeitgeber einen Widerspruch zur im Vorjahr ergangenen *Wygant*-Entscheidung.[214] Es dürfe als Rechtfertigung von affirmative action-Maßnahmen nicht ausreichen, daß »gesellschaftliche Ansichten den Eintritt bestimmter Rassen oder eines bestimmten Geschlechts in gewisse Stellenkategorien verhindert haben«. Auch die Übertragung der Prinzipien der *Weber*-Entscheidung, die zu affirmative action seitens Privater ergangen war, auf öffentliche Arbeitgeber wird von der Minderheit angegriffen,[215] da der Staat außer an die gesetzliche Vorschrift des Titel VII auch an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz[216] gebunden sei.[217] Eigentliches Anliegen der abweichenden Meinung ist es jedoch, die Rechtsprechung zu ändern, affirmative action grundsätzlich für unzulässig zu erklären und somit auch die *Weber*-Entscheidung selbst als Präzedenzfall aufzuheben (overrule).[218]

Im Jahr 1989 setzte sich eine konservative Mehrheit im Gerichtshof in einer Reihe von Diskriminierungsfällen durch: es wurde schwieriger, Diskriminierungsklagen zu gewinnen[219] und leichter, affirmative action-Pläne zu Fall zu bringen. Die praktisch bedeutsame Entscheidung im Fall *Martin v. Wilks*[220] ermöglichte es einer Gruppe von weißen Feuerwehrleuten, einen im Rah-

213 S. 1456.
214 S. 1469.
215 S. 1471 f.
216 Vgl. zur Frage, ob sich verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Kontrollmaßstäbe unterscheiden: Lally-Green; Adelman.
217 Die Mehrheit verweist demgegenüber darauf, daß verfassungsrechtliche Fragen von den Parteien nicht vorgetragen worden sind, so daß sich die Entscheidung auf die Reichweite von Titel VII begrenze, S. 1446, Anm. 2; vgl. aber auch die Meinung von Richterin O'Connor, die die Entscheidung auch auf verfassungsrechtlicher Ebene gerechtfertigt sieht (S. 1460 ff.).
218 S. 1472 (Scalia dissenting, joined by Chief Justice Rehnquist), S. 1465 (White, dissenting).
219 Vgl. Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 109 S.Ct. 2115 (1989); Lorance v. AT&T Technologies, 109 S.Ct. 2261 (1989); Patterson v. McLean Credit Union, 109 S.Ct. 2363 (1989); vgl. aber auch Price Waterhouse v. Hopkins, 109 S.Ct. 1775 (1989).
220 109 S.Ct. 2180 (1989).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

men eines Verfahrens wegen Diskriminierung zwischen öffentlichem Arbeitgeber und (schwarzen) Klägern geschlossenen Vergleich, der auch affirmative action-Maßnahmen vorsah, anzugreifen, obwohl sie sich an dem Ausgangsverfahren nicht beteiligt hatten. Aufsehen aus dogmatischen Gründen erregte aber die Entscheidung im Fall *City of Richmond v. Croson Co.*[221] Erstmals legte sich eine Mehrheit von fünf Richtern auf strict scrutiny bei der Überprüfung von affirmative action-Maßnahmen anhand der equal protection-Klausel fest. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, der eigentlich schon entschieden schien. Die Stadt Richmond hatte - parallel zu dem Bundesgesetz, welches der Supreme Court im Fall *Fullilove* mit deutlicher Mehrheit gebilligt hatte - eine Rechtsverordnung erlassen, die bestimmte, daß 30% der Gelder aus öffentlichen Aufträgen Minority Business Enterprises (MBE) zufließen mußten. Unter MBE waren - ähnlich wie in *Fullilove* - Unternehmen gefaßt, die zu mindestens 51% im Eigentum von Angehörigen bestimmter Minderheitengruppen standen und von ihnen auch kontrolliert wurden. Als Minderheitengruppen in diesem Sinne galten amerikanische Staatsbürger, die Schwarze, Spanisch-Sprechende, Orientalen, Indianer, Eskimos oder Aleuten waren. Es gab auch die Möglichkeit einer Befreiung von dem Erfordernis, zu 30% Aufträge an MBEs als Subunternehmer zu geben. Eine Befreiung war dem Kläger, der den Auftrag für einige Installationen im städtischen Gefängnis erhalten hatte, im Ausgangsfall aber verwehrt worden, obwohl das einzige Angebot eines MBE an den Kläger deutlich über dem Marktpreis lag. Der Kläger hielt die Verordnung an sich und ihre Anwendung auf seinen Fall für verfassungswidrig. Die Klage war vor dem Supreme Court mit 6 zu 3 Stimmen erfolgreich.

Den Unterschied zur *Fullilove*-Entscheidung erklären die Richter der Mehrheit, die an *Fullilove* festhalten wollen, vor allem mit den einzigartigen Kompetenzen des Kongresses, dem wegen Section 5 des 14. Zusatzartikels[222] ein größerer Spielraum zukomme als einzelstaatlichen oder kommunalen Kör-

221 109 S.Ct. 706 (1989); auszugsweise in deutscher Übersetzung: EuGRZ 1989, S. 408 mit Anmerkung Mengel; vgl. die unterschiedliche Einschätzung der Entscheidung von 30 Verfassungsrechtlern (Constitutional Scholar's Statement und Reply) und dem früheren Solicitor General Fried im Yale Law Journal.

222 Section 5 lautet: »The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

perschaften.[223] Gerade gegenüber den Einzelstaaten aber ziehe der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz feste Grenzen.[224]
Für die Mehrheit, die sich stark auf die Argumentation in der *Wygant*-Entscheidung stützt, braucht das Ergreifen von affirmative action-Maßnahmen spezifische Rechtfertigungen. Der Verweis auf bundesweite Diskriminierung in der Bauindustrie sei zu allgemein und habe keinen logischen Endpunkt. Die Diskriminierung müsse genauer identifiziert werden, es müsse zumindest deutliche Hinweise darauf geben, daß in Richmond selbst in einer Weise diskriminiert werde, die dazu führe, daß MBEs so geringen Anteil an öffentlichen Aufträgen erwerben konnten.[225] Allein die Gegenüberstellung von Zahlen - die Bevölkerung von Richmond ist zu 50% schwarz, in den 5 Jahren vor Erlaß der Verordnung, hatten MBEs 0,67% der Gelder aus öffentlichen Aufträgen erhalten - erbringe den hierfür notwendigen Beweis nicht.[226] Zudem erfülle die 30%-Quote nicht die erforderliche Zweck-Mittel-Relation. Der Gemeinderat habe die Möglichkeit rassenneutraler Methoden der Förderung kleinerer Unternehmen nicht hinreichend berücksichtigt, obwohl in Studien festgestellt war, daß die geringe Anzahl von MBEs auch an Faktoren wie nicht ausreichender Kapitalisierung lag. Außerdem sei die Festlegung der Höhe der Quote, sowie der Einschluß bestimmter Minderheitengruppen wie etwa der Eskimos und Aleuten, über deren Vorhandensein in Richmond keine Erkenntnisse vorlägen, willkürlich.
Anders als die Mehrheit beharrt die abweichende Meinung - wie schon in der *Bakke*-Entscheidung - darauf, affirmative action-Maßnahmen lediglich

223 S. 717 ff.; vgl. dazu aber auch Richter Kennedy, der Zweifel anmeldet, wie es funktionieren solle, eine Norm, die einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz darstellt, wenn von einem Einzelstaat erlassen, in die Garantie verfassungsrechtlicher Gleichbehandlung umzuwandeln, wenn der Kongreß sie erlassen hat (S. 734).

224 Scalia verweist zur Begündung darauf, daß Madison schon in den Federalist Papers (S. 736 f.) aufgezeigt hatte, daß die Größe der Gefahr der Unterdrückung des einzelnen in umgekehrtem Verhältnis zur Größe der politischen Einheit steht, die die Macht ausübt.

225 Richter Scalia, der der Entscheidung nur im Ergebnis zustimmt, sieht die mögliche Zulässigkeit von nach der Rasse differenzierenden Maßnahmen noch wesentlich enger: »In my view there is only one circumstance in which the States may act by race to ›undo the effects of past discrimination‹: where that is necessary to eliminate their own maintenance of a system of unlawful racial classification« (S. 737). Das Beispiel, das er anfügt, erläutert näher, was er damit meint: Bezahle ein Staat schwarzen Angestellten 20% weniger Lohn als weißen, so dürfe der Staat eine Regelung treffen, die pauschal das Gehalt aller schwarzen Mitarbeiter erhöht. Nach der oben vorgeschlagenen Definiton von affirmative action handelt es sich in einem solchen Fall gerade nicht mehr um affirmative action, sondern um schlichtes Unterlassen von Diskriminierung.

226 Die abweichende Meinung wirft der Mehrheit vor, eine »überaus kurzsichtige Sicht« der tatsächlichen Erkenntnisse zu haben, auf die Richmond seine Entscheidung stützte (S. 740).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

am Maßstab der intermediate scrutiny zu überprüfen, und kritisiert die Mehrheit:

> »In concluding that remedial classifications warrant no different standard of review under the Constitution than the most brute and repugnant forms of state-sponsored racism, a majority of this Court signals that it regards racial discrimination as largely a phenomenon of the past, and that government bodies need no longer preoccupy themselves with rectifying racial injustice. I, however, do not believe this Nation is anywhere close to eradicating racial discrimination or its vestiges. In constitutionalizing its wishful thinking, the majority today does a grave disservice not only to those victims of past and present racial discrimination in this Nation whom government has sought to assist, but also to this Court's long tradition of approaching issues of race with the utmost sensitivity«.[227]

Und im Jahre 1990 wandelte sich das Bild wieder. Im Fall *Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission*[228] wurde nicht nur eine affirmative action-Maßnahme im Ergebnis gebilligt, sondern zudem als Prüfungsmaßstab nicht - wie in der gerade im Jahr zuvor ergangenen *Croson*-Entscheidung - strict scrutiny, sondern lediglich der intermediate level of scrutiny angewandt.
Die Federal Communications Commission (FCC) hatte Richtlinien erlassen, um bei der Vergabe von Rundfunk- und Fernsehlizenzen die Beteiligung von Angehörigen von Minderheiten am Programmangebot zu steigern. So wurde zum einen bei der Vergabe von neuen Lizenzen der Umstand, daß Radio- oder Fernsehstationen im Eigentum von Angehörigen von Minderheiten standen und von ihnen betrieben wurden (im folgenden: Minderheitenunternehmen), positiv berücksichtigt. Zum anderen konnten Lizenzen, bei denen die Eignung des bisherigen Eigentümers fraglich geworden war, unter erleichterten Bedingungen an Minderheitenunternehmen verkauft werden.

227 Richter Marshall, S. 752; übersetzt: »Indem eine Mehrheit dieses Gerichts feststellt, daß abhelfende Klassifikationen keinen anderen Standard von Prüfungsintensität rechtfertigen als die brutalsten und widerwärtigsten Formen von staatlich gefördertem Rassismus, signalisiert sie, daß sie Rassendiskriminierung weitgehend als Phänomen der Vergangenheit betrachtet, und daß staatliche Einheiten sich nicht länger mit der Abhilfe rassischer Ungerechtigkeit beschäftigen müßten. Ich hingegen glaube nicht, daß diese Nation auch nur irgendwie nahe daran ist, Rassendiskriminierung oder ihre Überreste ausgerottet zu haben. Indem die Mehrheit ihre Wunschvorstellungen zu Verfassungsrecht macht, erweist sie nicht nur den Opfern vergangener und heutiger Rassendiskriminierung in diesem Land, denen der Staat helfen wollte, einen schlechten Dienst, sondern auch der langen Tradition dieses Gerichts, an mit der Rasse zusammenhängende Probleme mit äußerster Sensibilität heranzugehen«.

228 110 S.Ct. 2997 (1990).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Als entscheidender Gesichtspunkt wird von der Mehrheit der Umstand herausgestellt, daß es sich bei diesen Richtlinien um vom Kongreß ausdrücklich gebilligte, ja sogar verlangte Maßnahmen handelte.[229] Auch hier habe mit dem Kongreß der Gesetzgeber gehandelt, so daß diese Konstellation eher der *Fullilove*-Entscheidung als der *Croson*-Entscheidung aus dem letzten Jahr vergleichbar sei; in der *Fullilove*-Entscheidung sei aber von der Mehrheit der Richter gerade nicht strict scrutiny angewendet worden. Der Gerichtshof führt weiter aus:

> »We hold that benign race-conscious measures mandated by Congress - even if those measures are not ›remedial‹ in the sense of being designed to compensate victims of past governmental or societal discrimination - are constitutionally permissible to the extent that they serve important governmental objectives within the power of Congress and are substantially related to achievement of those objectives«.[230]

Nach Ansicht der Mehrheit genügen die Maßnahmen der FCC diesem Standard, da sie zwar nicht unmittelbar der Wiedergutmachung nachweisbarer früherer Rassendiskriminierung im Bereich von Rundfunk und Fernsehen, wohl aber dem wichtigen staatlichen Interesse an Herstellung von Meinungsvielfalt (broadcast diversity) dienen.[231]
Die Minderheit kritisiert demgegenüber nicht nur das Abweichen von dem strict scrutiny-Standard heftig,[232] sondern hält auch das staatliche Interesse an Meinungsvielfalt in Fernsehen und Rundfunk keineswegs für ausreichend, um affirmative action zu rechtfertigen.[233]

6. *Fazit*

Die Durchsicht der Rechtsprechung des Supreme Court zu affirmative action hat ein klares Ja oder Nein zu ihrer Zulässigkeit nicht ergeben. Nicht

229 S. 3008; zur Mehrheit gehören die Richter Brennan, White, Marshall, Blackmun und Stevens.
230 S. 3008 f.; übersetzt: »Wir stellen fest, daß wohlwollende rassenbewußte Maßnahmen, die vom Kongreß verlangt worden sind - selbst wenn solche Maßnahmen nicht ›wiedergutmachend‹ in dem Sinne sind, daß sie darauf abzielen, die Opfer früherer staatlicher oder gesellschaftlicher Diskriminierung zu entschädigen -, verfassungsrechtlich zulässig sind, soweit sie wichtigen staatliche Zwecken dienen, die in der Zuständigkeit des Kongresses liegen, und eine substantielle Bezeichnung zwischen Zweck und Mittel aufweisen«.
231 S. 3011 ff.
232 S. 3029.
233 S. 3034 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einmal auf einen gemeinsamen Ausgangspunkt konnten sich alle Richter am Gerichtshof einigen.
Ein Teil der Richter versteht die equal protection-Klausel und die Vorschriften des Bürgerrechtsgesetzes von 1964 als absolute Differenzierungsverbote. Jeder Mensch habe ein Recht darauf, ohne Ansehen seiner Rasse behandelt zu werden. Ob eine Regelung Minderheiten bevorzuge oder benachteilige, sei daher belanglos. Über das Unterlassen von Diskriminierung und seine Durchsetzung hinausgehende rassenspezifische Regelungen, also affirmative action im eigentlichen Sinne, sind nach dieser Ansicht immer unzulässig.
Auf der anderen Seite steht eine Gruppe von Richtern, die bisher jede affirmative action-Maßnahme für zulässig gehalten haben. Sie sehen einen gravierenden Unterschied darin, zu wessen Gunsten oder Lasten differenziert wird. Der Schutz von Verfassung und Bürgerrechtsgesetz gelte primär den bisher unterdrückten Minderheiten. Zur Abschaffung der Rassendiskriminierung dürften und müßten vielleicht sogar auch Maßnahmen zur besonderen Förderung der bisher Benachteiligten ergriffen werden. Diese Gruppe von Richtern überprüft affirmative action-Maßnahmen auf verfassungsrechtlicher Ebene nur anhand eines mittleren Kontrollmaßstabs und billigte affirmative action-Maßnahmen, jedenfalls solange sie sich in dem bisher diskutierten Rahmen hielten.
Durchgesetzt hat sich keine dieser beiden Extrempositionen. Siebenmal wurde der angegriffene affirmative action-Plan für rechtmäßig, viermal für rechtswidrig gehalten. Das Ergebnis bestimmten, je nachdem mit der einen oder der anderen Richtergruppe die Mehrheit bildend, die Richter, die versuchten, die zwei gegenläufigen verfassungsrechtlichen Prinzipien in Einklang zu bringen. Zentral scheint ihnen einerseits der Schutz des einzelnen, die Garantie der Gleichbehandlung ohne Ansehen der Rasse. Andererseits betonen sie aber, daß zur Abschaffung von Rassendiskriminierung auch Durchbrechungen des individuellen Gleichbehandlungsgebotes zulässig sein können. Je nachdem, welchem Prinzip diese Richter im konkreten Fall mehr Gewicht beimaßen, war die affirmative action-Maßnahme zulässig oder unzulässig. Es lassen sich drei wesentliche Kriterien herausarbeiten, die die Abwägung beeinflussen. Dies wären auch Kriterien, um die verschiedenen Supreme Court-Entscheidungen in Einklang zu bringen.
Je enger die Beziehung zwischen früherer Diskriminierung und heutiger affirmative action und je überzeugender ihr Nachweis, desto eher war der Supreme Court bereit, affirmative action für zulässig zu erachten. Dies zeigte sich besonders deutlich in den Entscheidungen im *Paradise*- und dem *Sheet Metal Workers*-Fall; in beiden Fällen war die Diskriminierung gravierend gewesen, von einem Gericht festgestellt und den Unterlassungsverfügungen

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dieses Gerichts Widerstand entgegengesetzt worden. Auf der anderen Seite zeigen die Entscheidungen im *Wygant*- und im *Croson-Fall,* daß der Supreme Court allein den Verweis auf allgemeine gesellschaftliche Diskriminierung zur Rechtfertigung nicht ausreichen läßt. Diese Einschränkung gilt freilich nicht, wenn es sich um Maßnahmen des Kongresses handelt. Sowohl in der *Fullilove*- als auch in der *Metro Broadcasting*-Entscheidung wurden die affirmative action-Maßnahmen, die sich auf den Kongreß zurückführen ließen, gebilligt, auch wenn sie nicht zur Wiedergutmachung konkret nachweisbarer Rassendiskriminierung erfolgten. Dem Gesetzgeber erkennt der Gerichtshof insoweit einen weitaus größeren Spielraum zu.

Je stärker und je mehr indiviualisiert die Last, die der durch die affirmative action-Maßnahme betroffene Weiße zu tragen hat, desto weniger ist der Supreme Court geneigt, diese zuzulassen. In beiden Fällen - *Stotts* und *Wygant* -, in denen sich affirmative action auf Entlassungen, statt auf Einstellung oder Beförderung bezog, wurde die affirmative action-Maßnahme für verfassungswidrig erklärt.

Schließlich läßt sich durch die Frage nach dem Ausmaß und der Intensität der Nachteile, die der einzelne zu tragen hat, auch die vorsichtige Haltung des Gerichtshofes gegenüber starren Quoten erklären. Die Berücksichtigung von Rasse und Geschlecht lediglich als Plusfaktor wurde in der *Bakke*-Entscheidung als zulässige affirmative action-Maßnahme empfohlen; auch die *Johnson*-Entscheidung unterstrich, daß es sich nicht um starre Quoten handelte. Starre Quoten belasten die Angehörigen der Mehrheit stärker, da sie von bestimmten Positionen oder Stellen von vornherein ausgeschlossen sind, während die Plusfaktor-Regelung den Ausschlag nur in Zweifelsfällen geben kann, wo ohnehin nicht klar wäre, ob der Weiße die Stelle ohne affirmative action überhaupt bekommen hätte. Diese Haltung erinnert an die deutsche Diskussion, die auch eher geneigt ist, Frauen den Vorzug bei gleicher Qualifikation als ohne Leistungsvergleich mit dem anderen Geschlecht zu geben. Doch geht die amerikanische Lösung insoweit darüber hinaus, als Berücksichtigung der Rasse als Bonus gleiche Qualifikation nicht unbedingt voraussetzt. Zudem hat der Supreme Court keineswegs generell die Verwendung starrer Quoten als unzulässig verworfen; in der *Weber*-Entscheidung wurden sie bei einer durch Tarifvertrag ausgehandelten affirmative action-Regelung und in einigen Fällen bei gerichtlich festgelegten Quoten für zulässig erachtet.

Der Supreme Court hat durch den im Ergebnis verfolgten, »goldenen Mittelweg« eine Lösung gefunden, die für die amerikanische Gesellschaft befriedend wirkte, auch wenn affirmative action weiterhin ein politisch hochbrisantes und vieldiskutiertes Thema bleibt. Ob diese pragmatisch-plausible Lö-

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sung auch dogmatisch überzeugen kann, war naturgemäß Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.

C. *Die Diskussion um affirmative action in der Literatur*

Die Anzahl der Aufsätze und Bücher zum Thema affirmative action ist unübersehbar.[234] Das Thema ist unverändert von politischem Interesse und der Flickenteppich an Meinungen, den die Rechtsprechung des Supreme Court hinterlassen hat, lädt zur wissenschaftlichen Beschäftigung wahrlich ein. Bei dem Überblick über die wissenschaftliche Diskussion gilt es freilich zu bedenken, daß der amerikanische juristische Diskurs offener ausgestaltet ist als der deutsche. Mehr Argumente sind zugelassen, ihre Relevanz ergibt sich weniger aus ihrer stringenten Einbindung in ein dogmatisch-begriffliches System als aus ihrem Bemühen um Plausibilität und Überzeugungskraft. Die einzelnen Argumente lassen sich daher nur sehr holzschnittartig in ein dogmatisches System einordnen.
In der Analyse soll zwischen zwei Ebenen der Diskussion unterschieden werden. Der einen liegt die Frage nach dem Begriff der Gleichheit und der Beziehung zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit zugrunde. Sie beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit dem Problem, was Gleichheit materiell darstellt, bzw. inwieweit Durchbrechungen eines Rechts auf Gleichbehandlung zu rechtfertigen sind (I). Der andere Ansatzpunkt konzentriert sich dagegen eher auf die Funktion der besonderen Gleichheitssätze und fragt danach, wen eine strikte Anwendung des Gleichheitssatzes schützen soll; diese Ebene könnte damit als strukturelle bezeichnet werden (II).

I. *Die materielle Ebene*

Im Streit um die Zulässigkeit von affirmative action spiegelt sich die altbekannte Streitfrage nach dem Inhalt von Gleichheit in einer ungleichen Welt

234 Vgl. nur: Tribe, Constitutional Choices, S. 221 ff.; Dworkin, Principle, S. 293 ff.; ders., Rights, S. 223 ff.; Sullivan; Kennedy, Persuasion; Ely, Reverse Discrimination; Greenawalt; Rossum; Polyviou, S. 348 ff.; Brooks; Schnapper, Affirmative action; Choper; Lee; Bell, Defense; ders., Bakke; Posner, DeFunis Case; Dixon; Belton; Brest, Affirmative Action; Abram; Alstyne; Andritzky/Andritzky; Goldman; Nagel; Thomson; Kubasek/Giampetro; Eastland/Bennett; Sandalow; Selig; Sindler; Graglia; Kaplan.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wider. Werden zwei Personen gleich behandelt, wenn sie identisch behandelt werden, oder besteht Gleichbehandlung gerade darin, ihre unterschiedliche Ausgangssituation zu berücksichtigen und sie verschieden zu behandeln? Seit die Forderung nach Gleichheit erhoben wurde, mußte man sich mit diesem Problem auseinandersetzen. Schon in Aristoteles' Unterscheidung zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva fand dies seinen Niederschlag, es prägt heute die Diskussion um tatsächliche oder rechtliche Gleichberechtigung, und findet seine salomonische Lösung in der Formel, wesentlich Gleiches müsse gleich, wesentlich Ungleiches ungleich behandelt werden. So geht es auch bei der affirmative action-Debatte letztlich um die Frage, ob es denn reichen kann, den Schwarzen formell gleiche Möglichkeiten zu eröffnen oder ob ein Zustand der Gleichheit erst dann erreicht ist, wenn gleiche Möglichkeiten auch zu ihrer gleichen Wahrnehmung führen. In den USA werden dementsprechend häufig zwei unterschiedliche Gleichheitskonzeptionen »equality as opportunity« und »equality as result« gegenübergestellt.

Dabei ist sich im Ausgangspunkt - und nur dieser Strang soll hier weiter verfolgt werden - die große Mehrzahl der Diskutanten darin einig, daß Rasse kein Merkmal sein soll, welches die Zuweisung unterschiedlicher Rechte und Pflichten rechtfertigen kann. Man sieht in dem Gleichheitssatz das Ziel und Versprechen einer Gesellschaft verankert, in der der Hautfarbe nicht mehr Bedeutung zukommt als heute der Haar- oder Augenfarbe.[235] Einigkeit über das Ideal einer rassenlosen Gesellschaft löst aber nicht das Problem, wie mit dem Merkmal der Rasse in der heutigen Rechtsordnung umgegangen werden soll. Denn noch ist Rasse unzweifelhaft wichtiger als Augenfarbe. Es ist keineswegs nur oberflächliches physiologisches Phänomen - wie es das in der Idealvorstellung einer Gesellschaft möglicherweise sein könnte -, sondern eine bedeutsame gesellschaftliche Kategorie, die die Identität und die Persönlichkeit des einzelnen, seine Erfahrungen und seine Position in der Gesellschaft prägt und bestimmt.[236]

235 Freilich gibt es Kritiker des Assimilierungs-Ideals. Diese betonen die Unterschiede in der rassisch-ethnischen Herkunft und wollen diese Unterschiede auch in der idealen Gesellschaft noch beibehalten, unmittelbare Rechtswirkung wird dem jedoch in der Regel nicht beigemessen, vgl. dazu Wasserstrom, S. 603 ff.

236 Wasserstrom verdeutlicht das durch zwei Beispiele. Hinsichtlich des Merkmals Rasse verweist er darauf, daß es den Begriff »to pass as white« gibt; hinsichtlich des Merkmals Geschlecht verweist er auf den Begriff des Transsexuellen.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zudem ist die Lage der Schwarzen - auch insoweit ist man sich grundsätzlich einig - um vieles schlechter als die der Weißen.[237] Schwarze fehlen weitgehend in Positionen von Macht und Einfluß, sie haben durchschnittlich geringere Schul- und Universitätsbildung, sie stellen einen überproportional hohen Anteil der unter dem Existenzminimum lebenden Personen und verdienen deutlich weniger als die Weißen. Ist die Ausgangslage von Schwarzen und Weißen damit so unterschiedlich, daß sie Berücksichtigung durch affirmative action verlangt oder ist sie es nicht - darum geht der Streit um den Begriff der Gleichheit.
Dabei werden eine Reihe von Argumenten in die Diskussion eingebracht, die sich zum einen auf die Kompensation für vergangene Rassendiskriminierung beziehen (1), zum anderen Fragen des Gemeinwohls (social utility) betreffen (2). Es wird zu zeigen sein, daß auch die konkreter gefaßten Argumente sich von der Grundfrage nicht lösen lassen. Ihre Überzeugungskraft hängt letztlich davon ab, für wie verbreitet man das Phänomen der Rassendiskriminierung in der heutigen Gesellschaft noch hält, d.h. als wie ungleich man die aktuelle Lage von Weißen und Schwarzen einschätzt.

1. Kompensation

Häufig wird unter dem Schlagwort »Kompensation« der Gedanke gefaßt, daß es der Gerechtigkeit entspreche, nach jahrhundertelanger Unterdrückung der Schwarzen jetzt den Opfern der Rassendiskriminierung bessere Chancen zu geben. Man kann dieses Argument durch die Überlegung zu erhärten versuchen, daß allein auf Grund der langen Geschichte der Rassendiskriminierung die Lage der Schwarzen in Amerika so viel schlechter ist als die der Weißen; durch Ausbeutung und Unterdrückung, jedenfalls aber durch billige Arbeitskräfte und Ausschaltung von Konkurrenz haben auch die Weißen, die sich selbst nicht unmittelbar an der Unterdrückung der Schwarzen beteiligt haben, eine Position erreicht, die sie andernfalls nicht eingenommen hätten. Schließlich wäre auch an »immateriellen Schadensersatz« für die psychologischen Folgen der Erniedrigung und des Schmerzes zu denken.

237 Eine knappe Zusammenfassung auf deutsch über die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen gibt Ehrlich. Freilich versuchen manche, Statistiken anders zu interpretieren, so daß die Diskrepanzen nicht ganz so stark sind, vgl. Rossum m. Nachw. S. 33 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In dieser einfachen Form ist das Kompensationsargument, jedenfalls in den achtziger Jahren, relativ leicht zu widerlegen.[238] Je weiter die Zeit fortschreitet, desto weniger überzeugend scheint es, die Enkel der Opfer gegenüber den Enkeln der Täter zu bevorzugen. Mit affirmative action erreicht man inzwischen aber nur noch die Enkel der Generation, zu deren Zeit die schärfste Form der Rassendiskriminierung ausgeübt wurde.

Zudem läßt sich dagegen einwenden, daß es sowohl auf seiten der Opfer wie auf seiten der Täter genau diejenigen treffe, die es am wenigsten verdienten. Durch affirmative action würden gerade die Schwarzen bevorzugt, die am wenigsten unter Diskriminierung zu leiden gehabt hätten;[239] sonst hätten sie es ja gar nicht geschafft, so weit zu kommen, sich jetzt um Studienplätze bewerben zu können. Parallel läßt sich für die Weißen, die die Lasten der affirmative action-Maßnahmen zu tragen haben, argumentieren, sie seien diejenigen, deren Situation relativ die schlechteste war; es liegt daher nahe anzunehmen, daß gerade sie von der Rassendiskriminierung am wenigsten profitiert haben. Pointiert läßt sich die Kritik in dem immer wieder angeführten Beispiel zusammenfassen, welches nach Ansicht der affirmative action-Gegner die Absurdität deutlich machen soll: affirmative action zugunsten des Sohnes des reichen, schwarzen Doktors aus der Großstadt zu Lasten des Sohnes des weißen Arbeitslosen aus rückständigen Gegenden auf dem Land.[240]

In dieser einfachen Form vorgetragen, weist das Kompensationsargument in der Tat Defizite auf, wie auch von affirmative action-Befürwortern eingestanden wird.[241] Um als Kompensation - zumal in einem rechtlichen Kontext - gelten zu können, muß eine Beziehung zwischen Opfern von Rassendiskriminierung und den heute durch affirmative action Bevorzugten nachgewiesen werden. Für diese Verbindung braucht man als Prämisse, daß die Rassendiskriminierung auch heute noch fortwirkt. Spürt auch in der gegenwärtigen amerikanischen Gesellschaft jeder Schwarze die Auswirkungen der Rassen-

238 Das Argument wird in dieser einfachen Form heute auch vor allem von denen vorgetragen, die es widerlegen wollen, siehe z.B. Posner, DeFunis Case, S. 16; dies war Ende der 60er/ Anfang der 70er Jahre anders, als dem Argument sehr viel stärkeres Gewicht zukam, siehe Hughes, S. 1063 ff.

239 Vgl. dazu aber Kennedy, Persuasion, S. 1333 f. der zum einen einwendet, daß immerhin affirmative action sich gerade für »blue collar workers« als besonders effektiv erwies, zum anderen betont, daß affirmative action ja auch nur ein Teil der Antwort auf die Beseitigung der Ungleichheit zwischen den Rassen sein könne.

240 Rossum, S. 36.

241 Vgl. Greenawalt, S. 54 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

diskriminierung, hat er gegen Vorurteile zu kämpfen und wird somit sein Fortkommen auch heute noch behindert, läßt sich affirmative action auch Jahrzehnte nach der *Brown*-Entscheidung noch rechtfertigen. Ohne diesen Zwischenschritt wird das Argument denn auch heute nicht mehr ernsthaft vertreten.

Akzeptiert man das Kompensationsargument für Schwarze, stellt sich das Problem von affirmative action zugunsten anderer ethnischer Minderheiten.[242] Zwar kann man unschwer auch hinsichtlich der anderen üblicherweise bei affirmative action mitberücksichtigten Minderheiten Diskriminierung in der amerikanischen Gesellschaft nachweisen, doch hat in keinem anderen Fall - vielleicht mit Ausnahme der Ureinwohner Amerikas - die Diskriminierung ähnliche Ausmaße erreicht. Kompensation aber impliziert eine Beziehung zwischen zugefügtem Unrecht und zugesprochener Wiedergutmachung. Diese müßte dann zu Unterschieden in der Behandlung verschiedener Minderheiten führen, die so aber von kaum jemandem als Konsequenz gewollt wird.

Schließlich sieht sich das Kompensationsargument dem Einwand ausgesetzt, daß auch die Mehrheit der »Weißen« keinen einheitlichen ethnischen Block darstellt, oder wie Richter Powell es formulierte: »wir sind eine Nation der Minderheiten«. Einwanderer aus den verschiedensten Ländern Europas, wie beispielsweise Iren oder Polen, haben selbst erhebliche Diskriminierung erfahren.

Eine Rechtfertigung von affirmative action aus dem Gesichtspunkt der Kompensation erweist sich somit als problematisch. So konzentrieren sich inzwischen auch die Befürworter von affirmative action eher auf den zweiten Argumentationsstrang, die Gemeinwohlinteressen.

2. Gemeinwohlinteressen

Dogmatisch ließe sich die Rechtfertigung von affirmative action-Maßnahmen durch Gemeinwohlinteressen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kontrolle auf der Prüfungsstufe des wichtigen oder zwingenden staatlichen Interesses ansiedeln.[243] Die hier vorgebrachten Argumente kreisen vor allem um drei Themen: die Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Schwarzen

242 Vgl. Rossum, S. 28 f.

243 Diese Argumente werden in der amerikanischen Diskussion häufig »philosophische« genannt, vgl. z.B. Kubasek/Giampetro, S. 233 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und Weißen (a), auf die »black community« (b) sowie auf Leistung und meritokratisches Prinzip (c).

a) Auswirkungen auf das Verhältnis von Schwarzen und Weißen

In enger Beziehung zu den ethisch-moralischen Überlegungen, die oben im Vordergrund standen, wird als Gemeinwohlinteresse die Überwindung des Rassismus angesehen und affirmative action als symbolische Verurteilung des Rassismus begrüßt.[244] Sieht man Rassismus als den Sündenfall, die fortdauernde Diskriminierung der Schwarzen als das hartnäckigste Problem der amerikanischen Gesellschaft an,[245] so könnte affirmative action ein klares Schuldbekenntnis seitens der Weißen, Buße und den ersten Schritt zur Umkehr darstellen.
Die affirmative action-Gegner wenden ein, daß zweimal Unrecht nicht Recht schaffe. Wenn Rassismus das eigentliche Übel sei, könne es nicht durch die Umdrehung seiner Zielrichtung bekämpft werden. Entweder sei Rassendiskriminierung verwerflich, dann aber auch unabhängig davon, gegen wen sie sich richte, oder sie sei nicht verwerflich, dann aber entfiele die Rechtfertigung dafür, den früher Diskriminierten nun besondere Vorteile zu gewähren.[246] Schließlich führe affirmative action zu einem ewigen Kreislauf, denn die Kinder derer, die heute diskriminiert würden, könnten dann affirmative action zu ihren Gunsten verlangen.[247] Weiter wird darauf verwiesen, daß jede Regelung, die nach der Rasse differenziere, dazu beitrage, Rassismus am Leben zu halten, indem sie das Denken entlang der Kategorie Rasse fördere und sich damit immer weiter von dem Idealbild der Gesellschaft, in der die Rasse des einzelnen völlig belanglos sei, entferne, statt ihm näher zu kommen.
Über die Geeignetheit von affirmative action-Maßnahmen, den Anteil der Schwarzen in bestimmten Positionen zu erhöhen, ist man sich im wesentlichen einig.[248] Strittig ist aber, ob dies zur wirklichen Integration zwischen den Rassen führt.

244 Rossum, S. 27.
245 Vgl. Ely, Reverse Discrimination, S. 723.
246 Rossum, S. 28; vgl. Polyviou, S. 359.
247 Rossum, S. 37.
248 In einigen Konstellationen, insbesondere bei den Versuchen, integrierte Wohnblöcke zu schaffen, gibt es aber Quoten zu Lasten von Schwarzen, um zu verhindern, daß die Weißen die Gegend wieder verlassen; vgl. dazu Farrell.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Befürworter von affirmative action halten den positiven Effekt auf Integrationsbemühungen für offensichtlich. Wenn Schwarze Stellen einnehmen, die bisher allein Weißen vorbehalten waren, kommen Schwarze und Weiße in der Arbeitswelt im Alltag zusammen, treten miteinander in Kontakt und werden dadurch gegenseitige Vorurteile abbauen. Dies sei für Schwarze wie Weiße gleichermaßen fruchtbar und müsse vorrangiges staatliches Interesse sein.

Andere sehen in affirmative action dagegen gerade den Feind möglicher Integration.[249] Affirmative action bestätige das alte Vorurteil, daß Schwarze nicht dazu in der Lage seien, mit Weißen auf gleicher Ebene zu konkurrieren. Sie bräuchten besondere Fürsorge, weil sie eben nicht gleiche Fähigkeiten wie Angehörige der weißen Rasse besäßen. Affirmative action schade damit allen Schwarzen, selbst denen, die ihre Stellen auch ohne affirmative action erreicht hätten. Allen Schwarzen werde dieses Vorurteil entgegengebracht und würde insbesondere dadurch neue Nahrung erhalten, daß durch affirmative action ja auch wirklich weniger qualifizierte Schwarze als die Weißen in entsprechender Stellung eingestellt würden.[250] Hiergegen läßt sich natürlich wiederum fragen, ob der (fast) völlige Ausschluß von Schwarzen auf solchen Positionen das Vorurteil, daß Schwarze bestimmte Leistungen nicht erbringen können, nicht zumindest in gleichem Umfang erhärtet.[251]

b) Auswirkungen auf die »black community«

Die Befürworter von affirmative action betonen die eminente Bedeutung von Vorbildern (role-models). Schwarze in höheren Stellungen könnten schwarzen Jugendlichen zeigen, daß bestimmte Positionen nicht allein Weißen vorbehalten sind, und gäben ihnen damit die Motivation und das nötige Selbstvertrauen, um solche Positionen in ihrem Lebensplan überhaupt als Alternativen vorzusehen.

Auch sei es nötig, beispielsweise mehr schwarze Ärzte oder Rechtsanwälte auszubilden, um die Unterversorgung der in bestimmten Gebieten lebenden Schwarzen auszugleichen. Die Gegner von affirmative action sehen es dage-

249 Vgl. dazu aber den Aufsatz von Kennedy, Persuasion, der bezweifelt, ob zahlreiche der Gegner von affirmative action wirklich Integration und nicht weiter Diskriminierung der Schwarzen wollen (insb. S. 1337 ff.).

250 Vgl. dazu Murray.

251 Vgl. Kennedy, Persuasion, S. 1331.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gen nicht als erwiesen an, daß mehr Schwarze bereit und in der Lage seien, solche Positionen zu übernehmen.[252]
Die Gegner von affirmative action beklagen auch die negativen Folgen für das Selbstbewußtsein der Schwarzen. Schwarze würden wegen affirmative action ihren eigenen Fähigkeiten nicht länger vertrauen können, sondern immer das Gefühl haben, Erfolge nicht »verdient« zu haben, sondern sie nur ihrer Rasse zu verdanken. Auch würden sie nicht lernen, sich selbst Positionen zu erkämpfen, sondern sich immer auf fürsorgerische Maßnahmen seitens der Weißen verlassen. Dieses Argument steht und fällt freilich wieder mit der Einschätzung der heutigen Lage. Sieht man Rassendiskriminierung als weitverbreitetes Phänomen, können Quoten als »gerechter Ausgleich« dafür begriffen werden, so daß für Selbstzweifel kein Anlaß bestünde.[253]

c) Auswirkungen auf Leistung und meritokratisches Prinzip

Die Gegner von affirmative action bringen als zentrales Argument die Gefahren für das meritokratische Prinzip und das Absinken des Leistungsniveaus ein.[254] Auf den ersten Blick klingt das Argument einleuchtend; denn affirmative action kann auch heißen, unter bestimmten Bedingungen auch bei geringerer Qualifikation Schwarze zu bevorzugen.
Die Befürworter von affirmative action weisen dieses Argument aus verschiedenen Gründen zurück. Neben Bedenken, die sich darauf beziehen, inwieweit das Leistungsprinzip schon bisher verwirklicht ist bzw. verwirklicht werden sollte,[255] kann die Heranziehung des Leistungsprinzips nur unter der Prämisse überzeugen, daß Schwarze heute nicht mehr diskriminiert werden und daß jeder Schwarze, der es verdient, auch höchste Stellen erreichen kann. Diese Prämisse ist sehr zweifelhaft. Denn, selbst das Fehlen von bewußter Rassendiskriminierung unterstellt, bleibt fraglich, ob sich nicht - auch ohne böse Absicht der Betroffenen - Fehler in eine objektive Beurteilung der Qualifikation von Schwarzen einschleichen. Wegen der weitgehend segre-

252 Vgl. Posner, DeFunis Case, S. 17; Rossum S. 30.
253 Vgl. dazu Kennedy, Persuasion, S. 1331 f. Daß das Argument der schädlichen Auswirkungen auf das Selbstbewußtsein der Schwarzen vor allem von Weißen vorgetragen wird, erhöht seine Überzeugungskraft nicht.
254 Rossum, S. 39 f.; vgl. Polyviou, S. 360.
255 Nicht weiter verfolgt wird hier die Frage, ob eine allein auf »Verdienst« und »Leistung« gegründete Gesellschaft noch menschlich, also wirklich wünschenswert wäre; vgl. zu einer ausführlichen Erörterung des Begriffes »merit«: Fallon; vgl. auch Dworkin, Principle, S. 293.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gierten Wohngebiete und Schulen sind es viele Weiße beispielsweise nicht gewöhnt, »normal und unbefangen« mit Schwarzen auf gleicher Ebene umzugehen. Gerade bei verantwortungsvolleren Positionen, bei denen stark auf Persönlichkeitsbild und Fähigkeit zur Zusammenarbeit abgestellt wird, könnte sich die Befangenheit gegenüber Schwarzen in der schlechteren Beurteilung ihrer Führungsqualitäten niederschlagen.
Schließlich läßt sich eine weitere Prämisse, auf der die Kritik am Eingriff ins meritokratische Prinzip notwendigerweise beruht, anzweifeln; nämlich, daß das meritokratische Prinzip schon in der bisherigen Gesellschaft verwirklicht sei. Ganz offensichtlich ist dies nicht der Fall bei Universitätszulassungen, wo es schon immer Quoten gab, wie beispielsweise für sportlich besonders Begabte oder Kinder von Berühmtheiten und Reichen, auf deren großzügige Spenden man hofft. Auch kommt das Schlagwort für die Stellensuche »es kommt nicht darauf an, was du weißt, sondern wen du kennst« wohl nicht von ungefähr. »Networking« wird in den USA durchaus bewußt und offen gerade in den Elite-Universitäten betrieben; vom »old boys' network« sind Schwarze weitgehend ausgeschlossen. Vielfach wird ohne Beziehungen der Einstieg erschwert und das Fortkommen behindert. Auch die Frage nach den Auswirkungen von affirmative action auf meritokratisches Prinzip und Leistung hängt somit von der unterschiedlichen Bewertung der gesellschaftlichen Ausgangslage ab.

3. Fazit

Eine Reihe der Argumente, die in der affirmative action-Diskussion der Vereinigten Staaten immer wieder genannt werden, sind vorgestellt worden. Auf beiden Seiten sind einige der Argumente stärker, einige schwächer. Immer wieder aber zeigte sich, daß die Überzeugungskraft der Argumente - jedenfalls der starken - abhängt von der Einschätzung der aktuellen gesellschaftlichen Wirklichkeit.
Sieht man den Erlaß von Diskriminierungsverboten für ausreichend an, um Rassendiskriminierung auch tatsächlich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu beseitigen, läßt sich in der Tat wenig zugunsten von affirmative action-Maßnahmen vorbringen. Etwa noch vorkommende Diskriminierungen, die auch die Gegner von affirmative action nicht bestreiten, lassen sich als Einzelfälle erklären und als Rechtsverstöße verfolgen. Daß Schwarze in bestimmten Positionen noch bei weitem unterrepräsentiert sind, wird nicht als Indiz für Diskriminierung angesehen, sondern vielmehr als vielschichtiges Problem begriffen, welches alle möglichen anderen Ursachen als Diskri-

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

minierung haben könnte, sich jedenfalls aber im Laufe der Zeit von selbst löse.

Anders beurteilen dies diejenigen, die in der heutigen gesellschaftlichen Wirklichkeit Diskriminierung für ein weitverbreitetes Phänomen halten. Sie glauben nicht, daß die weißen Rassisten, die in den sechziger Jahren noch so heftigen Widerstand gegen den Erlaß der Bürgerrechtsgesetze geleistet haben, allein durch den Erlaß derselben dazu gebracht wurden, ihre Ansichten über Schwarze und Weiße zu ändern, auch wenn solche Auffassungen heute kaum noch öffentlich zu hören sind.[256]

Andere stellen nicht den »weißen Rassisten im Schafspelz« in den Vordergrund, sondern betonen, daß die gesamte Kultur und Erziehung rassistisch geprägt sei und damit notwendigerweise jeden, der in ihr aufwachse, beeinflusse.[257] Damit sei durchaus vereinbar, daß viele Weiße individuell überzeugt seien, sie selbst wären nicht rassistisch und würden auch nie jemanden wegen seiner anderen Hautfarbe als weniger wert ansehen. Dennoch hinderten immer wieder unbewußte Vorurteile wirklich diskriminierungsfreies Handeln. Hinzu komme, daß sich bestimmte gesellschaftliche Strukturen während der Zeit des Rassismus herausgebildet hätten, bei denen der Rassismus zwar nicht offen zutage trete, die sich aber gleichwohl zum Nachteil von Schwarzen auswirken. Diese unbewußt rassistischen Ansichten und Handlungen sind schwer zu erkennen, noch schwerer zu beweisen, verhindern aber, daß für Schwarze und Weiße wirklich gleiche Chancen bestehen.

Geht man von diesen Prämissen aus, ist affirmative action nicht länger ungerechtfertigte Bevorzugung der früher, in grauer Vorzeit Benachteiligten, sondern im Gegenteil Reaktion darauf, daß die heutige Form von Diskriminierung rechtlich nur noch in Ausnahmefällen - nämlich bei besonderer Dummheit des Diskriminierenden - nachweisbar, dennoch aber existent und weit verbreitet ist. Affirmative action erscheint als zulässiges Mittel, weil auf anderen Wegen Diskriminierung nicht zu beseitigen ist.

Welche Position man teilt, ist letzlich eine politische Entscheidung und Wertung, wozu auch die ungemein starke Emotionalität, mit der die Debatte teilweise geführt wird, paßt.[258] Solche hochpolitischen Entscheidungen durch

256 Vgl. dazu die Analyse der Reagan Administration von Kennedy, Persuasion, S. 1337 ff.; vgl. auch zur fortdauernden Rolle des Rassismus: Crenshaw.

257 Vgl. dazu den interessanten Aufsatz von Lawrence.

258 Vgl. Ely, Democracy, S. 170, der sich über die »righteous indignation« verwundert. Kennedy erklärt sie dadurch, daß zumindest teilweise der Widerstand gegen affirmative action als rassische Aggression angesehen werden kann, Persuasion, S. 1338, Fn. 43

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein Gericht - letztlich den Supreme Court - treffen zu lassen, ist unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung nicht unproblematisch. Zu fragen ist daher, ob diese Beurteilung dem Gericht von der Verfassung her wirklich vorgegeben und abverlangt ist.

II. Die strukturelle Ebene

Ging es zunächst um Argumente, die bei der Rechtfertigung bzw. Ablehnung von affirmative action in der juristischen wie in der politischen Diskussion eine wesentliche Rolle spielen, steht jetzt die Frage nach Struktur und Gewährleistungsinhalt der equal protection-Klausel, insbesondere im Hinblick auf rassische Ungleichbehandlung, im Vordergrund.

Viele amerikanische Juristen verstehen die equal protection-Klausel - wie die in der Bundesrepublik übliche Auslegung des Art. 3 Abs. 3 GG - als Differenzierungsverbot, interpretieren sie also als Verbot, das Merkmal Rasse in der Anordnung von Rechten und Pflichten zu verwenden. Sie berufen sich auf den berühmten Satz in der abweichenden Meinung des Richters Harlan in der *Plessy*-Entscheidung: »Unsere Verfassung ist farbenblind«.[259] Für diese Auffassung, der auch ein Teil der Richter des Supreme Court zuneigt, erscheint affirmative action konsequenterweise als Durchbrechung des Differenzierungsverbots, und ist somit allenfalls unter ganz engen Voraussetzungen zulässig. Nach dieser Auffassung läßt sich die Verfassungsmäßigkeit von affirmative action nur auf der materiellen Ebene - wie im vorigen Abschnitt angedeutet - beurteilen. Es müssen die Fragen danach, ob die mit affirmative action verfolgten Ziele zwingende staatliche Interessen sind und eine ausreichend enge Zweck-Mittel-Beziehung besteht, gestellt und beantwortet werden.

In den letzten zwanzig Jahren wurde aber immer deutlichere Kritik an einer solchen Auslegung der equal protection-Klausel laut. Es wurde darauf hingewiesen, daß der Wortlaut nicht dazu zwingt, sie als Differenzierungsverbot zu verstehen. Die equal protection-Klausel der amerikanischen Verfassung garantiert nur den gleichen Schutz durch das Gesetz; sie nennt nicht - wie etwa Art. 3 Abs. 3 GG - bestimmte Merkmale, wegen derer nicht benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Damit wird darauf hingewiesen, daß die Formulierung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes so offen sei, daß nur ein

259 Siehe oben S. 218 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»mediating principle«[260] seine eigentliche Bedeutung erschließen könne. Es wird daher nach einer allgemeineren und tiefergehenden Begründung dafür verlangt, weshalb bestimmte Merkmale oder Gruppen besonderen gleichheitsrechtlichen Schutz genießen sollen.

Dabei ist man sich in den USA darüber einig, daß den Schwarzen - schon aus Gründen der Entstehungsgeschichte - der besondere Schutz der equal protection-Klausel gebühre. Andererseits besteht auch Einigkeit darüber, daß angesichts des allgemein gefaßten Wortlauts der equal protection-Klausel auch andere Gruppen möglicherweise besonderen Gleichheitsschutz beanspruchen können. Welche anderen Gruppen den besonderen gleichheitsrechtlichen Status erreichen können, hängt maßgebend davon ab, aus welchen Gründen man überhaupt besonderen gleichheitsrechtlichen Schutz zusprechen will. Die Anhänger einer Sichtweise der besonderen Gleichheitssätze, die deren Funktion nicht im Verbot bestimmter Merkmale sieht, versuchen zunächst nachzuweisen, daß sich ein besonderer gleichheitsrechtlicher Status von Differenzierungen zum Nachteil von Schwarzen nicht aus dem Merkmal Rasse innewohnenden Eigenschaften ableiten läßt. Dazu diskutieren sie verschiedene Ansätze, die eine merkmalsbezogene Sicht begründen könnten.[261]

Zum einen könnte man darauf verweisen, daß das Merkmal Rasse für die Anordnung von Rechtsfolgen völlig irrelevant, seine Verwendung deswegen grundsätzlich unzulässig sei. Ob dies im Ergebnis richtig oder wünschenswert ist, mag schon strittig sein,[262] jedenfalls läßt sich ein Satz dieses Inhalts aus der »normalen« gleichheitsrechtlichen Dogmatik zur Rechtfertigung besonderen gleichheitsrechtlichen Schutzes gerade nicht entwickeln. Der allgemeine Gleichheitssatz schützt ausreichend davor, daß nicht nach völlig irrelevanten Kriterien differenziert wird. Gäbe es keinen nachvollziehbaren Grund, jemals nach der Rasse zu differenzieren, bräuchte man zur verfassungsrechtlichen Überprüfung weder eine besondere Stufe der Kontrolldichte, noch einen Satz dieses Inhalts überhaupt.[263] Schon der Grundrechtsschutz nach dem allgemeinen Gleichheitssatz müßte ausreichen. Die fehlen-

260 Tribe, Constitutional Law, S. 1514; Fiss, Groups, S. 84; Brest, S. 1

261 Vgl. zum folgenden Ely, Democracy.

262 Vgl. dazu beispielsweise den Streit um das assimilationistische Gesellschaftsideal, siehe oben S. 265.

263 Vgl. dazu den interessanten Aufsatz von Strauss, The Myth of Colorblindness, der auf Grundlage der ökonomischen Sicht des Rechts darauf abstellt und durch Beispiele belegt, daß ein Verbot, welches auch Differenzierungen nach der Rasse bei zutreffenden Generalisierungen untersagt, sich gerade nicht auf ein Prinzip der Farbenblindheit berufen kann.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

de Relevanz des Merkmals kann eine besondere gleichheitsrechtliche Stellung nicht begründen.
Als weiterer Begründungsversuch könnte auf die Unveränderlichkeit des Merkmals Rasse abgestellt werden. Es erscheint ungerecht, nach Merkmalen zu differenzieren, auf die der einzelne keinen Einfluß hat, so daß die Rechtfertigung intensiverer verfassungsgerichtlicher Kontrolle aus diesem Grund gelingen könnte. Doch ist auch diese Überlegung nur auf den ersten Blick plausibel, läßt sich doch ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß nach unveränderlichen Kriterien nicht differenziert werden dürfe, bei näherer Betrachtung nicht halten. Körpergröße, Intelligenz, körperliche oder geistige Behinderung sind von jeher rechtfertigende Wirkung für Differenzierungen zuerkannt worden, wenn sie nicht im Hinblick auf den gesetzgeberischen Zweck als willkürlich erscheinen.[264] Wiederum ist man darauf angewiesen, zu begründen, weshalb Rasse im dogmatischen Rahmen des Gleichheitssatzes anders als andere Merkmale behandelt werden soll.
Zumeist wird der Sinn des Verbots der Verwendung des Merkmals Rasse bei der Zuordnung von Rechten und Pflichten denn auch erklärt als Verbot, Menschen zu degradieren oder zu stigmatisieren. Der Gleichheitssatz verlange, allen Menschen den gleichen Respekt, die gleiche Würde und Achtung entgegenzubringen. Er verwehre damit die Unterscheidung zwischen Menschen oder Bürgern erster und zweiter Klasse, untersage es, rassische Gruppen als Herren- oder Sklavenrasse anzusehen. Es dürften nicht einige als Außenseiter aus der Gesellschaft ausgegrenzt und andere als Insider privilegiert werden. In letzter Konsequenz werden besondere Gleichheitssätze somit verstanden als Verbot der Aberkennung gleicher Menschenwürde für bestimmte Personengruppen.[265]
Nach diesem Verständnis geht es dann auch nicht mehr um das abstrakte Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale, sondern um den Schutz bestimmter Personen oder Personengruppen vor Entwürdigung. In der dogmatischen Umsetzung dieses Blickwinkels stellen einige vor allem auf das Verfahren ab, in dem die Entscheidungen getroffen werden (1), während andere eher die nachteiligen Auswirkungen auf besonders geschützte Gruppen in den Vordergrund stellen (2).

264 Für Behinderte stellen sich allerdings auch schwierige Fragen der Diskriminierung, die aber nach allgemeiner Ansicht gerade nicht allein im Sinne eines absoluten Differenzierungsverbots allein zu lösen sind, vgl. zu diesem Problemkreis: Minow, Difference.
265 Vgl. dazu Karst.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Prozeß-orientierte Ansätze

Ihren Ausgangspunkt fanden die prozeß-orientierten Ansätze schon im Jahre 1938. Eher nebenbei - im Rahmen einer Erörterung der Bedeutung verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung gegenüber vom Gesetzgeber getroffenenen Entscheidungen - merkte Richter Stone in einer Fußnote, der inzwischen berühmten Fußnote Nr. 4 der *Carolene Products*-Entscheidung an:

> »... prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry«.[266]

Kurz zusammengefaßt, liegt dem *Carolene*-Ansatz das Bild einer pluralistischen Gesellschaft zugrunde, in der demokratische Entscheidungen nicht von einer einheitlichen, homogenen und vor allem nicht immer von derselben Mehrheit getragen werden. Verschiedene Interessengruppen, die alle einen Teil der Bevölkerung repräsentieren, verhandeln miteinander, um sich die gegenseitige Unterstützung bei bestimmten Gesetzgebungsvorhaben zu sichern. Der Justiz kommt die Aufgabe zu, diesen Prozeß zu überwachen. Gibt es Gruppen, die vom normalen System des Ver- und Aushandelns ausgeschlossen sind, die im Ergebnis weitaus häufiger als vergleichbare Gruppen auf der Seite der Verlierer stehen, also letztlich nicht auf ihren »gerechten« Anteil und Einfluß auf Entscheidungen kommen, soll die dritte Gewalt eingreifen und bei der Kontrolle genauer hinsehen.[267]
Soweit die *Carolene*-Fußnote verlangt, auf Vorurteile gegenüber bestimmten Gruppen im Hinblick auf ihre Beteiligung an politischen Prozessen zu achten, ist sie bis heute aktuell geblieben. Unter dem Gesichtspunkt struktureller politischer Machtlosigkeit erweisen sich heutzutage aber die Voraussetzungen - discrete and insular minorities - als zweifelhaft, die Richter Stone an Gruppen stellt, denen die Gerichte besondere Aufmerksamkeit widmen sollen.

266 United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152 Anm. 4 (1938): »... möglicherweise behindern Vorurteile gegenüber leicht identifizierbaren und insularen Minderheiten das Funktionieren derjenigen politischen Prozesse, auf die man sich normalerweise zum Schutz von Minderheiten verlassen kann, so stark, daß eine intensivere gerichtliche Kontrolle angebracht wäre«.

267 Vgl. dazu Ackerman, S. 719 ff.; Brilmayer.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Fraglich ist schon, ob überhaupt das Abstellen auf Minderheiten gerechtfertigt ist. Angenommen, auf verfahrensmäßig legale Weise wäre ein mehrheitlich weißes Rechtsetzungsgremium gewählt worden, welches sodann rassensegregierende Gesetze erläßt.[268] Sollte die Intensität gerichtlicher Kontrolle wirklich davon abhängen, ob Schwarze in der besagten Gebietskörperschaft eine Mehrheit von 75% oder eine Minderheit von 10% darstellen - oder wären nicht gerade umgekehrt die Zweifel am Funktionieren des politischen Prozesses um so stärker, wenn Schwarze die Mehrheit stellten? Auch ließe sich fragen, ob nicht auch bestimmte Gruppen - wie etwa Frauen - strukturell politisch machtlos im oben skizzierten Sinne sein können, obwohl sie rein rechnerisch die Mehrheit der Wahlberechtigten stellen.
Betrachtet man gar die Lage »insularer« gegenüber der »diffuser« Gruppen,[269] liegt es sogar nahe anzunehmen, daß eine Minderheit von 12%, die - in Ackermans Bild[270] - auf einer massiven, festen Insel im Meer des amerikanischen Lebens lebt, politisch einflußreicher ist als eine vergleichbare Minderheit von 12 %, deren Angehörige sich gleichmäßig im Meer verteilen. Die Angehörigen der insularen Gruppe leben in Gemeinschaft mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe, können Selbstvertrauen und Solidarität entwickeln sowie politische Diskussions- und Kommunikationszusammenhänge schaffen. Die Angehörigen der diffusen Gruppe haben dagegen schon erhebliche Schwierigkeiten darin, sich überhaupt zu organisieren und politische Konzepte für ihre Interessenvertretung zu entwickeln.
Eine ähnliche Überlegung gilt auch für leicht identifizierbare gegenüber anonymen Gruppen. Ist das Merkmal, dessentwegen diskriminiert wird, nicht leicht zu identifizieren, besteht für die Diskriminierten die Möglichkeit des privaten Ausweges. Sie können ihre Zugehörigkeit zu der diskriminierten Gruppe verleugnen und damit die Folgen der Diskriminierung für sich persönlich minimieren. Als Beispiel für solches Verhalten werden häufig Homosexuelle genannt. Denen, die wegen leicht identifizierbarer Merkmale diskriminiert werden, steht ein solcher Ausweg dagegen nicht offen. Sie müssen irgendwie mit dem Problem der Diskriminierung umgehen. Die Chancen, daß sich diese Gruppe politisch gegen die Diskriminierung wehrt, steigen.[271]
Somit bleibt von dem *Carolene*-Ansatz vor allem der Gedanke der Beziehung zwischen Vorurteil gegenüber bestimmten Gruppen und daraus resultieren-

268 Beispiel von Ackerman, S. 718.
269 Dazu ausführlich Ackerman, S. 722 ff.
270 Ackerman, S. 724.
271 Vgl. auch dazu ausführlich Ackerman, S. 728 ff.; vgl. auch Ely, Democracy, S. 162 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den Defiziten im Funktionieren des politischen Prozesses. In neuerer Zeit entwickelte vor allem Ely diesen Gedanken weiter. Er ist wohl der einflußreichste Vertreter eines prozeß-orientierten Ansatzes in der Auslegung der equal protection-Klausel.

Ausgangspunkt ist für Ely der Umstand, daß der Gleichheitssatz keine Anleitung dahingehend enthalte, wie im Ergebnis Güter oder Lasten »gleich« zu verteilen seien. Die Verfassungsmäßigkeit von Akten könne daher nicht dadurch beurteilt werden, daß man betrachte, wie die Verteilung im Ergebnis aussehe, sondern allein dadurch, daß man den Prozeß, der die fragliche Verteilung herbeigeführt habe, analysiere.[272] Entscheidender Gesichtspunkt im Bereich des Gleichheitssatzes ist für Ely dabei die Motivation des handelnden Trägers staatlicher Gewalt.[273] In einem Beispiel versucht er, diesen Ansatz anschaulich zu machen.[274] Angenommen, ein Sergeant habe drei Mitglieder seiner sechsköpfigen Truppe für ein besonders gefährliches Unternehmen auszuwählen. Offensichtlich werde die Verfassung nicht verletzt, wenn der Sergeant die drei nach den Ergebnissen eines Schießtests oder vielleicht sogar nach dem Zufallsprinzip auswähle. Andererseits verstieße es gegen die Verfassung, sie nach ihrer ethnischen Herkunft, religiösen oder politischen Überzeugung auszuwählen. Dabei mag - und darauf kommt es Ely an - im Ergebnis eine verfassungsgemäße wie eine verfassungswidrige Auswahl dieselben Personen treffen. Doch nur, wenn eine verfassungswidrige Motivation die Wahl wesentlich beeinflußt zu haben scheint, sei das Verfahren illegitim und wäre sein Ergebnis durch Gerichte aufzuheben.[275] Ely verkennt nicht, daß hier erhebliche Beweislastprobleme auftreten; allein der Umstand, daß es schwierig sei, die Motivation herauszufinden, könne aber nicht daran hindern, eine solche Untersuchung überhaupt vorzunehmen.[276] Entscheidend ist für ihn aber nicht (allein),[277] welche tatsächliche Motivation die Han-

272 A.a.O., S. 135 f. Er macht jedoch eine wichtige Einschränkung: soweit verfassungsrechtlich garantierte (Freiheits-)Rechte betroffen seien, könne auch »das Ergebnis« analysiert werden, vgl. dazu auch S. 145.

273 Der Begriff »motivation« wird von Ely umfassend im Sinne des verfolgten Zieles verwendet sowohl für Entscheidungen eines einzelnen Trägers hoheitlicher Gewalt wie auch für gesetzgebende Körperschaften.

274 S. 137.

275 S. 138. Mit der Formulierung »asking whether an unconstitutional motivation appears materially to have influenced the choice« versucht Ely das Problem zu lösen, eine Motivation als die dominante herausarbeiten zu müssen.

276 S. 137 f.

277 1970 hatte Ely, Motivation, S. 1205, noch für die vollkommene Bedeutungslosigkeit der tatsächlichen Motivation plädiert. Diese Position nimmt er jetzt zurück, Democracy, S. 243, Anm. 15

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

delnden bewegte, sondern die Frage, ob es eine plausible, legitime Begründung für den Erlaß des fraglichen Aktes gibt.[278]
Unter diesem Blickpunkt gewinnt die dogmatische Figur der »suspect classification« für Ely eine neue Funktion. Er bezeichnet sie als »handmaiden of motivation analysis«.[279] Könne eine verfassungswidrige Zwecksetzung unmittelbar bewiesen werden, sei der fragliche Akt ohne weitere Untersuchung aufzuheben. Wenn aber ein solcher direkter Nachweis verfassungswidriger Zwecksetzung nicht erfolgen könne, erlange die Intensität der gerichtlichen Überprüfung ihre besondere Bedeutung. In der Regel werde eine gesetzgeberische Differenzierung am besten der Erreichung des Zieles entsprechen, welches der Gesetzgeber wirklich verfolgt habe. Ein verfassungswidriges Ziel könne aber zur Rechtfertigung der gesetzgeberischen Unterscheidung vor dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz nicht dienen. Zur Rechtfertigung könne dann nur ein anderes Ziel vorgetragen werden, welches durch die Unterscheidung voraussichtlich nur in geringerem Ausmaß gefördert werde. Verbliebe die gerichtliche Überprüfung auf der Ebene des rational basis test könnte dieses andere – für sich genommen verfassungsmäßige – Ziel die angegriffene Maßnahme vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit retten. Verlange man aber im Rahmen der strict scrutiny, daß die vom Gesetzgeber gewählte Klassifizierung dem Zweck besser als die Unterscheidung nach jedem anderen Kriterium entspreche, werde vermutlich nur das wirklich verfolgte Ziel eine ausreichend enge Zweck-Mittel-Beziehung aufweisen. Sei dieses aber verfassungswidrig, werde das Gesetz der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nicht standhalten. Für Ely erfüllt der Maßstab der strict scrutiny damit funktionell die Aufgabe, verfassungswidrige Motivation zu identifizieren, ohne daß die bekannten Beweisprobleme hinsichtlich tatsächlicher Motivation auftreten.[280]
Ely lehnt es ab – wie Rechtsprechung und Literatur gemeinhin vorgehen –, zunächst zu bestimmen, ob eine Klassifizierung suspekt sei, und in einem davon getrennten Gedankenschritt zu prüfen, ob die Anforderungen an die Bedeutung des verfolgten Zieles und die Nähe der Zweck-Mittel-Beziehung erfüllt seien.[281] Er sieht die Untersuchung als Einheit, die darin bestehe, zu fragen, ob der durch die Klassifizierung zunächst erregte Verdacht der verfas-

278 Insofern erinnert Elys Position an das vor allem von Podlech und Schlink vertretene Begründungsverbot, vgl. oben S. 147 ff.
279 Democracy, S. 145; übersetzt: »Handmagd der Motivations-Analyse«.
280 Ely, S. 145 f.
281 S. 146 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sungswidrigen Motivation begründet oder durch nähere Betrachtung widerlegt werden könne. Er erläutert dies näher am Beispiel einer Differenzierung nach der Rasse, die die rassische Minderheit benachteiligt. Selbstverständlich errege eine solche Differenzierung den Verdacht, daß sie genau das erreichen wolle, was die Wahl des Differenzierungsmerkmals nahelege, nämlich schlicht, die rassische Minderheit zu benachteiligen. Bringe der Staat andere Gründe vor, die diese Differenzierung rechtfertigen sollen, sei zu überprüfen, ob diese Ziele nicht durch die Wahl eines anderen Differenzierungskriteriums effektiver hätten erreicht werden können. Dies führt zu einem weiteren Element der Analyse: die Berücksichtigung der Gewichtigkeit des angeführten Grundes. Selbst wenn die Zweck-Mittel-Beziehung eng genug sein sollte, könne das vorgetragene Ziel so trivial sein, daß sich der Anfangsverdacht - es gehe hier um Diskriminierung - letztlich nicht zerstreuen lasse. Ely meint, durch dieses zusätzliche Element der Untersuchung beispielsweise den Graduierungsfall lösen zu können.[282] Der Direktor einer Schule ordnet an, daß bei der Abschlußzeremonie Schwarze auf der einen und Weiße auf der anderen Seite des Podiums zu sitzen hätten, und verteidigt diese Sitzordnung unter Hinweis auf ästhetische Vorstellungen. Hier erscheine der verfolgte Zweck so trivial, daß er nur als Rationalisierung eigentlich diskriminierender Motivation verstanden werden könne. Ely setzt dem einen anderen Fall entgegen, wo die Rassentrennung berechtigt wäre: bei dem drohenden Ausbruch eines Rassenaufruhrs in einem Gefängnis.

Nach dieser Neuinterpretation der equal protection-Klausel wendet sich Ely der Frage zu, wann eigentlich der für seine Analyse entscheidende Anfangsverdacht - die Benachteiligung erfolge um ihrer selbst willen - entstehe. Hier knüpft Ely an die *Carolene Products*-Fußnote an und weist dem Begriff des Vorurteils zentrale Bedeutung zu.[283] Er versteht unter Vorurteil - ohne eine vollständige Definition anzustreben - »eine Linse, die die Wirklichkeit verzerrt«[284] und damit verhindert, daß gemeinsame Interessen als solche erkannt werden. Mit diesem Bindeglied kommt Ely von der politischen Betrachtungsweise des Verfahrens - wie sie das Bild des pluralistischen Bazars, von dem bestimmte Gruppen ausgeschlossen werden, eher nahelegt - zu der Analyse der »Psychologie der Entscheidung«[285] und rückt damit wiederum den Begriff der Motivation in den Brennpunkt. Aufgabe der dogmatischen

282 S. 147 f.
283 Daß es um »discrete and insular minorities« gehen müsse, weist er zurück, S. 151 f.
284 S. 153: »prejudice is a lens that distorts reality«.
285 S. 153.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Figur der »suspect classification« sei es, Versuche seitens Träger hoheitlicher Gewalt offenzulegen (und damit verfassungsrechtlich angreifbar zu machen), eine Gruppe nicht im Interesse eines wichtigeren sozialen Zieles, sondern vor allem um ihrer Benachteiligung willen, schlechter zu stellen. Ely erscheinen deshalb Klassifizierungen suspekt, »die Gruppen schlechter stellen, von denen wir wissen, daß sie das Objekt weitverbreiteter Herabsetzung sind, Gruppen, von denen wir wissen, daß möglicherweise andere (insbesondere diejenigen, die den Gesetzgebungsprozeß kontrollieren) sie verletzen wollen«.[286] Dabei betont er - ganz in Übereinstimmung mit einer prozeß-orientierten Theorie - daß es nicht darum gehe festzustellen, ob die Feindseligkeit gegenüber bestimmten Gruppen gerechtfertigt sei.
Neben diesem »Vorurteil des ersten Grades«[287] - der Schlechterstellung einer Gruppe, um den Angehörigen der Gruppe zu schaden - benennt Ely eine zweite Kategorie von Vorurteilen, die einen Anfangsverdacht im Sinne seiner Theorie erregen könnten. Ausgehend davon, daß Generalisierungen notwendiges Mittel der Gesetzgebung sind, weist Ely darauf hin, daß eine Generalisierung - wie manchmal gefordert - nicht durch das Argument, es gebe zu viele Gegenbeispiele, zu Fall gebracht werden könne. Verdächtig erscheinen ihm aber Typisierungen, bei denen die Anzahl der Gegenbeispiele deutlich höher ist, als die Gesetzgebungsinstanz angenommen hat. Unter diesen Umständen beruhe die gesetzgeberische Entscheidung auf fehlerhaften Tatsachenannahmen und sei damit nicht haltbar. Ely zieht den gesunden Menschenverstand heran, um zu verdeutlichen, unter welchen Bedingungen Generalisierungen vermutlich akzeptiert werden können; im Alltagsleben würde man bei Generalisierungen wissen wollen, von wem sie kommen und wessen Interessen sie dienen. Generalisierungen, die den Interessen des Entscheidungsträgers dienen, seien besonders problematisch. Dabei müsse es noch nicht einmal um greifbare Vorteile gehen. Unter Heranziehung sozialpsychologischer Forschungsergebnisse führt Ely aus, daß es nur wenige Menschen gäbe, die über pauschale Vergleiche, die die Gruppe, der sie angehören, gegenüber anderen Gruppen als überlegen charakterisieren, nicht erfreut und damit auch geneigt gewesen wären, sie als wahr zu akzeptieren.[288] »Daher werden Verallgemeinerungen dahingehend, etwa, daß Weiße normalerweise klüger oder fleißiger als Schwarze, Männer ›belastbarer‹ als Frauen sind ..., wahrscheinlich recht einfach geglaubt - und in der Tat wissen wir, daß

286 S. 153.
287 S. 157.
288 S. 158.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

das stimmt - von Gruppen, deren Zusammensetzung der einer typischen amerikanischen gesetzgebenden Versammlung entspricht«.[289] Zwar sei selbstverständlich die Existenz von Gegenbeispielen bekannt, aber als Beschreibung des »Normalen« würden die positiven Vorurteile gegenüber der eigenen Gruppe und die negativen gegenüber anderen Gruppen relativ leicht von Abgeordneten, wie von jedem anderen Menschen, hingenommen. Die unterschiedliche Behandlung zweier Gruppen durch ein Gesetz sei daher dann verdächtig, wenn die ganz überwiegende Mehrzahl der Abgeordneten der einen Gruppe (»wir«) angehört. Denn damit steige die Wahrscheinlichkeit, daß zu leicht angenommen werde, die Angehörigen der anderen Gruppe (»sie«) würden jedenfalls nicht zu Unrecht schlechter und »wir« nicht zu Unrecht besser gestellt.[290] Die meisten Gesetze unterschieden zwischen Gruppen, zu denen die meisten Abgeordneten nicht gehörten. Diese »sie-sie«-Konstellation sei verfassungsrechtlich nicht bedenklich, während Gesetze vom Typ »wir-sie« den Anfangsverdacht erregen und vom Gericht deshalb in der oben beschriebenen Weise intensiver überprüft werden sollten.[291] Die Frage, bei welchen Gruppen Ely eine solche »wir-sie«-Qualität annimmt, soll hier nicht weiter verfolgt werden;[292] Schwarze gehören jedenfalls dazu.

Elys Theorie führt für den paradigmatischen Fall der Schwarzen zu folgenden Konsequenzen: Da Ely den Gleichheitssatz als Verbot des verfassungswidrig motivierten Handelns zu Lasten der Schwarzen versteht, wird mittelbare Benachteiligung im Regelfall nicht erfaßt werden. Insoweit entspricht Elys Ergebnis dem aus einem Differenzierungsverbot abgeleiteten. Anderes gilt aber für affirmative action. Zwar hält Ely die moralische Beurteilung von affirmative action für schwierig, die verfassungsrechtliche ist für ihn leichter.[293] Bei affirmative action-Maßnahmen werden die Angehörigen derjenigen Gruppe - die Weißen - nachteilig getroffen, der auch die überwiegende Anzahl der gesetzgeberisch Handelnden angehören. Die Gefahr, daß hier die Nachteile, die Weiße in Kauf nehmen müssen, nicht ausreichend bedacht worden sind, scheine gering, oder wie Ely es formuliert: »Ob es zutrifft, daß

289 S. 159.
290 S. 159.
291 Kritisch zu Ely's sozialpsychologischem Ansatz, Ackerman, S. 734 ff.
292 Ely selbst diskutiert einige Beispiele von Gruppen - diejenigen, die in der amerikanischen Diskussion immer als mögliche Kandidaten für strict scrutiny genannt werden: Ausländer, Arme, Homosexuelle, Frauen -, bei denen ein solcher Anfangsverdacht typischerweise gegeben sein könnte, S. 161 ff.
293 Ely, S. 170.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

es gesegneter ist zu geben als zu nehmen oder nicht, jedenfalls ist es sicherlich weniger verdachterregend«.[294]

In der Kritik an Elys Theorie spiegelt sich zunächst der grundsätzliche Streit um die Rolle von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit wider. Die Vertreter einer prozeß-orientierten Theorie sehen in der Verfassung vor allem Garantien des fairen Verfahrens[295] und weisen dementsprechend dem Verfassungsgericht primär die Aufgabe zu, das demokratische Verfahren zu überwachen und Fehler in dem Anspruch aller auf faire Repräsentation zu beheben, während (Wert)-Entscheidungen dem Gesetzgeber überlassen bleiben. So könne die Gerichtsbarkeit wirklich neutral und objektiv bleiben, nur so könne sie vermeiden, die politischen Entscheidungen, die in einer Demokratie dem Gesetzgeber zugewiesen sind, durch ihre eigenen Überzeugungen und Wertungen zu ersetzen.[296] Die Kritik der Gegner[297] bezieht sich vor allem auf den Umstand, daß auch eine noch so stark aufs Verfahren konzentrierte Verfassungstheorie ohne von Gerichten getroffene materielle Entscheidungen nicht auskomme, wie sich beispielsweise an Elys Begriff des Vorurteils zeigen lasse.[298] Von besonderem Interesse für das Verständnis besonderer Gleichheitssätze ist aber ein weiterer Einwand, welcher Elys Theorie ebenso wie ein Verständnis der equal protection-Klausel als Differenzierungsverbot trifft und der einen Neuansatz in der Bestimmung der Funktion der besonderen Gleichheitssätze ermöglicht: die Betonung der Opfer- statt der Täterperspektive.

294 S. 171.

295 S. 87: »... contrary to the standard characterization of the Constitution as ›an enduring but evolving statement of general values,‹ is that in fact the selection and accommodation of substantive values is left almost entirely to the political process and instead the document is overwhelmingly concerned, on the one hand, with procedural fairness in the resolution of individual disputes ..., and on the other, with ... ensuring broad participation in the processes and distributions of government« (Anmerkungen des Originals weggelassen).

296 Vgl. dazu z.B. S. 101 ff.

297 Vgl. mit einer prägnanten Zusammenfassung der Gesichtspunkte, Tribe, Puzzling Persistence.

298 Vgl. dazu Tribe, a.a.O., S. 1073; Ackerman, S. 731 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. *Schutz bestimmter Gruppen*

Statt eines »Antidiskriminierungsprinzips«[299] sehen in neuerer Zeit manche Autoren in der equal protection-Klausel ein »right not to be subjugated«[300] oder sprechen vom »antidomination« bzw. »antisubordination principle«.[301] Auch dabei geht es im Kern um die Anerkennung gleicher Würde und gleichen Wertes aller Menschen. Doch erscheint diesen Autoren als unabdingbare Voraussetzung dafür die Abschaffung des Zwei- (oder Mehr-)Klassensystems, einer rechtlichen Ordnung, die eine Gesellschaft schafft, in der einige Bürger gleicher sind als andere.[302] Auch sie beziehen sich auf die berühmte abweichende Meinung des Richters Harlan in der *Plessy*-Entscheidung; in unmittelbarer Nähe des Postulats der Farbenblindheit der Verfassung, auf die sich die Vertreter des Differenzierungsverbots immer berufen, steht auch, daß es nach der Verfassung kein Kastensystem gibt, und die Verfassung Klassen von Bürgern weder kennt noch toleriert.[303]

Dies hat einen Wechsel der Blickrichtung zur Folge. Statt sich auf individualisierte Einzelakte der Diskriminierung zu konzentrieren, wird zunächst die Lage der Schwarzen mit der der Weißen verglichen. In allen sozialen Problembereichen sind Schwarze deutlich überproportional vertreten – wie beispielsweise bei den Arbeitslosen, den Obdachlosen, den Armen, den Analphabeten –, in allen Positionen von Macht, Einfluß und Prestige sind Schwarze nicht oder kaum repräsentiert. In der gesellschaftlichen Wirklichkeit erweist sich der Status beider Gruppen als deutlich unterschiedlich, die tatsächlichen Chancen der Schwarzen sind wesentlich schlechter als die der Weißen. Nach Ansicht dieser Autoren setzt sich hier die rassische Hierarchie fort, die durch die Schaffung des 14. Amendments hatte beseitigt werden sollen. Die schlechteren Ausgangsbedingungen, unter denen Schwarze heute in Amerika leben, werden als Fortwirkung der früher offiziell sanktionierten Rassendiskriminierung begriffen.

299 Womit das gemeint ist, was in Deutschland in der Regel als Differenzierungs- oder Diskriminierungsverbot erfaßt wird; dessen Bedeutung aber auch stark schwanken kann, vgl. dazu den Aufsatz von Brest, Forward, der zwar zur Verteidigung des Antidiskriminierungsprinzips aufruft, in seine Deutung aber zahlreiche Elemente eines materiellen Prinzips einbezieht.

300 Tribe, Constitutional Law, S. 1514; übersetzt: »Recht, nicht unterjocht zu werden«.

301 Vgl. z.B. Kennedy, Persuasion, S. 1334 ff.; Colker, S. 1003 ff.; Freeman, Legitimacy, S. 1052 ff.; in eine ähnliche Richtung zielen auch das »group-disadvantaging principle« von Fiss (Groups, S. 124 ff.) und der »inequality approach« von MacKinnon (Sexual Harassment, S. 116 ff.); vgl. auch Unger, S. 43 ff.

302 Tribe, Constitutional Law, S. 1515.

303 Siehe oben S. 219.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auf die Lage der Schwarzen als Gruppe auch unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten zu blicken, rechtfertigt sich schon aus Gründen der Entstehungsgeschichte der equal protection-Klausel. Anliegen der Väter des 14. Amendment war es, die Lage der Schwarzen zu verbessern. Das Bestreben um die Verbesserung der Situation einer Gruppe stand somit schon zu Beginn der Verankerung des Gleichheitssatzes in der Verfassung.
Doch auch vom entstehungsgeschichtlichen Argument abgesehen läßt sich eine besondere Qualität der Gruppe der Schwarzen begründen. Zwar mag man auch bei rassischen und ethnischen Gruppen darüber streiten können, ob sie »natürliche«, vorgegebene Gruppen bilden, oder ob die Gesellschaft sie zur Gruppe erst durch gesellschaftliche Kategorien, Wertungen und Grenzziehungen macht;[304] jedenfalls sind sie unzweifelhaft eine relevante Gruppe in der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Fiss weist auf weitere Kriterien hin, die die Gruppe der Schwarzen - er nennt sie eine »soziale Gruppe« - von anderen Gruppen unterscheidet. Zum einen existiere sie unabhängig von ihren jeweiligen Mitgliedern und habe eine eigene Identität; zum anderen hängen Wohl und Identität der Mitglieder und Wohl und Identität der Gruppe voneinander ab.[305] Schließlich nehmen Schwarze für Fiss einen besonderen Stellenwert unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten ein, weil sie nicht nur zur Zeit am unteren Ende der ökonomischen Leiter stehen, sondern zudem diesen Rang über Jahrhunderte eingenommen haben. Er nennt sie daher Amerikas »perpetual underclass«.[306]
Während eine gleichheitsrechtliche Theorie aus der Opferperspektive auf die Lage der Schwarzen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit blickt, blickt das Antidiskriminierungsprinzip aus der Täterperspektive und erklärt Handlungen als unzulässig, die aus verfassungswidrigen Motiven erfolgen. Diskriminierung erscheint aus der Täterperspektive als Einzelakt, den ein bestimmter Täter einem bestimmten Opfer zufügt. Dem liegt ein Gesellschaftsbild zugrunde, welches in Rassendiskriminierung ein soziales Phänomen der Vergangenheit erblickt und für das Rassendiskriminierung heute nur noch als das Ergebnis von Handlungen einzelner Fehlgeleiteter existiert.[307]
Das Antidiskriminierungsprinzip reicht aus, um mit solchen isoliert auftretenden Fällen fehlerhaften Verhaltens fertig zu werden, doch wird von den Vertretern eines Antidominierungsprinzips eine solche Sichtweise als ver-

304 Vgl. dazu Tribe, Puzzling Persistence, S. 1074.
305 Fiss, Groups, S. 125.
306 S. 127.
307 Vgl. zum Vorstehenden Freeman, Legitimizing Racial Discrimination, S. 1052 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kürzt zurückgewiesen. Tribe weist darauf hin, daß schon aus rein praktischen Gründen selbst ein informelles und subtiles Kastensystem nicht lange existieren könnte, wäre es notwendig, regelmäßig bewußt und personifiziert gegen jedes Mitglied der unterdrückten Gruppe zu diskriminieren. Regime von andauernder Unterdrückung erzeugten daher Mechanismen, Einrichtungen und Umstände, die der Zielgruppe Lasten und Zwänge auferlegen, ohne wiederholte oder individualisierte diskriminierende Handlungen anwenden zu müssen.[308]

Das Antidiskriminierungsprinzip bietet nur gegen einen Mechanismus der Unterdrückung Schutz: den bewußten Akt der Schaffung von Normen, die Schwarze benachteiligen. Es übersieht demgegenüber, daß Schwarze auch nachteilig betroffen werden können, wenn der Staat ihrem Leiden »nur« gleichgültig gegenübersteht. Auch wenn sich der Staat »einfach« der Tatsache gegenüber als blind erweist, daß bestimmte »rassenneutral« formulierte Maßnahmen das Ergebnis der früher staatlich sanktionierten Rassendiskriminierung perpetuieren.[309]

So begreift die Opferperspektive Diskriminierung als strukturell und umfassend, die die Existenz von Schwarzen in der heutigen Gesellschaft prägt und die nur beseitigt werden könne, wenn die Bedingungen verändert werden. Deshalb kann es auch nicht auf die Vorurteile ankommen, die die Träger hoheitlicher Gewalt in ihren Herzen und Gedanken tragen mögen, sondern es geht um die Auswirkungen, die staatliche Akte auf bestimmte Gruppen - insbesondere die Schwarzen - haben: »Ziel der equal protection-Klausel ist es nicht, unreine Gedanken auszumerzen, sondern ein volles Maß an menschlicher Würde für alle zu garantieren«.[310]

Die Interpretation der equal protection-Klausel als Antidominierungsprinzip hat zur Folge, daß strict scrutiny - wenn überhaupt noch in diesen dogmatischen Kategorien gedacht wird - überhaupt nur bei Gesetzen, die Schwarze nachteilig treffen, in Betracht kommen kann. Affirmative action erscheint daher grundsätzlich als verfassungsrechtlich unbedenklich und unterliegt der Prüfung nur anhand des Prüfungsmaßstabes des allgemeinen Gleichheitssatzes. Verfassungswidrig sind affirmative action-Programme nur dann, wenn sich eine rationale Grundlage für ihre Einrichtung nicht finden läßt.

Im Ergebnis ist die Interpretation als Antidominierungsprinzip auch die einzige, die mittelbare Benachteiligung als verfassungsrechtlich problematisch

308 Tribe, Constitutional Law, S. 1518; Schnapper, Perpetuation, S. 834, 863.
309 Tribe, Constitutional Law, S. 1518 f.
310 Tribe, Constitutional Law, S. 1516.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erfaßt; vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um disparate impact wird dieser neue gleichheitsrechtliche Ansatz entwickelt und diskutiert. Er zielt gerade darauf ab, bewußt zu machen, daß »neutrale« staatliche Maßnahmen, die auf dem Resultat jahrhundertelanger Diskriminierung aufbauen, häufig dazu dienen können, Rassenhierarchie zu verfestigen. Hat ein Gesetz besondere nachteilige Auswirkungen auf die Schwarzen, so ist es jedenfalls rechtlich nicht unbedenklich.

Schwierig gestaltet sich aber die Grenzziehung. In gewissem Sinne wirkt sich beispielsweise jedes Gesetz, welches finanzielle Lasten anordnet, besonders nachteilig auf Schwarze aus, da sie überproportional arm sind. Dabei besteht weithin Einigkeit darüber, daß solche Gesetze natürlich nicht gemeint sind. Eine scharfe, theoretisch klare Grenzziehung wird in der amerikanischen Diskussion zumeist nicht vorgenommen, letztlich verläßt man sich häufig auf den gesunden Menschenverstand, Plausibilität und »intuitive« Einsichtigkeit. Tribe faßt einige der Kriterien, auf die es ankommt, zusammen und führt aus, daß strict scrutiny lediglich gegenüber den Akten öffentlicher Gewalt, »die nach ihrer Geschichte, ihrem Kontext, ihrer Quelle und ihren Auswirkungen am wahrscheinlichsten scheinen, nicht nur Unterordnung zu perpetuieren, sondern auch eine Tradition von Feindseligkeit gegenüber einer geschichtlich unterjochten Gruppe oder ein Muster von Blindheit oder Gleichgültigkeit gegenüber den Interessen dieser Gruppe zu reflektieren«, angebracht ist.[311] Andere dagegen halten es schon für ausreichend, wenn ein Akt staatlicher Gewalt »nur« Unterordnung perpetuiert; sie verlassen sich auf die Analyse der jeweiligen tatsächlichen Besonderheiten des konkreten Falles.[312]

Eine ausgefeilte Dogmatik wird von den Vertretern des Anti-Subjugationsprinzips nicht angeboten. Ihnen geht es auch vor allem um Grundsätzliches, um den Wechsel von der Täter- zur Opferperspektive. Sie wollen erreichen, daß Fragen und Kriterien, die an jeden Fall besonders zu stellen sind, aus dem richtigen Blickwinkel heraus entwickelt werden.

D. Rassendiskriminierung und Geschlechterdiskriminierung

Bisher wurden die Fragen der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Diskriminierung fast ausschließlich anhand der Lage der Schwarzen diskutiert.

311 Tribe, Constitutional Law, S. 1520.
312 Vgl. Colker, S. 1066.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Schritt zur Erweiterung auf ethnische oder nationale Gruppen lag in den USA nahe;[313] der Supreme Court machte schließlich den ersten Ansatz zur Anwendung von strict scrutiny bei der Überprüfung der Internierung von Amerikanern japanischer Abstammung während des 2. Weltkrieges.[314] Heftig umstritten war und ist aber, ob und inwieweit die Rechtsprechung zur Rassendiskriminierung auf Frauendiskriminierung übertragen werden kann. Bis in die siebziger Jahre dieses Jahrhunderts hinein wurden Differenzierungen nach dem Geschlecht vom Supreme Court routinemäßig aufrechterhalten, wie ein kurzer Überblick über die Rechtsprechung zeigt.[315] Beispielsweise wurde Frauen das Recht vorenthalten, als Rechtsanwältinnen zu arbeiten,[316] zu wählen,[317] eine Arbeitszeitbeschränkung zugunsten von Frauen wurde, gerade drei Jahre, nachdem eine ähnliche Regelung zugunsten von Männern als Verstoß gegen die Vertragsfreiheit aufgehoben worden war,[318] für verfassungsgemäß gehalten,[319] der Gerichtshof billigte ein Gesetz, welches Frauen nur dann als Barkeeper arbeiten ließ, wenn sie Tochter oder Ehefrau des männlichen Eigentümers waren,[320] und hielt noch 1961 ein System der Geschworenenauswahl für mit der Verfassung vereinbar, welches Frauen ausschloß, außer wenn sie sich selbst freiwillig für den Dienst meldeten.[321]

313 Selbst Richter Rehnquist, der lange gegen jegliche Intensivierung der gleichheitsrechtlichen Prüfung außer bei Differenzierungen nach der Rasse plädierte, akzeptierte diese als »first cousin« zur Rasse; siehe z.B. Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762 (1977), S. 777 (Rehnquist, dissenting); kritisch zu dieser Argumentation siehe z.B. Ely, Democracy, S. 149.

314 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 216 (1944).

315 Vgl. dazu Tribe, Constitutional Law, S. 1558 ff.; Stone u.a., S. 610 ff.; Lockhart u.a., S. 1286 ff.; Kay; Goldstein; Nowak u.a., S. 660 ff.; Brugger, Grundrechte, S. 189 ff.; Coester-Waltjen; Gleichberechtigung; Seeland, S. 289 ff.

316 Bradwell v. Illinois, 83 U.S. (16 Wall.) 130, 141 (1873) mit der seither viel zitierten concurring opinion von Richter Bradley: »The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life ... The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator«.

317 Minor v. Happersett, 88 U.S. (21 Wall.) 162 (1875); inzwischen überholt durch die Verfassungsänderung des 19. Zusatzartikels im Jahre 1920.

318 Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

319 Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908); mit den seither ebenfalls viel zitierten Worten: »That woman's physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence is obvious. ... Differentiated by these matters from the other sex, she is properly placed in a class by herself and legislation designed for her protection may be sustained, even when like legislation is not necessary for men and could not be sustained«.

320 Goesart v. Cleary, 335 U.S. 464 (1948).

321 Hoyt v. Florida, 368 U.S. 57 (1961). Zwar bemerkte der Gerichtshof schon die »enlightened emancipation of women«, hielt das Gesetz aber für vernünftig in Anbetracht der Tatsache, daß »woman is still regarded as the center of home and family« (S. 61 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die große Veränderung erfolgte 1971, als der Supreme Court einstimmig - freilich noch unter Anwendung des niedrigsten Prüfungsstandards - eine Regelung als willkürlich aufhob, die bei gleichem Verwandtschaftsgrad Männern bei der Einsetzung als Verwalter eines Nachlasses den Vorzug gab.[322] Viele Kommentatoren sehen aber schon in dieser Entscheidung den ersten Ansatz zu intensiverer Prüfung von Differenzierungen nach dem Geschlecht, da nur dann das Ergebnis überzeugen könne.[323]

In dem nur anderthalb Jahre später entschiedenen Fall *Frontiero v. Richardson*[324] sprachen sich dann auch schon vier Richter dafür aus, bei Frauendiskriminierung denselben Prüfungsmaßstab anzulegen wie bei Rassendiskriminierung. Richter Brennan verwies für die Gruppe der vier auf die Geschichte der Frauendiskriminierung, die traditionell durch eine Haltung des »romantischen Paternalismus« gerechtfertigt worden sei, »die aber in ihren praktischen Auswirkungen Frauen nicht auf ein Podest hob, sondern in einen Käfig sperrte«.[325] Dies habe dazu geführt, daß die Position, die Frauen während eines Großteils des 19. Jahrhunderts einnahmen, in vielerlei Hinsicht mit der Stellung der Schwarzen unter den Sklavengesetzen vor dem Bürgerkrieg vergleichbar war.[326] Auch heute noch erführen Frauen weitverbreitete, wenn auch teils subtile Diskriminierung. Geschlecht wie Rasse seien unveränderliche Merkmale, an die anzuknüpfen dem Grundprinzip der Rechtsordnung widerspreche, rechtliche Nachteile nur aufgrund persönlicher Verantwortlichkeit aufzuerlegen. Die Verwendung des Geschlechts zur Klassifizierung sei »verdächtig«, da es häufig keinen Einfluß auf die Fähigkeit, gesellschaftliche Funktionen und Positionen wahrzunehmen, habe. Gesetzliche Differenzierungen nach dem Geschlecht hätten daher häufig »die ganze Klasse der Frauen auf einen niedrigeren Status relegiert, ohne die tatsächlichen Fähigkeiten ihrer individuellen Mitglieder zu berücksichtigen«.[327] Dagegen begründete Richter Powell eine unterschiedliche Behandlung von Rassen- und Frauendiskriminierung mit einer von Brennan abweichenden Einschätzung

322 Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).
323 Tribe, Constitutional Law, S. 1561; Gunther, S. 34.
324 411 U.S. 677 (1973) lag folgender Sachverhalt zugrunde: ein männlicher Angehöriger der Streitkräfte konnte ohne weitere Nachweise erreichen, daß er wegen seiner Ehefrau Vorteile (insbesondere hinsichtlich von Unterbringung und Krankenversicherung) genoß; eine weibliche Angehörige der Streitkräfte mußte dagegen für den Erhalt vergleichbarer Vorteile wegen ihres Ehemannes nachweisen, daß sie über die Hälfte zum Unterhalt der Familie beitrug.
325 A.a.O., S. 684 (plurality opinion by Brennan, joined by Douglas, White, and Marshall).
326 A.a.O., S. 685.
327 S. 686 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Geschichte. Die Erkenntnis, Differenzierungen nach der Rasse seien besonders widerwärtig, stamme »aus einer langen und tragischen Geschichte, die Differenzierungen nach dem Geschlecht nicht teilen«.[328]
Im Ergebnis werden Differenzierungen nach dem Geschlecht auf einer mittleren Prüfungsebene überprüft, die zum ersten Mal in der Entscheidung *Craig v. Boren*[329] formuliert wurde: »Klassifizierungen nach dem Geschlecht müssen wichtigen staatlichen Interessen dienen und müssen wesentlich dazu beitragen, diese zu verwirklichen«.[330] Diesen Standard wendet der Gerichtshof seither in ständiger Rechtsprechung an, wenn auch manches Mal fraglich ist, ob die Intensität der Kontrolle nicht auch noch nach der terminologischen Einigung über die Prüfungsstufe stark variiert.
Sein besonderes Augenmerk richtete der Gerichtshof dabei auf »archaic and overbroad generalizations«,[331] die er immer als verfassungswidrig zurückwies. Dazu gehörten insbesondere Gesetze, die als Ausdruck der überkommenen Vorstellungen ein Abweichen von dem traditionellen Rollenbild in der Familie verhinderten oder jedenfalls ökonomisch erschwerten, wie beispielsweise ein Gesetz, welches Hinterbliebenenrente für Witwen, aber nicht für Witwer mit minderjährigen Kindern vorsah,[332] ein anderes Gesetz, das Kindesunterhalt Söhnen bis zum Alter von 21, Töchtern hingegen nur bis zum Alter von 18 Jahren zusprach,[333] eine Regelung, die staatliche Hilfen für die Kinder von arbeitslosen Vätern, nicht aber von arbeitslosen Müttern gab,[334] sowie ein Gesetz, das Ehegattenunterhalt nach der Scheidung nur Ehefrauen gewährte.[335]
Auch stärkte der Gerichshof die Stellung von Vätern nichtehelicher Kinder. Er verwarf eine Regelung, die beim Tod der Mutter das Sorgerecht automatisch auf den Staat übergehen ließ,[336] ebenso wie ein Gesetz, welches allein

328 Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), S. 303 (opinion of Powell).
329 429 U.S. 190 (1976): Bier mit einem Alkoholgehalt von mindestens 3,2% durfte in Oklahoma an Männer erst ab 21, an Frauen ab 18 Jahren verkauft werden.
330 A.a.O., S. 197: »Classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives«.
331 Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636, 643 (1975).
332 Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636 (1975); ähnlich auch Wengler v. Druggists Mutual Insurance Co., 446 U.S. 268 (1979).
333 Stanton v. Stanton, 421 U.S. 7 (1975).
334 Califano v. Westcott, 443 U.S. 76 (1979).
335 Orr v. Orr, 440 U.S. 268 (1979).
336 Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972), allerdings wegen Verstoßes gegen die due process-Klausel.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den Müttern das Recht gab, ein Veto gegen die Freigabe des Kindes zur Adoption einzulegen.[337]

Andererseits gab es eine Reihe von Fällen, in denen der Gerichtshof Männer und Frauen nicht für »similarly situated« hielt und Differenzierungen nach dem Geschlecht billigte. Abgesehen von den Schwangerschaftsfällen, die der Supreme Court nicht als Problem der Differenzierung nach dem Geschlecht ansah,[338] enthalten die Fälle, in denen der Supreme Court wirkliche Unterschiede zwischen Männern und Frauen anerkannte, keine - jedenfalls keine vom Supreme Court erkannte[339] - Benachteiligung von Frauen.

Die Ambivalenz der Feststellung »wirklicher Unterschiede« zwischen den Geschlechtern zeigte sich besonders deutlich in der Entscheidung im Fall *Michael M. v. Superior Court.*[340] Michael M. war aufgrund eines Gesetzes verurteilt worden, welches Männer, die mit Frauen unter 18 Jahren außerehelichen Beischlaf ausübten, strafrechtlich zur Rechenschaft zog. Der Gerichtshof hielt das Gesetz mit 5 zu 4 Stimmen für verfassungsgemäß. Während 3 Richter der Ansicht waren, das Gesetz schütze die Jungfräulichkeit von Mädchen und sei daher als Ausdruck archaischer Tugendvorstellungen[341] aufzuheben, diente es nach Ansicht von 4 Richtern dem Zweck, die Schwangerschaft unverheirateter Teenager zu bekämpfen.[342] Sie halten die Abschreckungswirkung des Risikos einer Schwangerschaft für etwa gleich stark wie die Kriminalisierung des Beischlafs. Da allein Frauen schwanger werden können,[343] sei nur für sie eine ausreichende Abschreckung gegeben; für Männer das Strafrecht heranzuziehen, sei daher gerechtfertigt.[344]

337 Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1979); vgl. aber Parham v. Hughes, 441 U.S. 347 (1979): der Supreme Court billigte eine Regelung, welche Schadensersatz bei der Tötung eines nichtehelichen Kindes den Vätern nur dann zusprach, wenn sie das Kind in einem bestimmten Verfahren formell legitimiert hatten. Der Kläger war zwar unzweifelhaft Vater des Kindes, hatte auf der Geburtsurkunde unterschrieben und zum Unterhalt und zur Erziehung des Kindes beigetragen, dieses besondere formelle Verfahren jedoch nicht durchlaufen.

338 Siehe dazu S. 149 f.

339 Vgl. z.B. die Kritik von Tribe, Constitutional Law, S. 1575 f. an der Fragestellung in der *Michael M.*-Entscheidung, der hier vor allem die Frage nach der sexuellen Freiheit von Frauen sieht.

340 450 U.S. 464 (1981).

341 S. 494 ff. (Brennan, joined by White and Marshall, dissenting)

342 S. 470 f. (plurality opinion by Rehnquist, joined by Burger, Stewart and Powell,). Justice Blackmun concurring in the judgment.

343 Dies stellt einen interessanten Perspektivenwechsel zu den früheren Schwangerschaftsentscheidungen dar. Damals hatte das Gericht gerade betont, daß Differenzierungen nach dem Zustand der Schwangerschaft keine Differenzierungen nach dem Geschlecht darstellten.

344 Kritisch zu dieser Argumentation, MacKinnon, Introduction, S. vi Anm. 21, die deutlich macht, daß es nicht überzeugen kann, in diesen Kategorien zu verbleiben: weder können

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Unter Gleichheitsgesichtspunkten problematisch ist auch die Entscheidung im Fall *Rostker v. Goldberg,*[345] der nur von Männern die Registrierung für die Einberufung zum Militär verlangte. Der Gerichtshof stützt die Verfassungsmäßigkeit darauf, daß Frauen nicht im Kampf eingesetzt werden dürfen, also seien die Geschlechter im Hinblick auf die Einberufung nicht vergleichbar. Der Gerichtshof hinterfragt aber nicht die Zulässigkeit der »combat exclusion«, die - in den USA gibt es keine verfassungsrechtliche Vorschrift wie den Art. 12 a Abs. 4 S. 2 GG - ja ebenfalls staatliche Entscheidung ist. Das Vorgehen, eine Diskriminierung unter dem Hinweis auf eine andere, evtl. auch diskriminierende Praxis zu legitimieren, wurde heftig kritisiert.[346]
Schließlich hielt der Supreme Court einige Regelungen für verfassungsgemäß, die einen kompensatorischen Ausgleich für Benachteiligungen im Arbeitsleben zugunsten von Frauen schaffen wollten. In einer frühen Entscheidung, die inzwischen fast überall kritisiert wird,[347] billigte der Supreme Court im Jahre 1974 einen 1885 normierten Steuernachlaß von $ 500 bei der Grundstückssteuer für Witwen unter Hinweis auf ihre besonderen finanziellen Probleme beim Verlust ihres Gatten.[348] Der Supreme Court hielt auch eine Regelung in der Marine für gerechtfertigt, die Personen entließ, die über einen gewissen Zeitraum nicht befördert worden waren, diesen Zeitabschnitt für Frauen aber länger bemaß als für Männer.[349] Schließlich billigte der Supreme Court auch eine Art der Rentenberechnung, die es Frauen ermöglichte, mehr Jahre, in denen sie unterdurchschnittlich verdient hatten, bei der Berechnung des relevanten Einkommens unberücksichtigt zu lassen.[350]
Seither aber ist der Gerichtshof zurückhaltender geworden, die Behauptung staatlicherseits, eine Regelung sei zum besten der Frauen, als Rechtfertigung hinzunehmen. Da Differenzierungen nach dem Geschlecht »das Risiko in sich tragen, geschlechtsbezogene stereotype Vorstellungen über den ›richtigen Platz‹ für Frauen und ihr Bedürfnis nach besonderem Schutz, zu verstärken«,[351] gibt sich der Gerichtshof mit der bloßen Behauptung eines

alle Mädchen schwanger werden (das Gesetz erfaßt unstreitig auch Mädchen, die noch nicht in der Pubertät waren) noch gilt die Sterilität des Mannes als absoluter Strafausschließungsgrund.

345 453 U.S. 347 (1979).
346 Tribe, Constitutional Law, S. 1572 ff.
347 Tribe, Constitutional Law, S. 1566 mit weiteren Nachweisen.
348 Kahn v. Shevin, 416 U.S. 351 (1974).
349 Schlesinger v. Ballard, 419 U.S. 498 (1975)
350 Califano v. Webster, 430 U.S. 313 (1977).
351 Orr v. Orr, 440 U.S. 268 (1979), S. 283.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

frauenfördernden Zweckes inzwischen nicht mehr zufrieden. Dies wurde besonders deutlich, als einem Mann, der Krankenpfleger werden wollte, durch die Entscheidung im Fall *Mississippi University for Women v. Hogan* Zugang zu einer staatlichen Krankenpflegeschule für Frauen verschafft wurde.[352]

Wie es um affirmative action im eigentlichen Sinne[353] für Frauen bestellt sein würde, ist vom Supreme Court auf verfassungsrechtlicher Ebene noch nicht geklärt. Bisher kam affirmative action zugunsten von Frauen nur ein einziges Mal im Rahmen von Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes von 1964 zum Supreme Court.[354] Ohne auch nur im geringsten darauf einzugehen, daß es sich hier um eine Frau handelte, wendete der Supreme Court geradezu selbstverständlich die bisher im Rahmen von Rassendiskriminierungsklagen entwickelten Grundsätze an.[355]

Insgesamt läßt sich in den Entscheidungen des Supreme Court zum Bereich der Diskriminierung nach dem Geschlecht zwar festhalten, daß der Supreme Court Differenzierungen nach dem Geschlecht weniger strikt kontrolliert als Differenzierungen nach der Rasse. Im Ergebnis spielte dieser Unterschied der Prüfungsintensität im Bereich des Arbeitslebens - jedenfalls in den neueren Entscheidungen - keine Rolle mehr. Differenzierungen zwischen Männern und Frauen sind nur dort aufrechterhalten worden, wo der Supreme Court, Männer und Frauen nicht »ähnlich situiert« fand, dies wirkte sich vor allem im Bereich der »biologischen Unterschiede« aus.

Daß der Supreme Court bei der Überprüfung von Differenzierungen nach dem Geschlecht noch Raum für die Berücksichtigung bestimmter Unterschiede lassen wollte, während er zwischen den Rassen keine solchen relevanten Unterschiede mehr sah, ist wohl nicht der einzige Grund für die Beibehaltung unterschiedlicher Kontrollmaßstäbe. Der Gerichtshof mag wohl auch zurückhaltend gewesen sein, sich auf eine Verfassungsinterpretation einzulassen, die in Anbetracht der Diskussion um das Equal Rights Amendment als Verfassungswandel durch verfassungsgerichtliche Interpretation

352 458 U.S. 718 (1982). Mississippi hatte zur Rechtfertigung vorgetragen, Frauen durch die Krankenpflegeschule einen Rahmen zu schaffen, in dem sie sich abseits von der sonst durch Männer dominierten Ausbildungswelt entfalten und entwickeln könnten.

353 Manchmal werden alle Differenzierungen nach dem Geschlecht, die sich zugunsten von Frauen auswirken können, als »affirmative action« bezeichnet.

354 Johnson v. Transportation Agency, 107 S.Ct. 1442 (1987).

355 S. 1449 ff.; auch die abweichende Meinung von Richter Scalia verwendet kein Argument, welches darauf zielen könnte, daß affirmative action zugunsten von Frauen in irgendwelcher Hinsicht rechtlich problematischer sein könnte als für Schwarze.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

hätte erscheinen können. Am 22. März 1972 war vom Kongreß der erste Schritt in Richtung auf eine Verfassungsänderung eingeleitet worden, indem er das sogenannte Equal Rights Amendment (ERA) beschloß, welches in seinem ersten Paragraphen bestimmte: »Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex«.[356] Bis zum Jahr 1978 hatten zwar 35 Bundesstaaten den Zusatzartikel ratifiziert, doch trotz einer Verlängerung der Zeitspanne für die Ratifizierung bis zum Jahr 1982 kam die für eine Verfassungsänderung notwendige Dreiviertelmehrheit der Staaten nicht zustande.[357] Das ERA wurde 1987 wieder vom Kongreß angenommen, die Zustimmung der Staaten steht weiterhin aus.[358]

Auch die Literatur beschäftigte die Frage, ob und inwieweit Rassendiskriminierung und Geschlechterdiskriminierung verfassungsrechtlich gleichbehandelt werden sollten. Die Entstehungsgeschichte des 14. Zusatzartikels spricht gegen eine Gleichbehandlung von Diskriminierung der Frauen und Diskriminierung der Schwarzen.[359] Den Autoren des 14. Zusatzartikels ging es allein darum, die Lage der befreiten Sklaven zu verbessern; in Anbetracht dessen, daß der 2. Absatz des 14. Zusatzartikels ausdrücklich auf das Wahlrecht männlicher Bürger Bezug nahm, könnte man beinahe sagen, daß der 14. Zusatzartikel die Lage der Frauen zunächst verschlechterte. Doch muß unter Berücksichtigung des allgemein gefaßten Wortlauts die Entstehungsgeschichte, die einhundert Jahre zurückliegt, nicht ausschlaggebend sein, so daß es entscheidend auf die Frage ankommt, ob und inwieweit sich Diskriminierung der Schwarzen und Frauendiskriminierung gleichen.[360]

Unzweifelhaft bestehen Unterschiede in der Art der Diskriminierung, die Schwarze bzw. (weiße)[361] Frauen erfahren haben. Frauen sind nicht aus ei-

356 H.R.J. Res. No. 208, 92d Cong., 2d Sess. (1972).

357 Die Verfassungsmäßigkeit der Verlängerung war umstritten, auch hatten drei Staaten ihre Zustimmung wieder rückgängig gemacht.

358 Ob das ERA bei seinem Wirksamwerden als striktes Differenzierungsverbot auch vom Supreme Court interpretiert werden würde, ist offen. Vgl. dazu B. Brown u.a. , Equal Rights Amendment; Tribe, Constitutional Law, S. 1585 ff.; B. Brown u.a., Women's Rights.

359 Vgl. aber Morais.

360 Vgl. zum folgenden insbesondere Wasserstrom, S. 589 ff.; MacKinnon, Sexual Harassment, S. 127 ff.

361 Ein Problem stellt sich bei jedem Versuch der Gegenüberstellung von Rassismus und Sexismus. Die schwarze Frau erfährt Diskriminierung sowohl wegen ihrer Rasse als auch wegen ihres Geschlechts; der Frage, welche anderen Bedingungen dann gelten, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht nachgegangen werden. Inwieweit die Analyse des Sexismus daher nur auf die Situation der weißen Frauen im Verhältnis zu weißen Männern zutrifft, muß hier unberücksichtigt bleiben; vgl. dazu Lorde und Spelman.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nem anderen Kontinent und einer anderen Kultur herausgerissen und auf Sklavenschiffen zwangsweise nach Amerika geschafft worden, die Segregierung zwischen Schwarzen und Weißen unterschied sich stark von der - freilich auch existierenden - Trennung der Sphären im Zusammenleben zwischen Mann und Frau. Schließlich sind Frauen keine Minderheit, so daß man - zumindest seit Frauen das Wahlrecht haben -, hätte erwarten können, daß sie ihren Interessen im politischen System einer Demokratie ausreichend Geltung verschaffen.[362] Auch die Ideologie der Unterdrückung war unterschiedlich; während Schwarze generell als geringerwertig abqualifiziert wurden, war - zumindest in der »offiziellen«, nach außen vertretenen Version - die Frau nicht zwingend geringerwertig, sondern vor allem war sie anders. Es entwickelten sich als Teil der herrschenden sexistischen Ideologie auch die Verhaltensnormen des Kavaliers, die es dem Mann zur Pflicht machten, der Frau besonders höflich und zuvorkommend gegenüber zu treten, ihr seinen Schutz anzudienen. Frauen wurden idealisiert, ihre Liebe und Bewunderung wurde gesucht, einige ihrer »anderen« Eigenschaften als positiv und bewunderungswürdig - wenn in einer Frau vorhanden - gelobt. Eine solche positive Ideologie wurde gegenüber Schwarzen nicht im selben Ausmaß entwikkelt.[363]

Sobald man aber über die Feststellung hinausgeht, daß die Unterdrückung der Frauen andere Formen angenommen habe als die der Schwarzen, verläßt man das Gebiet, in dem man auf einen breiten Konsens hoffen kann. An der Frage, wie die Unterschiede zu bewerten sind, scheiden sich die Auffassungen.

Viele weisen nach, daß die Ideologie, die Frau sei anders, aber nicht geringerwertig, allenfalls zur Verschleierung der Unterdrückung diente. Sie zeigen auf, daß die Position der Frau der des Sklaven in vielerlei Hinsicht vollkommen entsprach[364] und beurteilen die Geschichte der Unterdrückung der Frau als ebenso gravierend wie die Geschichte der Rassendiskriminierung.

362 Vgl. dazu Ely, Democracy, S. 164 ff.

363 Doch enthielt die Beschreibung der Eigenschaften der im Haus arbeitenden Sklaven, wie beispielsweise der schwarzen Kinderfrau, durchaus positive Elemente.

364 Dies gelte sowohl hinsichtlich ihrer Abhängigkeit vom Mann als auch in ihrer Funktion für die Bedürfnisse des (weißen) Mannes zu sorgen; vgl. MacKinnon, Sexual Harassment, S. 273 f., Anm. 87 mit zahlreichen Nachweisen und Beispielen; Hacker zieht Parallelen zwischen der Situation der Schwarzen und der Frauen hinsichtlich der ausgeprägten sozialen Sichtbarkeit, der zugeschriebenen Attribute, der Rationalisierung des Status, des Anpassungsverhaltens und der Diskriminierungen; vgl. auch Schenk, Geschlechtsrollenwandel, S. 129 ff.; Myrdal, S. 1073 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Andere dagegen glauben weiterhin, daß die Biologie die Unterschiede zwischen den Geschlechtern angelegt hat. Sie sehen in den Kernsätzen der herkömmlichen Vorstellungen, wie etwa denen, daß die natürliche Aufgabe und Erfüllung der Frau die Mutterschaft oder daß die Frau Seele und Zentrum des Hauses und der Familie sei, keine Beleidigung oder gar Unterdrückung der Frau, sondern im Gegenteil die Anerkennung der von der Natur vorgegebenen Andersartigkeit.

Genau dieser Punkt - daß in der heutigen Gesellschaft noch diskutiert wird, ob und welche Unterschiede zwischen den Geschlechtern existieren - macht den Hauptunterschied zwischen Rassendiskriminierung und Frauendiskriminierung aus. Dem Argument, daß aus dem unterschiedlichen Aussehen der Rassen auch unterschiedliche gesellschaftliche Position, Stellung und Eigenschaften gefolgert werden müßten, folgen inzwischen nur noch Extremisten am rechten Rand des politischen Spektrums. Das strukturgleiche Biologie-Argument auf Frauen angewendet, hat noch immer für deutlich größere Teile der Bevölkerung Überzeugungskraft. Dabei sollte nicht in Vergessenheit geraten, daß auch die Ideologie, die die Rassendiskriminierung rechtfertigte, ursprünglich von Vorstellungen über Unterschiede zwischen den Rassen ausging. Dazu gehörten Ansichten wie die, Schwarze seien in gewissem Sinne wie Kinder, naturverbundener, intellektuell weniger entwickelt und weniger entwicklungsfähig, hätten weniger Kontrolle über ihre Emotionen und Triebe, so daß es deshalb die Aufgabe der zivilisierten Weißen sei, sich wie Väter ihrer anzunehmen, für sie zu sorgen und die Funktionen für sie wahrzunehmen, die sie selbst auszuüben nicht in der Lage wären. Auch hinsichtlich der Rassendiskriminierung gab es den Mythos des zufriedenen Schwarzen, der sich wohlfühlt »an seinem Platz«, in seiner geschützten Position der Abhängigkeit. Inzwischen sind all diese Vorstellungen als ideologische Rechtfertigungen von Unterdrückung entlarvt und damit als politische Positionen aus dem Bereich des Vertretbaren ausgegrenzt worden. Gegenüber Frauen können die strukturell gleichen Argumente auch heute noch verwandt werden und auf Zustimmung von Teilen der Bevölkerung rechnen.[365] Oder wie Wasserstrom es ausdrückt: Darüber, daß Sexismus ungerecht und nicht gerechtfertigt ist, besteht weniger Einigkeit als über die Verwerflichkeit des Rassismus; es gibt viele Männer, die heute noch ohne Reue

365 Elys Betonung der offenen Diskussion über die traditionellen Vorstellungen als positives Zeichen für die fehlende Unterdrückung der Frau, scheint mir daher deutlich überzogen (Democracy, S. 166).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

oder Peinlichkeit sagen, daß sie männliche Chauvinisten seien; wenige Weiße nur geben dagegen offen zu, daß sie Rassisten sind.[366]
Mit der fehlenden Einigkeit über die relevanten Unterschiede im Hinblick auf die Geschlechter geht fehlender Konsens über die Funktionsweise einer diskriminierungsfreien Gesellschaft einher.[367] Auf die Vorstellung, daß die Rasse eines Menschen in der idealen Gesellschaft keine Rolle mehr spielen soll, können sich sehr viel mehr Menschen verständigen als auf eine ideale Gesellschaft, in der das Geschlecht eines Menschen völlig ohne Bedeutung wäre. Die Bandbreite der Vorstellungen darüber, wohin die Bekämpfung der Diskriminierung führen soll, ist im Hinblick auf das Geschlecht größer als im Hinblick auf die Rasse; in diesem Sinne erscheint das Problem der Frauendiskriminierung »komplexer«.[368]
Das gesamte Konzept des rechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung von Diskriminierung entwickelte sich aber anhand von Rassendiskriminierung. Sie wurde von der Gesellschaft früher[369] als zentrales gleichheitsrechtliches Problem erkannt; erst Anfang der siebziger Jahre wurde dann das Merkmal Geschlecht in bestehende Instrumente zur Bekämpfung der Diskriminierung eingefügt und eingebaut. Eine Orientierung an den Problemen der Rassendiskriminierung mußte aber bei der Übertragung auf Frauendiskriminierung Probleme bereiten, da bei Rassendiskriminierung von biologisch vorgegebenen Unterschieden nicht mehr ausgegangen werden konnte. In der herrschenden Meinung führte das zu der Konsequenz, daß Frauen überall dort, wo man keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Geschlechtern sah - insbesondere im Bereich des Arbeitslebens - denselben gleichheitsrechtlichen Schutz genossen wie Schwarze;[370] sie konnten ein Recht auf identische Behandlung mit Männern geltend machen und waren damit auch erfolgreich. Sobald es aber um Bereiche ging, in denen sich eine Parallele zur Rassendiskriminierung nicht finden ließ, blieb ihnen gleichheitsrechtlicher Schutz versagt; das Problem wurde nicht als gleichheitsrechtliches erkannt.[371] Unter denen, die sich mit den Ergebnissen der herrschenden Mei-

366 S. 590.
367 Vgl. dazu Wasserstrom, S. 605 ff; für eine Diskussion der verschiedenen Positionen in der feministischen Bewegung, siehe z.B. Douglas, S. 211 ff.
368 Wasserstrom, S. 591.
369 Auch schon im 19. Jahrhundert bei der ersten großen Bewegung gegen den Rassismus, waren die Bürgerrechte - wie z. B. das Wahlrecht - zwar auf Schwarze, nicht aber auf Frauen erweitert worden.
370 Vgl. aber zu der Frage, welche Rolle das Argument, Frauen hätten kein Interesse an bestimmten Stellen, bei nach dem Geschlecht segregierten Arbeitsplätzen spielt, Schultz.
371 Zur Schlechterbehandlung der Schwangerschaft, oben S. 149 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nung nicht zufrieden geben wollten, entwickelten sich - stark verkürzt - drei Ansätze der rechtlichen Behandlung der Frauendiskriminierung.[372]
Zum einen gibt es diejenigen, die eine vollkommene Übertragung der Prinzipien der Rassendiskriminierung im Sinne eines strikten Differenzierungsverbots fordern. Sie sind der Ansicht, daß es auch zwischen Männern und Frauen keinerlei Unterschiede gebe, die in der Rechtsordnung Beachtung finden dürften. Der Gesetzgeber müsse auf der Grundlage der Eigenschaft oder Funktion differenzieren, für die er typisierend das Merkmal Geschlecht verwandte. Es gehe darum, Männer und Frauen nicht länger als statistische Abstraktionen anstatt als einzelne mit individuellen Fähigkeiten und Neigungen zu betrachten. Auch führe jedes System, welches zwischen den Geschlechtern differenziere, notwendigerweise zu einer Hierarchie der Geschlechter.[373] Dies gelte auch im Hinblick auf Merkmale, die nur in einem Geschlecht vorkommen könnten, wie beispielsweise Schwangerschaft.[374] Ob Schwangerschaft als solche eine einzigartige weibliche Erfahrung darstelle, könne für die Rechtsordnung außer Betracht bleiben. Im Hinblick auf alle Zwecke, die ein Gesetzgeber verfolgen könne, sei Schwangerschaft vergleichbar mit anderen Zuständen, beispielsweise im Hinblick auf den (temporären) Verlust der Arbeitsfähigkeit mit Krankheiten.[375] Die Vertreter(innen) des equal treatment-Ansatzes verlangen die konsequente Streichung des Merkmals Geschlecht aus der Rechtsordnung. Um dem Problem der mittelbaren Benachteiligung beizukommen, ergänzen sie das strikte Differenzierungsverbot durch die Anwendung der disparate impact-Theorie auf scheinbar geschlechtsneutrale Regelungen, die sich aber zum Nachteil eines Geschlechtes auswirken.
Vom selben Grundprinzip gehen die Anhänger(innen) des special treatment-Ansatzes aus, sie wählen aber die entgegengesetzte Lösung. Auch sie sehen hinsichtlich der meisten Bereiche keine von der Rechtsordnung zu berücksichtigenden Unterschiede zwischen Männern und Frauen, doch für Aspekte, die nur ein Geschlecht betreffen - wie vor allem Schwangerschaft und Stillen - nehmen sie eine vergleichbare Lebenssituation für Männer und

372 Vgl. aus der zahlreichen Literatur insbesondere: MacKinnon, Sexual Harassment, S. 101 ff.; Olsen; Finley; Dowd, Work and Family; dies., Maternity Leave; Scales; Freedman; Law; Minow, Justice; Ginsburg; J. Brown u.a., Gender Equality; Browne; Krieger, Cooney; Taub, Parental Leaves; McCloud; West; Jacobson; M. Becker.
373 Siehe etwa Williams, S. 329 f.
374 Williams. S. 332.
375 S. 355 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frauen nicht an. Deshalb wäre ihres Erachtens identische Behandlung in diesem Bereich Ungleichbehandlung. In Anbetracht der Geschichte, in der »Mensch« gleichbedeutend mit »Mann« war, habe ein Gleichheitsbegriff, der die biologischen Unterschiede ignoriere, besonders nachteilige Folgen für Frauen.[376] Die Anhängerinnen des special treatment bilden daher zwei Gruppen von Normen:[377] die einen, auf die die Grundsätze des Differenzierungsverbots passen (equal rights), die anderen, in denen Frauen besondere Regelungen brauchen (special rights) und deren rechtliche Überprüfung ein Differenzierungsverbot nicht leisten kann. So lag es nahe, für die rechtliche Kontrolle dieses Bereiches auf materielle Gleichheitsvorstellungen zurückzugreifen. Scales' »incorporationist approach«[378] bezieht sich beispielsweise auf Dworkins Unterscheidung zwischen dem »right to equal treatment« und dem »right to treatment as an equal«;[379] das erste ist das Recht auf identische Behandlung, das zweite das Recht, mit dem gleichen Respekt und der gleichen Teilnahme wie jeder andere behandelt zu werden. Entscheidend für die Überprüfung wird dann die Frage, inwieweit die besondere Regelung für Schwangerschaft tatsächliche Gleichheit schafft oder lediglich kulturelle Geschlechtsrollen-Klischees perpetuiert.[380]

Schließlich gibt es eine Gruppe von Juristinnen, die beide Seiten der equal treatment/special treatment-Debatte ablehnen und schon das Denken in den Kategorien eines Differenzierungsverbots als Fortschreibung der Macht von Männern über Frauen kritisieren. Bereits die Art der Fragestellung, ob und wie Unterschiede zwischen Männern und Frauen im Recht berücksichtigt werden sollen, mache den Mann zum Maß aller Dinge. Er sei das Normale, die Frau die Andere, die Abweichung, hinsichtlich derer man fragt, ob besondere Maßnahmen getroffen werden müßten, die auf ihre Situation passen. Norm aber bleibe der Mann. Aus der vollständigen Entfernung des Merkmals Geschlecht aus der Rechtsordnung zögen nur diejenigen Frauen Vorteile, die sich wie Männer verhalten und nur insoweit, als sie wie Männer

376 Law, S. 955
377 Vgl. dazu Krieger/Cooney, S. 551 ff.
378 Scales, S. 436
379 Rights, S. 227 ff.
380 Dowd, Maternity Leave, S. 764. Law, insb. S. 1002 ff., kombiniert einen »special treatment« Ansatz mit einem »inequality approach« (dazu gleich) und verlangt, daß Gesetze, die den reproduktiven Bereich betreffen, von Gerichten daraufhin überprüft werden sollen, ob 1. das Gesetz in signifikanter Weise entweder die Unterdrückung der Frau oder Beschränkungen der persönlichen Freiheit durch kulturell aufoktroyierte Geschlechtsrollen perpetuiert, und 2. wenn dies der Fall sein sollte, ob das Gesetz durch ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt wird (S. 1008 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

seien. Den Verfechterinnen des special treatment dagegen wird vorgehalten, daß sie das alte Vorurteil, Frauen bräuchten besonderen Schutz, verstärken. In der Diskussion um ein Diskriminierungsverbot, welches nach den Unterschieden zwischen den Geschlechtern frage, bedeute Frau-Sein lediglich, »entweder wie ein Mann oder wie eine Dame zu sein«.[381]
Durch die Entfernung des Merkmals Geschlecht aus der Rechtsordnung könne eine Abschaffung der Unterdrückung der Frau nicht erreicht werden. Die gesamte Gesellschaft sei auf den Grundprinzipien aufgebaut, daß sich die Frauen um den privaten Bereich der Familie, die Männer um den Bereich des öffentlichen Lebens kümmerten.[382] Man habe das Wirtschaftssystem nur deshalb vom System der Familie vollkommen abstrahieren können, weil es eben unterschiedliche Personen waren, die in der einen oder in der anderen Sphäre wirkten. Indem die Rechtsordnung nun zu ignorieren vorgebe, welches Geschlecht die eine und welches die andere Rolle wahrnehme, sei wirkliche Gleichberechtigung nicht gewonnen. Formale Gleichbehandlung bei ungleicher tatsächlicher Ausgangslage könne nur zur Versteinerung und Verschleierung der bestehenden Verhältnisse führen.
Frauendiskriminierung müsse daher als umfassendes Problem der Herrschaft des einen Geschlechts über das andere begriffen werden. Männer hätten die Macht über alles, was gesellschaftlich anerkannt sei, vor allem hätten sie die Definitionsmacht darüber, was anerkannt werde. Je stärker eine Frau das Recht zur Behebung ihrer Diskriminierung brauche, desto weiter werde sie von dem normalen männlichen Weg entfernt sein und desto weniger erscheine die Versagung von Möglichkeiten für sie als Frauendiskriminierung: denn sie sei ja anders.[383] MacKinnon,[384] die als eine der ersten Konsequenzen für die Auslegung des Gleichheitsrechts aus dieser umfassenden Kritik der patriarchalen Gesellschaft zog, nannte ihren Ansatz »inequality approach«.[385] Es geht ihr um die Aufbrechung der institutionalisierten Ungleichheit zwischen Männern und Frauen, die sich in gesellschaftlicher Hierarchie ausdrückt. Die entscheidende und einzige Frage nach ihrem Ansatz ist, ob eine Maßnahme oder Regelung »integrally contributes to the

381 MacKinnon, Feminism, S. 71.
382 Vgl. dazu insb. Olsen, S. 1497 ff.; Finley, 1118 ff.
383 MacKinnon, Feminism, S. 44.
384 Sexual Harassment, S. 116 ff.
385 Der Ansatz ähnelt den Antidominierungsansätzen, die bei der Diskussion der Rassendiskriminierung vorgestellt wurden; siehe dazu oben S. 285 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

maintenance of an underclass or a deprived position because of gender status«.[386]
Diese Linie der Kritik sollte hier nur angerissen werden. Die neuen Ansätze zur Entwicklung einer feministischen Rechtstheorie[387] lohnten zwar eine vertiefte Betrachtung, ginge es um Grundfragen des Rechts, Fragen nach seiner Funktion, Methode, Theorie; auch sind die aus dem feministischen Standpunkt abgeleiteten konkreten rechtspolitischen Forderungen von großer Bedeutung. Ihre dogmatischen Auswirkungen de lege lata sind jedoch begrenzt, schon deshalb, weil der Versuch einer dogmatischen Umsetzung nicht vorgenommen, vielleicht auch nicht beabsichtigt ist. Eine Auseinandersetzung auf rechtstheoretischer Ebene mit diesen Positionen führte über den Gegenstand dieser Arbeit aber weit hinaus.

E. Fazit

Die Diskriminierungsdiskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika sieht sich bei vergleichbarer Ausgangslage strukturell denselben Problemen gegenüber wie die deutsche Gleichberechtigungsdebatte der achtziger Jahre. Dabei beschäftigen sich die Amerikaner schon wesentlich länger als die Deutschen mit den »neuen« Fragestellungen, der mittelbaren Benachteiligung (disparate impact) und der Zulässigkeit von besonderen Fördermaßnahmen (affirmative action). Die USA hat schon seit über einem Jahrzehnt praktische Erfahrungen in beiden Bereichen gesammelt. Ein Konsens konnte freilich weder auf politischer noch auf juristischer Ebene erreicht werden, doch haben sich die verschiedenen Grundpositionen deutlicher herauskristallisiert.
Darüberhinaus hat die Diskussion in den Vereinigten Staaten den Blick für die Funktion der besonderen Gleichheitssätze neu geöffnet. Da die amerikanische Verfassung vom Wortlaut her nur einen Schutz gewährt, der dem allgemeinen Gleichheitssatz entspricht, sind amerikanische Juristinnen und Juristen eher darauf verwiesen darzutun, weshalb in bestimmten Fällen besonderer gleichheitsrechtlicher Schutz gewährt werden soll. Man kann sich

386 Sexual Harassment, S. 117; übersetzt: »wesentlich zur Beibehaltung einer Unterschicht oder einer deutlich schlechteren Stellung wegen des Geschlechtsranges beiträgt«.
387 Vgl. außer den schon genannten auch Littleton, S. 1279 ff, die Gleichheit zwischen den Geschlechtern dadurch zu rekonstruieren sucht, daß sie die Unterschiede kostenneutral machen will, sowie MacKinnon, Feminist Theory.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

in Amerika nicht – wie in Deutschland unter Berufung auf Art. 3 Abs. 3 GG – darauf zurückziehen, daß wegen bestimmter, von der Verfassung vorgegebener Merkmale nicht diskriminiert werden dürfe. So wird auch die Diskussion um die Funktion besonderer Gleichheitssätze in den Vereinigten Staaten intensiver geführt. Dabei vertreten auch in den USA einige Autorinnen und Autoren die Auffassung, daß besonders intensive verfassungsgerichtliche Kontrolle angebracht sei, um den einzelnen vor der Verwendung bestimmter Merkmale zu schützen. Andere Juristinnen und Juristen entwickelten dagegen ein neues Verständnis, welches besonderen Gleichheitssätzen die Funktion zuweist, bestimmte, in der Vergangenheit unterdrückte und auch heute noch benachteiligte Gruppen zu schützen. Ob dieser gedankliche Neuansatz auch für die deutsche verfassungsrechtliche Lage von Bedeutung sein kann, wird im nächsten Kapitel zu erörtern sein.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. Kapitel:

Der Gehalt des Artikel 3 Absatz 2 GG

Wie in den ersten beiden Kapiteln gezeigt wurde, ist in der Bundesrepublik inzwischen[1] ein Verständnis der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG als Differenzierungsverbot ganz vorherrschend. Man streitet zwar um Einzelheiten der Auslegung und Grenzziehung; als Grundprinzip der Interpretation ist das Verständnis als Differenzierungsverbot jedoch fast unangefochten. Der rechtsvergleichende Überblick über die parallele Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika hat dagegen ergeben, daß das Verbot, bestimmte Merkmale zu verwenden, nicht die einzig denkbare Möglichkeit für die Interpretation besonderer Gleichheitssätze ist; einige amerikanische Autoren vertreten die Auffassung, besonderer gleichheitsrechtlicher Schutz gebühre allein bestimmten Gruppen. Zwar herrscht in den USA keine Einigkeit darüber, welche der beiden unterschiedlichen Sichtweisen der equal protection-Klausel entspricht, doch wird die Frage seit über einem Jahrzehnt heftig diskutiert. Auch in der Bundesrepublik ist es deshalb an der Zeit, die Fixierung auf die bisherige Konzeption besonderen Gleichheitsschutzes zu hinterfragen.

Zunächst sind die beiden unterschiedlichen Vorstellungen von der Aufgabe besonderer Gleichheitssätze näher zu erläutern und einander gegenüberzustellen (A). Sodann soll untersucht werden, wie die Vorschriften des Grundgesetzes, die sich mit dem Verhältnis von Männern und Frauen befassen, auszulegen sind, ob und welcher der dargestellten Konzeptionen sie entsprechen (B). Schließlich werden dem so gewonnenen Verständnis der Gleichberechtigung von Männern und Frauen dogmatische Konturen verliehen (C).

1 In den fünfziger Jahren wurde dagegen noch von vielen ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot abgelehnt und eine Interpretation als Gebot der Gleichwertigkeit vertreten, siehe dazu oben S. 103 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

A. Funktionen besonderer Gleichheitssätze

Das Ideal der Gleichheit steht in enger Beziehung zu dem Streben nach Gerechtigkeit. Als Forderung nach Gleichbehandlung an den Staat herangetragen, gehört der Gleichheitssatz zum Kernbestand der Menschenrechte.[2] Unter der Geltung des Grundgesetzes wurde durch die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte auch eine der zentralen Streitfragen der Weimarer Zeit[3] entschieden:[4] Die grundrechtliche Garantie der Gleichheit vor dem Gesetz verpflichtet auch den Gesetzgeber.

Dabei ist die Rechtsordnung notwendigerweise auf Ungleichbehandlungen aufgebaut. Rechtsnormen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie Voraussetzungen und Bedingungen festlegen, unter denen dem einen die eine, dem anderen eine andere Rechtsfolge auferlegt wird. Der Gleichheitssatz kann daher nicht die Gleichbehandlung aller in jeder Hinsicht verlangen. In der Demokratie steht die Befugnis, darüber zu entscheiden, wer wem wann gleichzubehandeln ist, primär dem Gesetzgeber zu.

Schon aus diesem »funktionellrechtlichen Grund«[5] kann sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes nur auf die »Sicherung eines Mindeststandards allgemeiner Gerechtigkeit«[6] beziehen. Diese Beschränkung zeigt sich besonders deutlich bei der Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes als Willkürverbot,[7] d.h. als Verbot von »Regelungen, die unter keinem sachlich vertretbaren Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheinen«,[8] wie sie das Bundesverfassungsgericht lange in ständiger Rechtsprechung vorgenommen hat.

> »Es ist nicht Sache eines Gerichts, auch nicht des Bundesverfassungsgerichts, die vom Gesetzgeber gewählte Lösung auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen oder zu untersuchen, ob sie vom Standpunkt einer beteiligten Interessentengruppe aus die ›gerechteste‹ denkbare Lösung darstelle. Das Bundesverfassungsgericht kann daher nur die Überschreitung gewisser äußerster Grenzen beanstanden; es kann dem Gesetzgeber erst dann entgegentreten, wenn für eine von ihm angeordnete Differenzierung zwischen verschiedenen Personengruppen sachlich einleuchtende Gründe

2 Vgl. zu dem Menschenrechtsentwurf der Olympe de Gouges: Gerhard, Menschenrechte.
3 Siehe dazu die Nachweise oben S. 103, Anm. 5.
4 Vgl. aber noch Thoma, Ungleichheit, S. 458.
5 Hesse, Gleichheitssatz, S. 187.
6 Hesse, a.a.O., S. 193.
7 Vgl. dazu Leibholz, Gleichheit, S. 72 ff.; Ipsen, S. 184 ff.; Dürig, M/D/H/S, Rdn. 28 ff. zu Art. 3 I; W. Böckenförde, S. 47 ff.
8 BVerfGE 7, 305, 315.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schlechterdings nicht mehr erkennbar sind, so daß ihre Aufrechterhaltung einen Verstoß gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden darstellen würde«.[9]

Seit dem Beschluß vom 7. Oktober 1980 hat eine »neue Formel« in die Gleichheitsprüfung des Ersten Senats Einzug gehalten.[10] Danach ist der allgemeine Gleichheitssatz »vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können«.[11] Diese Veränderung hat dabei nicht nur als solche große Beachtung in der Literatur gefunden und die Diskussion um den Gleichheitssatz neu belebt,[12] sondern auch Anlaß gegeben, Mutmaßungen über Differenzen zwischen den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts anzustellen.[13] Der Zweite Senat verwendet weiterhin Formulierungen des Willkürverbots,[14] führt sie aber manchmal auch mit der »neuen Formel« des Ersten Senats[15] zusammen. Schon dieser Umstand gibt Anlaß zu zweifeln, ob die Unterschiede in der Sache wirklich so groß sind, wie die unterschiedlichen Formulierungen nahezulegen scheinen.[16]

Von großer Bedeutung ist sicherlich die Abkehr von dem Verständnis des Willkürverbots in dem Sinne, ein Gesetz könne nur als Verstoß gegen den Gleichheitssatz aufgehoben werden, wenn sich überhaupt kein rechtfertigender Grund für die Differenzierung finden lasse;[17] doch dieser Wandel war in der alten Rechtsprechung schon längst angelegt und wurde auch praktiziert.[18] Bereits 1953 sah das Bundesverfassungsgericht in dem Gleichheitssatz die allgemeine Weisung an den Gesetzgeber, »bei steter Orientierung am Ge-

9 BVerfGE 3, 58, 135 f.

10 St. Rspr. seit BVerfGE 55, 72, 88; 65, 104, 113; 71, 146, 154 f.; 74, 203, 217; 75, 348, 357; 75, 382, 393.

11 BVerfGE 55, 72, 88; freilich findet sich auf S. 89 ein Verweis auf das Willkürverbot als »fundamentales Rechtsprinzip«.

12 Insbesondere im Zusammenhang mit der Staatsrechtslehrertagung 1988: vgl. die Referate von Zippelius und G. Müller; sowie die Begleitaufsätze von Wendt, Schoch, Robbers, Stettner, Gusy; vgl. auch Maaß, S. 14 ff.; Hesse, Gleichheitssatz, S. 188 ff.

13 Solche wurden 1981 von Hesse, Diskussionsbeitrag, S. 77, offen angesprochen; Böckenförde, Diskussionsbeitrag, S. 96 f., weist dagegen 1988 darauf hin, daß in der Sache kein Unterschied zwischen der Rechtsprechung der beiden Senate bestehe; vgl. dazu auch Maaß, S. 15; Schoch, S. 876.

14 Beispielsweise: BVerfGE 65, 141, 148; 76, 256, 328; 77, 370, 380.

15 Beispielsweise BVerfGE 71, 39, 58 f.

16 Vgl. Robbers, S. 751.

17 Vgl. Hesse, Gleichheitssatz, S. 189; Böckenförde, Diskussionsbeitrag, S. 96.

18 Vgl. Wendt, S. 779 ff.; Robbers, S. 751 f., jeweils m. w. Nachw.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechtigkeitsgedanken, ›Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart ensprechend verschieden‹ zu behandeln«,[19] oder es verstand Willkür als »die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der gesetzlichen Maßnahme im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, deren sie Herr werden will«.[20] Auch ein Bezug zwischen rechtfertigendem Grund und »Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll«,[21] wurde ebenso wie »ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung«[22] schon vor 1980 vom Bundesverfassungsgericht verlangt.

Darin, qualifizierte Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zu stellen, statt sich mit dem Verweis auf irgendeinen Grund zu begnügen, liegt aber auch der entscheidende Schritt der Intensivierung der Gleichheitsprüfung.[23] Demgegenüber treten die unterschiedlichen Ansätze bei der Prüfung des konkreten Falles am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes in den Hintergrund. So mag man einen unterschiedlichen Ansatz der beiden Senate darin sehen, daß der Erste Senat nach »Art und Gewicht der Unterschiede« zwischen den Vergleichsgruppen, während der Zweite Senat eher nach einem rechtfertigenden Grund für die differenzierende Norm fragt; doch stellen sich in der weiteren Prüfung - möglicherweise in etwas anderer Einkleidung - letztlich dieselben Probleme. »Art und Gewicht der Unterschiede« können nicht ohne den Bezug zum Zweck der gesetzlichen Regelung erörtert, der Grund für die rechtliche Regelung - will man nicht lediglich die Gerechtigkeitsidee zum Kriterium machen und damit auf eine strukturierte Prüfung völlig verzichten - schwerlich ohne den Vergleich der Lage der durch die Differenzierung betroffenen Personengruppen festgestellt werden.[24]

19 BVerfGE 3, 58, 135.
20 BVerfGE 2, 266, 281.
21 BVerfGE 17, 122, 130; 27, 364, 371.
22 BVerfGE 42, 374, 388.
23 Vgl. Böckenförde, Diskussionsbeitrag, S. 96; Robbers, S. 751 f.
24 In diesem Sinne nahm der Zweite Senat die Prüfung in BVerfGE 75, 108, 157 vor: »Der Gleichheitssatz verlangt, daß eine vom Gesetz vorgenommene unterschiedliche Behandlung sich - sachbereichsbezogen - auf einen vernünftigen oder sonstwie einleuchtenden Grund zurückführen läßt ... Für den hier in Rede stehenden Sachbereich der Sozialversicherung stellt sich deshalb die Frage nach einem - bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise - sachlich einleuchtenden Grund dafür, daß ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus als Beteiligter im Sinn des Sozialversicherungsrechts zu einer Abgabe herangezogen wird, die weder ihm selbst noch seiner Gruppe zugute kommt, ihm vielmehr als fremdnützige Abgabe auferlegt wird, die sozialen Ausgleich und Umverteilung zum Ziel hat und herstellt«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schließlich gilt zu betonen, daß jedes Bemühen um eine Intensivierung des Gleichheitsschutzes im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf funktionellrechtliche Grenzen stößt. Diese berücksichtigt der Erste Senat auch noch nach Verwendung der »neuen Formel« und betont:

> »Welche Sachverhaltselemente so wichtig sind, daß ihre Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, hat regelmäßig der Gesetzgeber zu entscheiden; sein Spielraum endet erst dort, wo die ungleiche Behandlung nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist«.[25]

Neue Ansätze zur Bestimmung des Inhalts des Art. 3 Abs. 1 GG mögen somit die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein Gesetz zwar etwas verschärfen, zur vollen Überprüfbarkeit der gesetzgeberischen Wertung können sie im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht führen. Wäre dem anders und enthielte der allgemeine Gleichheitssatz für alle Umstände eine definitive Anleitung darüber, wer wie gleichzubehandeln sei, würde die Gesetzgebung zum bloßen Verfassungsvollzugsorgan degradiert und - wovor Leibholz schon 1925 warnte - der Richter zum eigentlichen Gesetzgeber erhoben.[26]

Ob demgegenüber in bestimmten Bereichen eine stärkere Bindung des Gesetzgebers und eine korrespondierende intensivere Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht notwendig und angemessen ist, mag manchmal fraglich sein.[27] Hinsichtlich einiger Problemkonstellationen hat die Verfassung ausdrücklich die besondere gleichheitsrechtliche Gefährdungslage - wie insbesondere in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG - anerkannt. Hier hat die Verfassung selbst zum Ausdruck gebracht, daß in bezug auf bestimmte Verhältnisse oder Gesichtspunkte höhere verfassungsrechtliche Anforderungen zu stellen sind. Eine entsprechend intensivere Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts ist die funktionellrechtliche Konsequenz.

Darüber, daß die Absätze 2 und 3 höhere Anforderungen stellen als der allgemeine Gleichheitssatz, besteht Einigkeit. Geklärt ist damit aber noch nicht, wie diese Anforderungen aussehen. Vor allem ergibt sich nicht logisch zwin-

25 BVerfGE 57, 107, 115; 60, 123, 134; vgl. auch BVerfGE 60, 113, 119; 71, 364, 384; 77, 308, 338: »Der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) läßt dem Gesetzgeber weitgehende Freiheit, Lebenssachverhalte und das Verhalten von Personen entsprechend dem Regelungszusammenhang verschieden zu behandeln; es genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gleichheitssatzes, wenn die vom Gesetzgeber gewählte Differenzierung auf sachgerechten Erwägungen beruht« (Anmerkungen des Originals weggelassen).

26 Leibholz, Gleichheit, S. 77 f.

27 Vgl. dazu die in Anm. 12 Genannten, sowie Starck, Anwendung, S. 58 ff.; Kloepfer, S. 54 ff.; Stein, AK-GG, Rdn. 33 ff. zu Art. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gend, weshalb das Grundgesetz im Hinblick auf bestimmte Ungleichbehandlungen, die Anforderungen zu erhöhen, für notwendig hielt. Aus den bisherigen Betrachtungen, insbesondere aus der Analyse der Diskussion in den Vereinigten Staaten,[28] haben sich zwei unterschiedliche Sichtweisen ergeben, die erklären können, weshalb bestimmte Ungleichbehandlungen verfassungskräftig versagt werden sollen: Differenzierungsverbot und Dominierungsverbot.

Die Grundprinzipien und die Leitidee von Differenzierungsverbot und Dominierungsverbot sollen im folgenden einander gegenübergestellt werden. Dabei geht es noch nicht um die eigentliche Interpretation der besonderen Gleichheitssätze des Grundgesetzes, sondern die Funktionen und Wirkungsweisen der beiden unterschiedlichen Konzeptionen besonderen Gleichheitsschutzes werden losgelöst von der Lage unter dem Grundgesetz erörtert. Es wird sozusagen aus der Perspektive des Verfassungsgebers gefragt, auf welche Problemlage Differenzierungsverbot bzw. Dominierungsverbot zugeschnitten sind und welche »Wertentscheidung« getroffen wird, wenn eines der beiden als Inhalt einer Verfassungsnorm gesetzt wird.

Einige Beispiele, die an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale anknüpfen, sollen die Darstellung der beiden unterschiedlichen Sichtweisen veranschaulichen. Zur Klarstellung soll darauf hingewiesen werden, daß diese Bezugnahme auf Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG nicht wegen ihrer Bedeutung für die Rechtsordnung des Grundgesetzes erfolgt. Vielmehr stellen Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, Glauben und religiöse oder politische Anschauungen paradigmatisch die Fälle dar, für die in der heutigen Zeit auf nationaler wie auf internationaler Ebene die Problematik besonderen Gleichheitsschutzes vornehmlich diskutiert wird.

I. Differenzierungsverbot – die merkmalsbezogene Sicht

Das Differenzierungsverbot als Konzeption gleichheitsrechtlichen Schutzes wird vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung[29] bei der Auslegung der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG zugrunde gelegt, und die deutsche Literatur folgt ihm ganz überwiegend.[30] Inhalt und Struktur des Differenzierungsverbots sind deshalb bereits ausführlich erörtert worden. Wäh-

28 Siehe dazu oben S. 274 ff.
29 Siehe dazu oben S. 23 ff.
30 Siehe dazu oben S. 135 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

rend dem Gesetzgeber im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt festzulegen, nach welchen Kriterien differenziert werden soll, ist ihm die Anknüpfung an bestimmte Merkmale von Verfassungs wegen untersagt.

Das Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale kündet von der Überzeugung, daß diese Kriterien eine Bevorzugung oder Benachteiligung in der Rechtsordnung nicht rechtfertigen können. Bei allen typischerweise genannten Merkmalen handelt es sich um solche, die die Identität des einzelnen wesentlich prägen: Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen. Es sind entweder unveränderliche, angeborene Merkmale - wie z. B. Geschlecht[31] oder Rasse - oder sie resultieren aus der Ausübung eines verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechts - wie etwa religiöse oder politische Überzeugung. Das Verbot ihrer Verwendung bezweckt den Schutz des einzelnen. Der einzelne soll als Individuum beurteilt werden, nach seinen persönlichen Leistungen, Fähigkeiten, Verdiensten. Es erscheint ungerecht, ihm wegen Eigenschaften, die seine Persönlichkeit ausmachen und auf die er keinen Einfluß hat, Chancen zu versagen oder Belastungen aufzuerlegen.[32] Entsprechendes gilt hinsichtlich der Merkmale, die zwar veränderlich sind, zu deren Veränderung er aber nicht gezwungen werden darf.

Hinter dem Verbot der Verwendung verfassungsrechtlich verpönter Merkmale steht die Auffassung, daß dieselben für das Rechtssystem irrelevant sein sollen, und die Sorge, daß die Gefahr besteht, sie für relevant zu halten.[33] Es sind Merkmale, die wesentliche Verschiedenheiten zwischen Menschen begründen. Ein Mensch erscheint anders, weil er dem anderen Geschlecht angehört, eine andere Hautfarbe hat, eine andere Sprache spricht. Gerade weil es Merkmale sind, die die Identität des einzelnen so wesentlich prägen, erscheint ihre Verwendung als Unterscheidungsmerkmale besonders gefährlich. Sie tragen die Gefahr in sich, nicht nur zu unterschiedlichen Rechtsfolgen zu führen, sondern auch Urteile über höheren oder niedrigeren Wert der Person abzugeben: in letzter Konsequenz, die gleiche Menschenwürde abzuerkennen.

31 Abgesehen von der Geschlechtsumwandlung, deren Problematik es jedenfalls rechtfertigt, von praktisch unveränderlichen Merkmalen auszugehen.

32 Zu der Frage, ob sich diese Argumentation auch durchhalten läßt, wenn man an andere Eigenschaften denkt, auf die der einzelne keinen Einfluß hat - wie etwa Begabung oder die Entwicklungschancen, die mit dem Elternhaus oder dem gesellschaftlichen Umfeld zusammenhängen, oben S. 276.

33 Diese Sorge gründet vor allem auf geschichtlichen Erfahrungen; vgl. zur verfassungsgeschichtlichen Entwicklung der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale Sachs, Merkmale, S. 549 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Indem der Verfassungsgeber bestimmte Merkmale in den Katalog der Differenzierungsverbote aufnimmt, wird ihre Verwendung dem politischen Spiel der Kräfte und der Verfügbarkeit durch die jeweilige politische Mehrheit entzogen. So sichtbar die Merkmale sind, der Staat darf nicht auf sie sehen, darf mit dieser Verschiedenheit der Menschen nicht die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen begründen. Aus der Perspektive des Staates sind diese Merkmale von Verfassungs wegen für irrelevant erklärt worden.

II. Dominierungsverbot - die gruppenbezogene Sicht

Eine andere Sichtweise setzt dagegen nicht bei der Irrelevanz bestimmter Merkmale und der abstrakten Gefahr an, die ihre Verwendung mit sich bringen könnte. Sie bezieht sich stattdessen konkret auf den historischen Hintergrund und die tatsächlichen gesellschaftlichen Gegebenheiten. In der geschichtlichen Erfahrung wurden bestimmte Merkmale immer zu Lasten einer durch ein solches Merkmal konstituierten Gruppe verwendet; auf deren Situation kommt es nach diesem Konzept der Funktion besonderer Gleichheitssätze an. In Anlehnung an die amerikanischen Autoren, die ein solches Verständnis der Funktion besonderer Gleichheitssätze entwickelt haben, soll für diese gruppenbezogene Sichtweise der Begriff des »Dominierungsverbots« verwendet werden.[34]
Auch hierbei geht es um Schutz vor Diskriminierung. Diskriminierung erscheint aber nicht als quasi-willkürliche, vorurteilsbehaftete Bewertung des einzelnen aufgrund eines Merkmals, das eigentlich keine Rolle spielen dürfte, sondern es wird der Gruppenbezug von Diskriminierung betont. Im Hinblick auf Merkmale wie z. B. Geschlecht, Rasse oder Religion wird der einzelne gerade nicht aufgrund seiner individuellen Eigenschaften diskriminiert, sondern wegen seiner Zugehörigkeit zu der durch das Merkmal definierten Gruppe. Er wird nicht aus individualisierten, auf seine Persönlichkeit ausgerichteten und zugeschnittenen Gründen ungleich behandelt, sondern die Vorurteile und abwertenden Ansichten, die gegenüber seiner Gruppe bestehen, werden auf ihn übertragen.[35] Versucht man - wie es beim Differenzierungsverbot geschieht - Diskriminierung allein aus der Perspektive des betroffenen einzelnen zu erfassen, kann verfassungsrechtlicher Schutz nur ver-

34 Siehe dazu oben S. 285 ff.
35 Ähnlich auch Robbers, S. 753; vgl. auch schon Salzwedel, S. 345, der Diskriminierung dadurch kennzeichnet, daß sie die Benachteiligten »in ihrer Eigenschaft als Gruppenangehörige erfaßt«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

kürzt gewährleistet werden; das Bemühen, als individuelles Problem zu lösen, was ein - aus der Sicht des Dominierungsverbots - kollektives Problem ist, kann nicht zum Erfolg führen.
Hierbei legt die gruppenbezogene Sichtweise entscheidenden Wert darauf, daß bei Merkmalen wie etwa dem Geschlecht oder der Rasse zwar theoretisch offen sein mag, zu wessen Nachteil eine Verwendung des Merkmals erfolgt. Es wären auch Gesellschaftsformen denkbar, in denen Männer oder Weiße unterdrückt werden; doch in jeder konkret zu beurteilenden Gesellschaft ist allein eine Gruppe von Benachteiligung und Diskriminierung betroffen.[36] Betrachtet man beispielsweise die deutsche Geschichte und die aktuelle Lage in der Bundesrepublik, stellt sich das Problem einer umfassenden Benachteiligung der Männer nicht. Es war und ist in fast jeder Hinsicht immer die Frau gewesen, der Möglichkeiten versagt wurden. Entsprechend war in den Vereinigten Staaten immer eindeutig, wessen Rasse nachteilig getroffen werden sollte, und auch bei Unterdrückung aufgrund der Religion mußte in einem bestimmten Gebiet allein die dortige religiöse Minderheit Verfolgung und Unterdrückung fürchten.
Es ist dabei zu bedenken, daß der gruppenbezogene Diskriminierungsbegriff die Möglichkeit einzelner Privilegien zugunsten der (eigentlich) diskriminierten Gruppe nicht ausschließt. Da es für das Dominierungsverbot entscheidend auf die umfassende gesellschaftliche Lage ankommt, wie sie von der geschichtlichen Entwicklung mit geprägt worden ist, kommt es auf möglicherweise gegebene einzelne Benachteiligung der eigentlich dominierenden Gruppe nicht an: der allein Frauen zustehende Kranzgeldanspruch nach § 1300 BGB kann die gesamte Schlechterstellung der Frau gegenüber dem Mann nicht aufwiegen.
Privilegien außer acht zu lassen, wird mit dem zugrundeliegenden Verständnis der Funktion besonderer Gleichheitssätze begründet. Das Dominierungsverbot geht von der Aufgabe der Grundrechte in der pluralistischen

36 Es wird im folgenden der Einfachheit halber immer nur von zwei Gruppen gesprochen (wie das für das Merkmal Geschlecht auch zutrifft). Bei anderen Merkmalen dagegen, wie etwa bei Rasse oder Religion, können es durchaus mehrere verschiedene religiöse oder rassische Minderheiten sein, die benachteiligt werden. Entscheidend ist aber auch in diesen Fällen, daß eine absolute Symmetrie nicht bestehen kann. Gibt es in einer beliebigen Gesellschaft das Problem der Rassendiskriminierung, so werden davon nie alle rassischen Gruppen gleichmäßig betroffen. In den Vereinigten Staaten haben verschiedene rassische und ethnische Gruppen mit Diskriminierung zu kämpfen, wie etwa Schwarze, die amerikanischen Ureinwohner oder Personen hispanischer Abstammung, um nur ein paar der betroffenen Gruppen zu nennen. Nicht betroffen davon sind hingegen die Weißen. Entsprechend wird in einem Land nicht die Mehrheitsreligion, sondern allenfalls die verschiedenen Minderheitsreligionen Benachteiligung ausgesetzt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gesellschaft aus, wie sie ausführlich in der Auseinandersetzung mit der amerikanischen Diskussion erörtert wurde.[37] Mit den Grundrechten werden bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten der Disposition durch die jeweilige politische Mehrheit entzogen; eine wesentliche Funktion der Grundrechte ist daher der Minderheitenschutz. Ein besonderer gleichheitsrechtlicher Schutz rechtfertigt sich daher nur zugunsten von Gruppen, die selbst in der politischen »Mehrheit« nicht ausreichend vertreten sind.

Besondere Gleichheitssätze sind damit allein dem Schutz von Gruppen gewidmet, die in der Geschichte diskriminiert wurden und die heute noch unter den Fortwirkungen dieser Diskriminierung zu leiden haben. Die Gruppen, die die politische und wirtschaftliche Macht haben, deren Interessen ohnehin vertreten werden, brauchen aus der Sicht des Dominierungsverbots keinen über den allgemeinen Gleichheitssatz hinausgehenden verfassungsrechtlichen Schutz. Die Wahrnehmung ihrer Interessen kann getrost dem politischen System überlassen werden. Besonderen verfassungsrechtlichen Schutz benötigen nur die Gruppen, bei denen zu befürchten steht, daß diejenigen, die die politische Macht innehaben, sie benachteiligen wollen, aus Belastungen, die sie ihnen auferlegen, Vorteile ziehen oder ihrer Schlechterstellung indifferent gegenüberstehen.

Deshalb geht es aus Sicht des Dominierungsverbots auch nicht um das abstrakte und absolute Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale, sondern um das Verbot von Rechtsnormen, die eine der besonders geschützten Gruppen diskriminieren, zu ihrer Diskriminierung beitragen oder ihre aufgrund früherer Diskriminierung schlechtere Ausgangslage festschreiben. Es beurteilt die Rechtswidrigkeit staatlichen Handelns daher nicht danach, ob ein verpöntes Merkmal getroffen wird, sondern blickt auf die Auswirkungen, die eine Regelung auf die besonders geschützte Gruppe hat. Dabei geht es auch dem Dominierungsverbot letztlich um den Schutz der Menschenwürde des einzelnen. Die Gruppen, für die ein solcher besonderer verfassungsrechtlicher Schutz sinnvoll erscheint, sind im Regelfall durch eines der Merkmale, die typischerweise als Inhalt eines Differenzierungsverbots diskutiert werden, definiert - wie etwa Frauen, Schwarze oder Juden. Es handelt sich um soziale Gruppen, die in der gesellschaftlichen Wirklichkeit dauerhaft Bedeutung haben und immer wieder als Gruppe rechtlich schlechter behandelt worden sind. Zudem sind es Gruppen, die die persönliche Identität und Stellung in der Gesellschaft maßgeblich prägen. Der Status der Gruppe hat ent-

37 Vgl. dazu die Diskussion von Elys Position, oben S. 279 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

scheidenden Einfluß auf das Ansehen, den Status und damit das Wohlbefinden der Angehörigen der Gruppe.

III. Fazit

Differenzierungsverbot und Dominierungsverbot haben unterschiedliche Schutzzwecke. Das Differenzierungsverbot zielt auf das Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale bei gesetzgeberischen Differenzierungen, das Dominierungsverbot schützt benachteiligte Gruppen.
Sie blicken somit auf verschiedene Seiten des Problems der Gleichheit.[38] Das Differenzierungsverbot beschäftigt sich mit der Zusammenfassung von einzelnen zu Gruppen; dem Gesetzgeber wird es untersagt, bei der Festlegung unterschiedlicher Rechtsfolgen an bestimmte Merkmale anzuknüpfen. Die durch ein Gesetz unterschiedlich behandelten Personengruppen dürfen sich also nicht durch das verpönte Merkmal unterscheiden. In letzter Konsequenz bedeutet dies, daß die durch ein solches Merkmal gekennzeichneten Personen nicht als Gruppen wahrgenommen werden dürfen.
Dem Dominierungsverbot geht es dagegen um das Verhältnis von Gruppen zueinander. Es berücksichtigt die spezifische historische Ausgangslage, in der besonderer Gleichheitsschutz dem Verfassungsgeber für wünschenswert erschien, und schützt deshalb allein die in der Geschichte diskriminierte und fortwirkend benachteiligte Gruppe vor ungerechtfertigter Schlechterstellung. Es verlangt damit auch, daß der Gesetzgeber gerade darauf achtet, wie sich bestimmte gesetzgeberische Maßnahmen auf die vom Dominierungsverbot geschützte Gruppe auswirken.
Die unterschiedlichen Schutzzwecke der beiden Ansätze wirken sich in Reichweite und Umfang des gewährleisteten Schutzes aus. Ist der Schutz des Dominierungsverbots im Hinblick auf den geschützten Personenkreis - nur die Angehörigen der benachteiligten Gruppe - enger, so reicht sein Schutz für diese Personengruppe weiter.
In der Phase der »klassischen Diskriminierung« wird dies freilich nicht sichtbar. Die offensichtlichste Form der Diskriminierung, die unter Verwendung des verpönten Merkmals zu Lasten benachteiligter Gruppen differenziert, ist nach einem Differenzierungsverbot ebenso unzulässig wie nach einem Dominierungsverbot.

38 Vgl. zu dieser Unterscheidung Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 179.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Unterschiede im Schutzzweck wirken sich aber bei den neuen Problemen der Diskriminierung aus.[39] Sind einmal alle Rechtsnormen, die das verbotene Merkmal verwenden, aus der Rechtsordnung verschwunden, ist die Funktion des Differenzierungsverbots erfüllt und es beschränkt sich darauf, die Wiedereinführung differenzierender Normen zu verhindern. Das Problem der Diskriminierung hat sich für das Differenzierungsverbot erledigt. Dem Dominierungsverbot kann demgegenüber auch bei neuen Problemen der Diskriminierung, insbesondere in Fällen »struktureller Benachteiligung«, Bedeutung zukommen. Haben sich in der Folge des langwährenden Ausschlusses bestimmter Gruppen von gleicher Teilhabe Strukturen herausgebildet, die - ohne ausdrücklich an das verbotene Merkmal anzuknüpfen - das Fortkommen der Angehörigen der benachteiligten Gruppe erschweren, können diese aus Sicht eines Dominierungsverbots als Problem von Diskriminierung begriffen werden. Allein ein Dominierungsverbot kann daher gegenüber Normen solcher Art rechtlichen Schutz gewähren.

B. Die Auslegung des Artikel 3 Absatz 2 GG

Im vorigen Abschnitt wurden zwei mögliche Sichtweisen von der Funktion besonderer Gleichheitssätze skizziert, und es wurde gezeigt, welche unterschiedlichen Schutzzwecke Differenzierungsverbot und Dominierungsverbot verfolgen. Es wird im folgenden zu untersuchen sein, ob und wie diese unterschiedlichen Konzeptionen besonderen Gleichheitsschutzes für die Auslegung der Normen, die sich im Grundgesetz mit dem Verhältnis von Männern und Frauen beschäftigen - Art. 3 Abs. 2 und 3 GG -, fruchtbar gemacht werden können.[40]

39 Siehe zu diesen neuen Problemen der Diskriminierung oben S. 187 ff.; ausführlich zu den praktischen Unterschieden zwischen den verschiedenen Konzeptionen besonderen Gleichheitsschutzes oben S. 224 ff.

40 Dabei liegt der Schwerpunkt - gemäß der Themenstellung der Arbeit - auf der Beschäftigung mit Art. 3 Abs. 2 GG. Da es aber auch gerade darum geht, den Unterschied zwischen Abs. 2 und Abs. 3 herauszuarbeiten, sind Bezüge zu Abs. 3 unerläßlich.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

I. Methodische Vorbemerkung

In den letzten Jahrzehnten hat sich die Rechtswissenschaft mit der Frage nach der juristischen Methode intensiv auseinandergesetzt.[41] Viel ist vor allem geschrieben worden über die besondere Problematik der Grundrechtsinterpretation. Die Offenheit der Texte, ihre Kürze und ihr Charakter als Lapidarformeln oder Grundsatzbestimmungen[42] bereiten für die Auslegung besondere Probleme. Ob diese so weit gehen, daß deshalb für die Verfassungsinterpretation andere Regeln gelten als für die Interpretation einfachen Gesetzes, hat die Literatur vielfach beschäftigt,[43] und die Herangehensweise an die Interpretation oder Konkretisierung von Verfassungsnormen ist nach wie vor heftig umstritten.[44] Trotz der Bedeutung, die eine gesicherte Methode für die Staatsrechtswissenschaft hat,[45] ist es somit nicht gelungen, Einigkeit über eine solche zu erzielen.

Dennoch läßt sich eine gewisse Grundübereinstimmung zwischen den Vertretern der verschiedenen methodischen Ansätze nachweisen.[46] Den klassischen Elementen der juristischen Hermeneutik, wie sie aus Savignys Methodenkanon[47] weiterentwickelt worden sind, werden von (fast) allen Interpreten eine gewisse Bedeutung zuerkannt. Das Bundesverfassungsgericht verwendet sie ohne nähere Begründung und nimmt die Auslegung in einer »Zusammenschau von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, System und gesetzgeberischer Zielsetzung« vor.[48] Nach Müllers Auffassung beispielsweise erwei-

41 Vgl. hierzu insbesondere Böckenförde, Grundrechtstheorie; ders., Verfassungsinterpretation; Schlink, Methodendiskussion; F. Müller, Juristische Methodik; Kriele, Rechtsgewinnung; Stern, Staatsrecht I, S. 123 ff.; Dreier; Forsthoff, Umbildung; Ehmke; Häberle, Offene Gesellschaft; Roellecke, Verfassungsinterpretation, sowie die in den Sammelbänden von Koch und Dreier/Schwegmann abgedruckten Aufsätze.

42 Böckenförde, Grundrechtstheorie, S. 1529.

43 Vgl. dazu insbesondere Forsthoff, Umbildung; Hollerbach.

44 Besonderer Streit besteht dabei über die Frage, inwieweit topisches Denken Eingang in die juristische Methodik finden sollte, vgl. dazu Ehmke, S. 59 ff.; Häberle, Offene Gesellschaft; Kriele, Rechtsgewinnung, S. 132 ff.; Hesse, Grundzüge, Rdn. 66 ff.; kritisch: Böckenförde, Verfassungsinterpretation, S. 2091 ff.

45 Dazu Böckenförde, Eigenart, S. 330 f.

46 Vgl. Wieland, S. 78.

47 Savigny, S. 213 f. nannte als die vier Elemente der Gesetzesauslegung das grammatische, das logische, das historische und das systematische Element und führte aus: »Mit diesen vier Elementen ist die Einsicht in den Inhalt des Gesetzes vollendet. Es sind also nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Thätigkeiten, die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll« (S. 215).

48 BVerfGE 50, 177, 194; siehe auch BVerfGE 11, 126, 130; 57, 250, 262; vgl. auch Roellecke, Verfassungsinterpretation, S. 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sen die von Savigny aufgestellten Regeln »ihre grundsätzliche Unentbehrlichkeit auch für eine Methodik des heutigen (Verfassungs)Rechts«, wenn er sie auch in vielen Richtungen für ergänzungsbedürftig hält.[49] Auch andere Autoren wollen sie verfeinern und verweisen auf zusätzliche Interpretationsgesichtspunkte; doch werden die klassischen vier Auslegungsmittel bei der Aufzählung möglicher Interpretationsprinzipien im Regelfall an hervorgehobener Stelle berücksichtigt.[50]

Der hier vertretene Auslegungsansatz wird auf diesem kleinsten gemeinsamen methodischen Nenner aufbauen. Er will damit weder methodisches Neuland betreten noch die Methodendiskussion entscheidend voranbringen. Dies ist auch nicht erforderlich, wenn schon die klassischen Elemente eine eindeutige Auslegung ermöglichen. Dann ermöglicht die Rückbesinnung auf die gemeinsamen Grundlagen überzeugendere Ergebnisse als das vorschnelle Betreten methodisch ungesicherten Geländes. Erst wenn die herkömmlichen Mittel nicht ausreichen und bei der Auslegung Zweifel verbleiben, ist die Erörterung weiterer methodischer Gesichtspunkte unumgänglich.

Im folgenden soll gezeigt werden, daß es sich bei der Interpretation der Normen des Grundgesetzes, die sich auf das Verhältnis von Männern und Frauen zueinander beziehen, um einen solchen Zweifelsfall nicht handelt. Mit Hilfe der klassischen Auslegungsregeln läßt sich der Inhalt der beiden Normen erschließen: Art. 3 Abs. 2 GG ist als gruppenbezogenes Dominierungsverbot, Art. 3 Abs. 3 GG als individualbezogenes Differenzierungsverbot zu verstehen (II-V). Darüberhinaus soll nachgewiesen werden, daß alle anderen Interpretationsvorschläge diesen Anforderungen nicht genügen und den Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG nicht angemessen erfassen (VI).

II. Wortlaut

Die Verfassung ernst nehmen, heißt mit der Analyse ihres Textes zu beginnen. Zunächst fällt auf, daß sich der Wortlaut der zwei Bestimmungen des

49 F. Müller, Juristische Methodik, S. 198.

50 Stern, Staatsrecht I, S. 125 f.; Hesse, Grundzüge, Rdn. 68; Dreier, S. 25 ff.; Maunz/Zippelius, S. 44 f.; Badura, S. 14 f.; Kriele, Rechtsgewinnung, S. 84, erkennt sie als Methode an, »soweit sie Entscheidungen ermöglicht«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grundgesetzes, die sich mit dem Verhältnis zwischen den Geschlechtern befassen, deutlich unterscheidet. Absatz 2 des Artikel 3 GG lautet:

> »Männer und Frauen sind gleichberechtigt«.

Absatz 3 bestimmt:

> »Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden«.

Bevor man diese beiden Vorschriften inhaltlich gleichsetzt,[51] sollte man zunächst ihre Unterschiede in der Formulierung hinnehmen und versuchen, diese zu erfassen.

1. »Männer und Frauen«

Absatz 3 spricht von »niemand«. Klarer kann man eine individualisierte Garantie kaum formulieren. Der Schutz wird hier aus der Sicht des einzelnen garantiert: Niemandem dürfen die im weiteren näher bezeichneten Handlungen zugefügt werden.
Demgegenüber spricht Absatz 2 von »Männern« und »Frauen«. Schon die Verwendung des Plurals deutet auf einen Gruppenbezug hin.[52] Doch wird nicht nur eine beliebige Mehrheit von Personen genannt, sondern die beiden sozialen Gruppen »Männer« und »Frauen« sind Subjekte der Vorschrift. Es ist zu erwarten, daß die Norm im weiteren Bestimmungen hinsichtlich des Verhältnisses beider Gruppen zueinander trifft.

2. »Gleichberechtigt«

Absatz 3 spricht von »benachteiligt oder bevorzugt«. Beide Begriffe erfassen zusammengenommen jede Behandlung, die zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt.[53] Auch diese Formulierung deutet auf die Sicht als Differenzierungsverbot hin, wie denn auch von der h.M. das Verständnis der besonderen Gleichheitssätze als Differenzierungsverbote gerade mit dieser Formulierung begründet wird.[54]

51 So aber die h.M.; vgl. oben S. 24 und S. 136 f.
52 Robbers, S. 753, spricht von einer »gruppentypisierenden Tendenz«.
53 Vgl. dazu oben S. 52.
54 Vgl. dazu Sachs, Grenzen, S. 244 ff, mit zahlreichen Nachweisen.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Absatz 2 dagegen bezeichnet Männer und Frauen als »gleichberechtigt«. Manche Autoren verstehen unter »sind gleichberechtigt« dasselbe wie »haben gleiche Rechte«.[55] Betrachtet man den abstrakten Begriff »Gleichberechtigung«, ist dies sicherlich ein möglicher und naheliegender Wortsinn. Fraglich ist aber, ob eine solche isolierte Betrachtungsweise der Verwendung des Begriffes »gleichberechtigt« im Grundgesetz gerecht wird.

Zweifel an einer Gleichsetzung von Gleichberechtigung und der Garantie identischer Rechte ergeben sich schon daraus, daß die Formulierung »Männer und Frauen haben gleiche Rechte und Pflichten« vom Parlamentarischen Rat diskutiert und stattdessen der Begriff »Gleichberechtigung« gewählt wurde.[56]

Zudem umfaßt der Begriff »Gleichberechtigung« auch seinem Wortsinn nach mehr als nur die Rechtsgleichheit im engen Sinne; er zielt als politischer Begriff auf die Schaffung einer Gesellschaft, die allen Angehörigen der als gleichberechtigt bezeichneten Gruppen beispielsweise gleiche Entwicklungsmöglichkeiten, reale Alternativen, Macht, gleiches Ansehen und gleichen Status verschafft. Dies erhellt der Blick auf den allgemeinen Sprachgebrauch. Es ist angebracht, dafür auf den allgemeinen Sprachgebrauch im Jahre 1949 zu schauen, worauf Pfarr zu Recht hinweist,[57] da es um die Auslegung einer Vorschrift aus diesem Jahre geht. Das Grimmsche Wörterbuch von 1949 definiert das Wort »gleichberechtigt« wie folgt:

> »part. adj., um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert aufkommend, durchweg im Bedeutungsbereich gleich ›gleichrangig, gleichwertig‹ ... vornehmlich zur Bezeichnung eines rechtlichen, eines staatsbürgerlichen, eines politischen Verhältnisses u.ä. innerhalb einer übergreifenden Ordnung, ›mit gleichem Rechtsanspruch, gleicher Verfügungsgewalt, gleicher öffentlicher Anerkennung ausgestattet‹«.[58]

55 Siehe z.B. Gusy, Gleichheitssatz, S. 2505 f.; K. Lange, Frauenquoten, S. 1175; Knöpfel, S. 653, faßt den Wortsinn zwar als Garantie gleicher Rechte auf, weist eine solche Deutung dann allerdings zurück (S. 654).

56 Antrag der CDU in der 7. Sitzung des Hauptausschusses vom 18.1.1949; ausführlich zur Entstehungsgeschichte unten S. 323 ff.

57 Quoten, S. 28.

58 Sp. 8028 (die Kleinschreibung des Originals wurde den üblichen ortographischen Regeln angepaßt, einige Abkürzungen ausgeschrieben und Verweise weggelassen); und bei Sp. 8030 findet sich als Definition von »Gleichberechtigung«: »im Rahmen rechtlicher und politischer Ordnungen, ein gleiches Maß von Rechten oder Ansprüchen und die daraus abzuleitende Gleichstellung bezeichnend«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die ursprüngliche Wortbedeutung hat sich auch bis heute erhalten.[59] »Gleichberechtigung« wird auch in der heutigen, politischen Diskussion noch im umfassenden Sinne gebraucht.[60]
Eine Beschränkung des Inhalts des Gleichberechtigungssatzes auf das Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht in der Rechtsordnung würde dem umfassenden Begriff von Gleichberechtigung nicht gerecht. Auch unter diesem Aspekt kommt ein Verständnis als Dominierungsverbot dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 GG näher.

3. »Sind«

Die Formulierung in Absatz 3 »darf wegen ... « ist die geradezu klassische Formulierung eines individualrechtlichen Differenzierungsverbots. Dem Staat wird es untersagt, bestimmte die Persönlichkeit prägende Merkmale bei der Anordnung von Rechten und Pflichten zu berücksichtigen. Allein um das Verbot der Anknüpfung an diese Merkmale kann es dann aber auch nur gehen.
Demgegenüber verwendet Absatz 2 das schlichte Verb »sind«. Ein Zwischenschritt in der Wortauslegung ist hierbei vonnöten, der bei allen scheinbar deskriptiv gefaßten Grundrechten gegangen wird. Natürlich will das Grundgesetz nicht deskriptiv feststellen, daß sie »sind«, sondern bestimmt als Norm, daß sie »sein sollen«. Verpflichteter aus der Norm ist gemäß des Charakters der Grundrechte - auch wenn er in der einzelnen Vorschrift nicht ausdrücklich genannt ist - der Staat. Das entsprechende Gebot an den Staat lautet, alles zu unterlassen, was zur Negierung des Satzes führen könnte. Durch Absatz 2 wird es dem Staat also untersagt, in einer Weise zu handeln, die dazu beiträgt oder zur Konsequenz hat, daß Männer und Frauen nicht gleichberechtigt sind.

59 In manchen aktuelleren Lexika findet sich zum Stichwort »Gleichberechtigung« zwar nur noch ein Verweis auf die Norm des Art. 3 Abs. 2 GG sowie eine Zusammenfassung der Kernsätze der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (z.B. Brockhaus Enzyklopädie, Stichwort »Gleichberechtigung«, S. 385; Meyers Großes Universallexikon, Stichwort »Gleichberechtigung«, S. 633). Für die Auslegung des Wortlauts einer Vorschrift muß aber eine Veränderung im allgemeinen Sprachgebrauch, die auf die Rechtsprechung nach Schaffung der Vorschrift gestützt ist, außer Betracht bleiben; schließlich soll gerade kritisch analysiert werden, ob die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts zutrifft.

60 Auch in manchen Wörterbüchern wird die unterschiedliche Wortbedeutung weitergeführt. Neben der »rechtlichen Gleichheit von Mann und Frau« wird auch auf die umgangssprachliche Bedeutung hingewiesen: »Gleichheit von Mann und Frau hinsichtlich aller Rechte und den Möglichkeiten, diese wahrzunehmen, der alltäglichen Pflichten usw.« (Brockhaus/Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Wiesbaden 1981, Stichwort: Gleichberechtigung).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Art. 3 Abs. 2 GG spricht also nicht davon, daß die Berücksichtigung eines bestimmten Merkmals dem Staat untersagt werden soll, sondern verbietet Handlungen, die dem Zustand »Gleichberechtigung« entgegenstehen. Damit beschränkt sich das Verbot nicht auf finale oder kausale Zugriffe. Die Verhaltensweisen, die dem Staat untersagt werden, werden von den Auswirkungen her bestimmt, die sie auf das Verhältnis der beiden Gruppen Männer und Frauen zueinander haben. Auch insoweit wechselt Absatz 2 die Perspektive von der merkmalsbezogenen zur gruppenbezogenen Sichtweise.

4. Ergebnis

Auch Art. 3 Abs. 2 GG ist durch die »lapidare Sprachgestalt, die Grundrechtsbestimmungen häufig eigen ist«,[61] gekennzeichnet, so daß die Wortlautinterpretation für sich genommen den Inhalt der Norm nicht eindeutig erschließen kann. Doch enthält der Normtext des Gleichberechtigungssatzes - gerade durch die Gegenüberstellung zur Formulierung des Art. 3 Abs. 3 GG - manche Indizien dafür, daß letzterer als Differenzierungsverbot, Art. 3 Abs. 2 GG hingegen als Dominierungsverbot zu verstehen ist.
Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG entspricht in jeder Hinsicht einem Verständnis als Differenzierungsverbot. Bestimmte Merkmale werden ausdrücklich genannt, wegen derer niemand benachteiligt oder bevorzugt werden darf.
Der Normtext des Art. 3 Abs. 2 GG deutet hingegen in allen seinen Bestandteilen - Subjekt, Prädikat und Prädikatsnomen - eher auf die gruppenbezogene Sichtweise als Dominierungsverbot hin. Subjekt der Verfassungsnorm sind Gruppen - Männer und Frauen -, deren Verhältnis zueinander ein gleichberechtigtes sein soll. Der Begriff der Gleichberechtigung ist weiter als die Garantie identischer Rechte und umfaßt auch das Innehaben gleichen Status' und gleicher Macht. Schließlich zielt auch das Verb - sind - nicht auf das Verbot bestimmter Mittel - etwa der Verwendung des Merkmals Geschlecht als Differenzierungskriterium -, sondern verbietet alle gleichberechtigungshemmenden und -hindernden Maßnahmen.

61 BVerfGE 74, 51, 57.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

III. Entstehungsgeschichte

Früher wurde die Bedeutung der Entstehungsgeschichte als Interpretationsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als gering veranschlagt.[62] Die Rolle der Entstehungsgeschichte wurde damals vor allem im Zusammenhang mit dem Streit darüber erörtert, ob die Auslegung nach dem (subjektiven) Willen des Gesetzgebers oder dem (objektiven) Willen der Norm erfolgen solle. Indem sich das Bundesverfassungsgericht schon früh zur objektiven Theorie bekannte,[63] maß es dem Willen der Verfassungsgeber zunächst nur geringe Bedeutung bei. Aber selbst damals wurde dem Rekurs auf die Entstehungsgeschichte jedenfalls die Funktion der Bestätigung oder der Behebung von Zweifeln zugewiesen.[64] Zumal bei der Interpretation des Gleichberechtigungssatzes berief sich das Bundesverfassungsgericht schon bei der ersten großen Entscheidung zur Gleichberechtigung unbefangen auf die Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG.[65]
Inzwischen betont auch das Bundesverfassungsgericht den hohen Stellenwert der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung von Grundrechtsnormen, aus deren Wortlaut allein der Sinngehalt nicht erfasst werden kann:

> »Die normative Bedeutung und Tragweite zu ergründen verlangt vielmehr einen Blick auf das rechtliche und historische Umfeld der Entstehung der Verfassungsnormen sowie auf ihre Zielrichtung, wie sie sich in den Beratungen darstellte und wie sie schließlich im Normzusammenhang ihren Ausdruck fand. Erst aufgrund einer solchen Gesamtbetrachtung läßt sich der Sinngehalt dieser Verfassungsbestimmungen feststellen«.[66]

Dabei ist selbstverständlich, daß für die historische Auslegung nicht die Äußerung jedes einzelnen Abgeordneten von ausschlaggebender Bedeutung sein kann; es kann nur darum gehen, die Hauptargumente und die Problemlagen, die der Parlamentarische Rat gesehen hat, herauszuarbeiten. Ein Schwerpunkt wird hierbei auch auf die unterschiedlichen Formulierungsvorschläge zu legen sein.
Die Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG ist von besonderem Interesse, da der Gleichberechtigungssatz zwar im Ergebnis einstimmig verabschiedet worden ist, seine jetzige Gestalt aber »erst nach sehr ausführlichen und

62 BVerfGE 1, 299, 312.
63 BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 35, 263, 278.
64 Ebda.
65 BVerfGE 3, 225, 242
66 BVerfGE 74, 102, 116; siehe auch BVerfGE 74, 51, 57; 76, 363, 384.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erregten Debatten gewonnen«[67] hat. Im folgenden soll der »Kampf um die Gleichberechtigung der Frau«, wie die Abgeordnete Nadig (SPD) vor der Schlußabstimmung formulierte,[68] nachgezeichnet werden.[69]

1. Entwurf von Herrenchiemsee

Der Entwurf von Herrenchiemsee enthielt noch keine Vorschrift über das Verhältnis der Geschlechter. Als »besonderer Gleichheitssatz« bestimmte der Absatz 3 des damaligen Art. 14 allein: »Jeder hat Anspruch auf gleiche wirtschaftliche und kulturelle Entwicklungsmöglichkeiten«.[70]

2. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 5.10.1948

In der Sitzung des Grundsatzausschusses wurden als Absatz 2 und 3 des Gleichheitsartikels (Art. 17) vorgeschlagen:

> »Alle Männer und Frauen haben dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.
> Niemand darf seiner Abstammung, seiner Rasse, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen wegen benachteiligt oder bevorzugt werden«.[71]

Dr. Bergsträßer (SPD) begründete die Formulierung des Absatz 2 damit, daß sie in etwa aus der Weimarer Verfassung stamme. Das Wort »grundsätzlich« sei weggelassen, »weil das im Staatsrecht gerade das bedeutet, was der normale Mensch nicht darunter vermutet«.[72] Zudem wurde über die Einfügung eines Absatzes zur Lohngleichheit diskutiert, die Entscheidung darüber aber zurückgestellt.

67 Von Mangoldt, Grundrechte, S. 281
68 Parlamentarischer Rat, Sitzung vom 8.5.1949, S. 225.
69 Vgl. zur Entstehungsgeschichte: Doemming u.a., S. 66 ff.; Reich-Hilweg, S. 17 ff.; Friauf, Verfassungsauftrag, S. 12 ff.; Hofmann, Entwicklung der Gleichberechtigung, S. 9 ff.; Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 83 ff.; Pfarr, Quoten, S. 39 ff.; Slupik, Parität, S. 35 ff.; Sachs, Grenzen, S. 313 ff. Auffällig ist, daß Interesse an der Entstehungsgeschichte fast nur diejenigen zeigen, die neue Deutungen des Grundrechts erwägen.
70 Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Dokument Nr. 14, S. 62 f.
71 Kurzprotokoll der 6. Sitzung des Grundsatzausschusses am 5.10.1948, S. 4.
72 Stenographisches Protokoll der 6. Sitzung des Grundsatzausschusses am 5.10.1948, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. *»Kritische Würdigung« und Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 16.11.1948*

Die kritische Würdigung von Thoma vom Oktober 1948 befürwortete dagegen wieder die Einfügung des Wortes »grundsätzlich«, um Ausnahmen für statthaft zu erklären. Er hielt dies für notwendig, da es eine ganze Reihe staatsbürgerlicher Pflichten gebe, die nur Männern, nicht auch Frauen auferlegt würden. Er nannte als Beispiele die Wehrpflicht, die Dienstverpflichtung zur Wasserwehr und Feuerwehr sowie den Polizeihilfsdienst.[73]
Die Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom November 1948 ersetzte Absatz 2 des Gleichheitsartikels durch eine nähere Bestimmung des Inhalts des allgemeinen Gleichheitssatzes, das Merkmal Geschlecht wurde dafür aber in den Katalog der verpönten Merkmale in Absatz 3 aufgenommen.

4. *Sitzung des Grundsatzausschusses vom 30.11.1948*

Die SPD-Fraktion stellte den Antrag, den 2. Absatz des Gleichheitsartikels als »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« zu fassen und das Merkmal Geschlecht in den Katalog der in Absatz 3 genannten Merkmale aufzunehmen. Hauptsächlich wurde in dieser Sitzung über die Formulierung des allgemeinen Gleichheitssatzes diskutiert, aber immer wieder wurde von Seiten der SPD-Abgeordneten insistiert, ausreichende Sicherungen für Frauen einzubringen.[74] Es zeichneten sich auch schon die unterschiedlichen Grundpositionen darüber ab, welche Rechte den Frauen gegeben werden sollten. Zum einen wurde die Frage wieder aufgenommen, ob eine Garantie gleicher staatsbürgerlicher Rechte ausreiche. Während sich die Abgeordnete Nadig (SPD) klar dafür aussprach, daß es auch um die Neugestaltung des Familienrechts gehe,[75] zeigte sich an der Diskussion um ein etwaiges Verbot des Doppelverdienertums sehr deutlich, daß einige Abgeordnete, wie etwa Dr. Deh-

73 Thoma, Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rats beschlossenen und veröffentlichen Grundrechtskatalogs, Parlamentarischer Rat, Drucksache 244, S. 11 (zu Art. 19).

74 Dr. Bergsträßer führte beispielsweise aus: »Ich insistiere bei den Frauen so, weil die Verwaltung, wenn sie sich vor einem sogenannten Notstand befindet, die Frauen sozusagen immer in die Ecke schmeißt. Wenn gekündigt werden soll, werden die Frauen gekündigt. Wenn zu den Universitäten nicht zugelassen werden soll, werden die Mädchen ausgeschlossen« (Stenographisches Protokoll der 26. Sitzung des Grundsatzausschusses am 30.11.1948, S. 53).

75 A.a.O., S. 58.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ler,[76] am traditionellen Bild der Rollenverteilung zwischen Mann und Frau festhalten wollten.[77] Wiederum spielte die Diskussion darüber, ob die Lohngleichheit in den Verfassungstext aufgenommen werden sollte, eine wesentliche Rolle. Im Ergebnis entschied sich der Ausschuß gegen den Antrag der SPD-Fraktion. Die Garantie der Gleichberechtigung von Männern und Frauen wurde abgelehnt, das Geschlecht aber in den Katalog der in Absatz 3 genannten Merkmale aufgenommen.
Die Diskussion in der 27. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 1.12.1948 kreiste noch einmal um dieselben Fragen, ohne aber zu Änderungen zu führen.

5. Sitzung des Hauptausschusses vom 3.12.1948

Dem Hauptausschuß lag in der ersten Lesung folgende Fassung des Gleichheitssatzes vor (Artikel 4):

»(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Das Gesetz muß Gleiches gleich, es kann Verschiedenes nach seiner Eigenart behandeln. Jedoch dürfen die Grundrechte nicht angetastet werden.
(2) Männer und Frauen haben die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.
(3) Niemand darf seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen und politischen Anschauungen wegen benachteiligt oder bevorzugt werden«.[78]

Dagegen stand der Antrag der SPD-Fraktion, der im Grundsatzausschuß abgelehnt worden war. Absatz 2 sollte abgeändert werden in:

»Männer und Frauen sind gleichberechtigt«.

Der Antrag wurde mit 11 zu 9 Stimmen abgelehnt. Zur Antragsbegründung hatte die Abgeordnete Dr. Selbert (SPD) vorgetragen:

»Ich kann bei dieser Gelegenheit erklären: in meinen kühnsten Träumen habe ich nicht erwartet, daß der Antrag im Grundsatzausschuß abgelehnt werden würde. Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß man heute weiter gehen muß als in Weimar und

76 A.a.O., S. 59.
77 Vgl. auch die Äußerungen von Dr. Weber (CDU), a.a.O. S.60: »Ich trete dafür ein, daß die Frau für das Familienleben frei wird«.
78 Stenographisches Protokoll der 17. Sitzung des Hauptausschusses am 3.12.1948, S. 206.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

daß man den Frauen die Gleichberechtigung auf allen Gebieten geben muß. Die Frau soll nicht nur in staatsbürgerlichen Dingen gleichstehen, sondern muß auf allen Rechtsgebieten dem Manne gleichgestellt werden. Die Frau, die während der Kriegsjahre auf den Trümmern gestanden und den Mann an der Arbeitsstelle ersetzt hat, hat heute einen moralischen Anspruch darauf, so wie der Mann bewertet zu werden. Ich bin der Meinung, daß die jetzt in Artikel 4 gewählte Fassung: ›Niemand darf seines Geschlechtes ... wegen benachteiligt oder bevorzugt werden‹ nicht diesen Fall der Gleichberechtigung erfaßt. Ich könnte mir Doktoranden vorstellen, die uns nachweisen, daß im bürgerlichen Recht die Frau keineswegs benachteiligt oder der Mann bevorzugt ist«.[79]

Die Abgeordneten der CDU stützten ihre Ablehnung unter anderem darauf, daß ja durch die Aufnahme des Merkmals Geschlecht in den dritten Absatz eine Sicherungsvorschrift für die Frauen ausdrücklich vorgesehen worden sei[80] und daß die vorliegende Ausschußfassung alles enthalte, was gemeinsam gewünscht werde.[81] Mit dem »einfachen Wort ›Gleichberechtigung‹ könne nicht erfaßt werden, was in Wirklichkeit« gewollt werde.[82] Den Satz aufzunehmen sei »nicht richtig«, da es gewisse Gebiete gebe, in denen die Männer auf Grund ihrer Verschiedenheit weniger Rechte als Frauen hätten.[83]
Vor allem aber hoben sie darauf ab, daß sich aus der von der SPD vorgeschlagenen Formulierung - »einer so weitgehenden Fassung« - unübersehbare rechtliche Konsequenzen ergäben[84] und in der praktischen Durchführung doch erhebliche Schwierigkeiten gesehen werden müßten:[85] das bisher geltende Recht werde in sich zusammenstürzen und nichts an seine Stelle treten.[86]

6. Im Dezember 1948

Die Entscheidung des Hauptausschusses, die Gleichberechtigung von Männern und Frauen nicht in der Verfassung zu verankern, war in die Öffentlichkeit getragen und von Presse und Rundfunk verbreitet worden. Die Reaktion

79 Ebda.
80 Ebda.
81 Kaufmann (CDU), a.a.O., S. 208.
82 Kaufmann, a.a.O., S. 208.
83 V. Mangoldt, a.a.O., S. 208; ähnlich Kaufmann, ebda.
84 V. Mangoldt, a.a.O., S. 206.
85 Dr. Becker (FDP), a.a.O., S. 207, der in seinem Beitrag eine ganze Reihe der Probleme aus dem Familienrecht erwähnt, die später das Bundesverfassungsgericht beschäftigt haben.
86 V. Mangoldt, a.a.O., S. 208.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Öffentlichkeit, insbesondere vieler Frauenverbände, war deutlich: ein Sturm der Empörung.[87] Die Abgeordneten erhielten so zahlreiche Briefe[88] und »entrüstete Telegramme«,[89] daß die CDU nicht umhin kam, ihre Haltung zu verändern.
Zunächst aber wurde in einer Erklärung von Dr. Finck (CDU) die Ablehnung der Aufnahme der Gleichberechtigung in das Grundgesetz noch offensiv verteidigt:

> »Die Sozialdemokratie glaubt, für die bevorstehende Wahl zum ersten Bundestag gegenüber der CDU bereits eine zugkräftige Agitationsparole gefunden zu haben. Sie lässt durch Presse und Runkdfunk verkünden, dass die CDU im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates in Bonn den sozialdemokratischen Antrag auf Gleichberechtigung der Frauen und Männer abgelehnt habe. ... Die übrigen Parteien hatten gute Gründe, gegen die sozialdemokratische Formulierung sich auszusprechen. Diese sieht zunächst harmlos aus und stellt im allgemeinen vom menschlichen und sozialen Gesichtspunkte aus eigentlich eine Selbstverständlichkeit dar. Dagegen hätte dieser Satz, als gesetzliche Bindung im Staatsgrundgesetz verankert, unabsehbare zivilrechtliche und sozialpolitische Folgen. Fast alle Bestimmungen des seit beinahe 50 Jahren in Geltung stehenden Bürgerlichen Gesetzbuches über Ehe- und Familienrecht würden dadurch über den Haufen geworfen und ausser Kraft gesetzt werden«.[90]

Zudem hebt Dr. Finck darauf ab, daß der SPD-Antrag nicht nur von der CDU, sondern auch von der Deutschen Partei, dem Zentrum und den Demokraten abgelehnt worden war. Zugestimmt habe aber, was besonders bemerkenswert sei, der kommunistische Abgeordnete Renner, der eigentlich

87 Daß es sich wirklich um einen »Sturm der Empörung« gehandelt haben muß, kommt in zahlreichen Äußerungen der Abgeordneten zum Ausdruck; siehe z.B. Dr. Weber (CDU): »Aber in der Öffentlichkeit ist ein großer Sturm aus den verschiedensten Gruppen entstanden« (Stenographisches Protokoll der 42. Sitzung des Hauptausschusses vom 18.1.1949, S. 539); Dr. Heuss (FDP): »Ich bin kein Fachmann für Meterologie. Infolgedessen weiß ich nicht genau, wie man Stürme macht oder wie sie entstehen. Aber man muß offenbar das, was in den Zeitungen und Zeitschriften drin war, als Sturm ansehen, während es doch nur ein wildgewordenes Mißverständnis ist« (a.a.O., S. 542); Dr. Selbert (SPD): »Die große Zahl von Eingaben beweist immerhin, welches große Interesse diese Lebensfrage der deutschen Frauen draußen in den weitesten Frauenkreisen erregt hat« (a.a.O., S. 539); vgl. auch Renner (KPD), a.a.O., S. 541.

88 Eine Auswahl von solchen Briefen ist bei Reich-Hilweg, S. 143 ff. abgedruckt.

89 Davon spricht Dr. Weber (CDU), Stenographisches Protokoll der Sitzung des Hauptausschusses vom 7.12.1948, S. 238; vgl. auch die Reaktion von Dr. Selbert, S. 239; vgl. auch die Bezeichnung von Dr. Strauß (CDU) als »erfreulich lebhaften Widerhall in der Öffentlichkeit«, S. 538.

90 Dr. Finck, »Um die Gleichberechtigung der Frau«, Parlamentarischer Rat, Drucksache 345.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erklärt habe, er werde sich an der Abstimmung über die Grundrechte überhaupt nicht beteiligen.

»Wenn er sich entgegen diesem seinem ausdrücklich verkündeten Vorsatz trotzdem an der Abstimmung über den sozialdemokratischen Antrag beteiligt hat, so beweist dieses, dass er von seinem kommunistischen Standpunkt aus eine besondere Freude an diesem Antrag gehabt hat, eine Tatsache, die den Antrag als solchen eindeutig beleuchtet«.[91]

In den darauffolgenden Wochen sah sich die CDU allerdings bemüßigt, ihre Haltung zur Gleichberechtigung endgültig zu verändern. Die Fraktionserklärung der CDU/CSU vom 8.12.1948 erklärt die ursprüngliche Ablehnung allein als Mißverständnis. Sie beruft sich darauf, daß sie der Ansicht gewesen seien, die »volle Gleichstellung der Frau« sei schon nach der bisherigen Fassung gewährleistet.

»Weil die CDU diesen Satz nicht mehr für notwendig hielt, stimmte sie dagegen. Sie stimmte also nicht gegen die Gleichberechtigung der Frau auf allen Gebieten des Lebens, sondern gegen diese besondere Formulierung«.[92]

7. Sitzung des Hauptausschusses am 18.1.1949

In der 2. Lesung vollzog sich der Sinneswandel der CDU endgültig. Sie hatte zunächst den Antrag gestellt, Absatz 2 zu fassen als:

»Männer und Frauen haben die gleichen Rechte und Pflichten. Die Gesetzgebung hat dies auf allen Rechtsgebieten zu verwirklichen«.

Dr. Strauß (CDU) begründet die neue CDU-Position wie folgt:

»Ich glaube, daß ich für die überwiegende Anzahl aller deutscher Männer und insbesondere aller deutschen Ehemänner spreche, wenn ich sage, daß der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau uns zum mindesten seit 1943 bereits so in Fleisch und Blut übergegangen ist, daß uns die Debatte etwas überrascht hat. Wir haben einen Fehler begangen ...: wir haben die Dinge zu juristisch und zu wenig politisch gesehen. ... Wir sind uns über den Grundsatz von vornherein einig gewesen. Das ist auch eine Selbstverständlichkeit. Gerade die vergangenen Jahre haben wohl jedem Mann einschließlich der Junggesellen vor Augen geführt, daß die Aufgaben

91 Ebda.
92 Fraktion der CDU/CSU im Parlamentarischen Rat, »›Die Gleichberechtigung der Frau‹ in der demnächstigen Bundesverfassung«, Parlamentarischer Rat, Drucksache 372.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Frau fast sogar noch schwerer - auch physisch schwerer - sind als die des Mannes. Die meisten deutschen Frauen sind nun schon seit Jahren berufstätig, ebenso die Männer, aber sie haben zusätzlich zu den Aufgaben der Männer noch die Aufgaben des Haushalts und der Kindererziehung. Viele deutsche Männer haben erst in diesen Jahren erfahren, was Haushaltarbeit bedeutet, besonders wenn sie gezwungen waren, an dieser Haushaltarbeit mitzuwirken. Infolgedessen dürfte es gar keinen Zweifel - abgesehen von einigen Hinterwäldlern - auch unter den Junggesellen darüber geben, daß wir die Gleichberechtigung der Frau in jeder Beziehung, nicht nur bei den staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten, anerkennen und verlangen«.[93]

Die weitere Diskussion trug trotz ihrer Ausführlichkeit wenig zur Präzisierung des Begriffs »Gleichberechtigung« bei. Im Bereich von Ehe und Familie gingen viele der Redner von der überkommenen Arbeitsteilung der Geschlechter aus, wollten aber die Leistung der Frau aufwerten und hoben darauf ab, daß die Arbeit der Hausfrau soziologisch als Äquivalent zu den Unterhaltsleistungen des Mannes verstanden werden müsse.[94]
Neben den Bestrebungen, die Leistung der Frau in der Familie aufzuwerten, zog sich aber auch das Anliegen durch die Debatten, die Gleichberechtigung der Frau im Beruf zu sichern. Beispielsweise war die Sicherung der Lohngleichheit von Mann und Frau wohl der am häufigsten erwähnte konkrete Punkt, der zudem von vielen als zentrales Anliegen bei der Aufnahme des Gleichberechtigungssatzes ins Grundgesetz angesehen wurde.[95]
Daß es dem Parlamentarischen Rat nicht um eine »formale Gleichstellung« ging, kam in zahlreichen Äußerungen zum Tragen. Von verschiedenen Seiten wurde betont, daß man nicht an »schematische Gleichstellung«[96] denke. Selbstverständlich wollte man beispielsweise gewisse »Vorrechte«[97] oder Sondervorschriften - wie etwa Mutterschutzregelungen - zugunsten der Frauen beibehalten. Allein in der Bezugnahme auf die Sondervorschriften, die man für vereinbar mit dem Gleichberechtigungssatz hielt, kam mittelbar zum Ausdruck, daß die Abgeordneten vielleicht auch daran dachten, daß sich Männer auf die Gleichberechtigung berufen könnten. Ansonsten ging es in den gesamten Diskussionen allein um die Verbesserung der Lage der Frauen, die Verbesserung ihrer Stellung.

93 Stenographisches Protokoll der Sitzung des Hauptausschusses vom 18.1.1949, S. 538 f.
94 Dr. Selbert (SPD), a.a.O., S. 541; Dr. Fecht (CDU), a.a.O., S. 543.
95 Die verschiedenen Vorstöße zu einer ausdrücklichen Verankerung des Grundsatzes der Lohngleichheit resultierten in einer Feststellung im Protokoll, daß es allgemeine Auffassung des Hauptausschusses sei, daß dieser Grundsatz in der Festlegung der Gleichberechtigung enthalten sei, a.a.O., S. 543.
96 Dr. Weber (CDU), a.a.O., S. 539; ähnlich Dr. Selbert, a.a.O., S. 540.
97 Gegen diesen Begriff Dr. Selbert, a.a.O., S. 540.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Darüberhinaus wurde hervorgehoben, daß sich die Herstellung der Gleichberechtigung auch über den Bereich des bürgerlichen Rechts hinaus auf alle Rechtsgebiete erstrecken müsse.[98]

> »Dabei denken wir nicht nur an das BGB und an die selbstverständlichen Änderungen, die dort eines Tages durchgesetzt werden müssen, sondern wir denken an alle Rechtsgebiete. Wir denken an das Arbeitsrecht, an das Sozialrecht und wir sind sogar der Meinung, daß auf gewissen Gebieten die Frau Vorrechte besitzen muß, wie zum Beispiel beim Mutterschutz und auf verschiedenen Gebieten der Sozialpolitik«.[99]

Die Abgeordnete Wessel (Z) forderte darüberhinaus dazu auf, daß man sich für die Förderung der Frau im politischen Raum einsetzen müsse und ein Wahlgesetz zu schaffen sei, welches den Frauen den Weg in den poltitischen Raum ermögliche, um sie entsprechend ihrer Zahl und ihrer Fähigkeiten zu berücksichtigen.[100]
Im Ergebnis wurde der Absatz 2 in der Formulierung »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« in der 2. Lesung einstimmig angenommen. Die Auseinandersetzung um die Aufnahme der Gleichberechtigung in das Grundgesetz war damit im wesentlichen beendet.

8. Fazit

Von einigen wird die Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG als »wenig ergiebig«[101] bezeichnet. Diesem Urteil ist nur zuzustimmen, wenn man sich konkrete Aussagen über den Inhalt des Gleichberechtigungssatzes erhoffte. Solche sind in der Tat rar. Die Abgeordneten des Parlamentarischen Rates versuchten nicht, den Begriff der Gleichberechtigung näher zu definieren. Die Äußerungen, die zu einer präziseren Inhaltsbestimmung hätten führen können, bewegten sich in dem anscheinend von allen zugrundegelegten Rahmen: um »mechanische Gleichstellung« ging es nicht, eine - wie immer geartete - Verbesserung der Lage der Frau wurde angestrebt. Über Männer, die sich auf den Gleichberechtigungssatz berufen könnten, machte man sich nur insoweit Gedanken, als man betonte, daß besondere »Vorrechte« oder »Schutzvorschriften« zugunsten von Frauen auch vor dem Gleichberechtigungssatz Bestand haben sollten.

98 Dr. Weber, a.a.O., S. 539; Dr. Selbert, a.a.O., S. 541, spricht von »allen Lebensgebieten«.
99 Dr. Weber, a.a.O., S. 539.
100 A.a.O., S. 542.
101 Beitzke, Gleichheit, S. 206; Friauf, Verfassungsauftrag, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Kontroverse um Art. 3 Abs. 2 GG im Parlamentarischen Rat wurde nicht über den Inhalt des Begriffs Gleichberechtigung geführt, sondern darum, ob dieser Begriff im Grundgesetz verankert werden sollte. Dies zeigte sich schon daran, daß fast jeder Redner, der sich gegen die »Formulierung« wandte, zunächst betonte, daß er inhaltlich für die Gleichberechtigung der Frau eintrete, aber ...[102]

Dabei ist festzuhalten, daß für die Gegner der Aufnahme einer Gleichberechtigungsgarantie ins Grundgesetz nicht der entscheidende Grund war, daß sie überflüsig sei. Während der ersten Lesung im Hauptausschuß stützten die CDU-Vertreter ihre ablehnende Haltung gerade nicht darauf, daß die Gleichberechtigung bereits normiert sei, sondern darauf, daß sie zu weit gehe. Sonst hätte man auch kaum begründen können, daß man zwar »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« für überflüssig, den eigenen Vorschlag »Männer und Frauen haben die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten« aber für sinnvoll hielt.

Das Argument, die Fassung »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« sei nach der Aufnahme des Merkmals Geschlecht in Absatz 3 überflüssig, tauchte als Rechtfertigung für die frühere Ablehnung denn auch erst auf, nachdem die konservativen Parteien wegen der massiven öffentlichen Proteste nachgegeben hatten.[103] Zudem erscheint schwer verständlich, weshalb »ausführliche und erregte Diskussionen«[104] hätten geführt werden sollen über rein terminologische Probleme, hinter denen nicht unterschiedliche Ideen und Zielvorstellungen standen.

Insgesamt trat in den Debatten zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen klar zutage, daß die Verankerung der Gleichberechtigung im Grundgesetz eine tiefgreifende Veränderung der Gesellschaft und umfassende Verbesserung der Lage der Frauen zur Folge haben sollte.

102 Kaufmann, Stenographisches Protokoll der Sitzung des Hauptausschusses vom 3.12.1948, S. 207; Dr. Weber, a.a.O., S. 207; Dr. Becker, a.a.O., S. 207; Dr. Selbert in der Sitzung vom 18.1.1949: »Wir quittieren mit Genugtuung, daß die Vertreter, insbesondere der CDU, jetzt ... nicht mehr ›ja, aber‹, sondern vorbehaltlos ›ja‹ sagen«, S. 539.

103 Dies zeigt sich beispielsweise bei der Gegenüberstellung von v. Mangoldts Äußerung in der Sitzung vom 3.12.1948, Stenographisches Protokoll, S. 206, und seiner zusammenfassenden Darstellung, Grundrechte, S. 281 f.

104 V. Mangoldt, Grundrechte, S. 281.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

IV. Systematik

Schon die Wortlautinterpretation hat darauf hingedeutet, daß die beiden Grundrechtsnormen in Absatz 2 und Absatz 3 des Art. 3 GG unterschiedliche Inhalte haben. Auch die Betrachtung der Entstehungsgeschichte hat die These bestätigt, daß Absatz 2, der erst nach langen Auseinandersetzungen in das Grundgesetz aufgenommen wurde, und Absatz 3, über den vom Parlamentarischen Rat kaum diskutiert wurde, unterschiedliche Regelungsabsichten verfolgen.

Die systematische Auslegung schließlich läßt die Vermutung zur Gewißheit werden, daß Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG unterschiedliche Regelungsgehalte aufweisen. Wenn zwei Normen, die bewußt beide in ein Gesetz aufgenommen worden sind, unterschiedlich formuliert sind, müssen sie auch unterschiedliche Bedeutung haben; sie können sich zwar in ihrem Anwendungsbereich überschneiden, nicht aber sind sie vollkommen deckungsgleich.

Sähe man dagegen - wie die herrschende Meinung[105] - Absatz 2 und Absatz 3 als gleichbedeutend an, wäre eine der beiden Normen überflüssig, ihr käme überhaupt keine eigenständige Stellung im Rechtssystem zu. Ein gravierenderer Verstoß gegen die systematische Interpretation ist nicht vorstellbar.

Die Systematik des Art. 3 GG gibt dann Sinn, wenn man Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Dominierungsverbot und Absatz 3 als merkmalbezogenes Differenzierungsverbot versteht. Beide Regelungen folgen unmittelbar auf den allgemeinen Gleichheitssatz. Da dieser aber nur die Einhaltung von Mindestanforderungen garantieren kann, deutet die systematische Stellung beider Absätze darauf hin, daß sie in Bereichen, die unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten als besonders gefährdet erscheinen, schärfere Anforderungen an den Gesetzgeber stellen. Wie oben ausgeführt, stellen Dominierungsverbot und Differenzierungsverbot zwei unterschiedliche Konzeptionen solchen besonderen Gleichheitsschutzes dar.[106] Indem sie sich auf verschiedene Aspekte gleichheitsrechtlicher Gefährdung beziehen, stellt ihre Normierung eine sinnvolle Ergänzung des Schutzes durch den allgemeinen Gleichheitssatz dar.

105 Zur Kritik an der h.M. näher unten S. 339 ff.
106 Siehe oben S. 310 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Absätze 2 und 3 stehen aber nicht nur in unmittelbarer Nähe des allgemeinen Gleichheitssatzes, sondern auch im Grundrechtsteil des Grundgesetzes. Ihre Auslegung muß sich daher in das System der Grundrechte einpassen.

Hinsichtlich eines Verständnisses als Differenzierungsverbot wird dies zu Recht überall angenommen, so daß dem hier nicht weiter nachgegangen werden muß.

Doch auch eine Deutung des Absatzes 2 als gruppenbezogenes Dominierungsverbot steht nicht im Widerspruch zur Systematik der Grundrechte. In der Diskussion um Quotenregelungen[107] finden sich immer wieder sehr pauschale und sehr skeptische Äußerungen zum Thema einer gruppenrechtlichen Deutung des Gleichberechtigungssatzes. Friauf betont etwa: »Die Grundrechte, um deren Schutz es geht - das gilt auch für Art. 3 Abs. 2 GG - sind keine Gruppenrechte, sondern Individualrechte; sie müssen gegenüber jedem einzelnen heute lebenden Bürger beachtet und verantwortet werden«.[108] »Gruppenrechte« würden das individualrechtliche System der Grundrechte sprengen.[109]

Sicher trifft es zu, daß die Grundrechte - wie das Bundesverfassungsgericht formulierte - von der »Würde und Freiheit des einzelnen Menschen« ausgehen und »in erster Linie die Freiheitssphäre des einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern«.[110]

Den Grundrechten ist gerade zur Schaffung dieser Voraussetzungen der Schutz von Sphären, die einen Gruppenbezug aufweisen, keineswegs fremd. Eine ganze Reihe von Grundrechten - wie etwa die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG, die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG oder die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG - ist ohne die Bezugnahme auf eine Gruppe gar nicht denkbar. »Gruppenbezug« ist freilich nicht identisch mit »Gruppenrecht«. Nur in Ausnahmefällen verleiht das Grundgesetz einer Gruppe von Personen die Grundrechtsträgerschaft; im Regelfall ist Grundrechtsträger der einzelne, auch wenn die geschützte Freiheit in Beziehung zu einer Personengruppe steht. Ginge es bei der hier vorgeschlagenen gruppenrechtlichen Sichtweise also um »Rechte für die Gruppe der Frauen« an sich, könn-

107 Vgl. oben S. 167 ff.
108 Friauf, in Sachverständigenanhörung, S. 8.
109 Vgl. Sachs, Frauenquoten, S. 558; Feindt, Gleichberechtigung, S. 80; Starck, vM/K/S, Rdn. 210 zu Art. 3 Abs. 2.
110 BVerfGE 21, 362, 369.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ten erhebliche systematische Bedenken geltend gemacht werden. Viele Fragen müßten gestellt und beantwortet werden: Kann man einer in sich so uneinheitlichen Gruppe überhaupt Rechte zuweisen, woher kommt die (Teil-)Rechtsfähigkeit, wer ist Träger der Rechte, und wer soll sie wahrnehmen können: Frauenverbände, Frauengruppen, die immer nur Teile der Gruppe der Frauen repräsentieren können, oder müßte gar eine offizielle »Frauen-Vertretung« eingerichtet werden?
Um »Gruppenrechte« in diesem Sinne geht es aber bei dem Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Dominierungsverbot nicht. Geschützt bleibt das Individuum, allein der Begriff der Diskriminierung wird aus der Perspektive der Gruppe analysiert.[111] Nur die geschützte Sphäre wird unter Bezugnahme einer Personengruppe bestimmt, nicht aber werden einer Gruppe als solcher Rechte verliehen. Bei einem Merkmal wie dem Geschlecht, welches es so leicht macht, die Angehörigen der Gruppe zu identifizieren, werden Ansehen, Chancen und Wohlbefinden des einzelnen stark vom Status bestimmt, der der Gruppe zugemessen wird. Die gruppenbezogene Perspektive bezieht damit lediglich ein, daß die Freiheit, die der einzelne hat, maßgeblich von der Lage abhängt, in der sich die Gruppe befindet, und von den Chancen, die den Mitgliedern der Gruppe offenstehen. Die Situation des Geschlechts, dem das Individuum angehört, ist freilich nicht allein verantwortlich für die Chancen und Möglichkeiten, die der einzelne wahrnehmen kann, und die Interdependenz von Individuum und Gruppe mag von Fall zu Fall durchaus unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Doch unzweifelhaft hat das Merkmal Geschlecht wesentlichen Einfluß auf die Persönlichkeitsentwicklung. Die mit dem Geschlecht gekoppelten Erwartungen hinsichtlich geschlechtsspezifischen Rollenverhaltens sind in hohem Ausmaße für die Lebenschancen der einzelnen von Bedeutung. Das Dominierungsverbot schützt im Hinblick auf diese gruppenbestimmte Seite der Persönlichkeit, geschützt aber bleibt allein die einzelne.

V. Teleologie

Die Analyse der Entstehungsgeschichte hat gezeigt, daß Anliegen der Verfassungsgeber bei der Normierung des Gleichberechtigungssatzes allein die Verbesserung der Lage der Frau war.[112] Art. 3 Abs. 2 GG in seiner gültigen

111 Dazu oben S. 312 ff.
112 Zur Entstehungsgeschichte siehe oben S. 323 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Fassung war nach heftigen Auseinandersetzungen in das Grundgesetz aufgenommen worden. Erst durch massive Proteste der (weiblichen) Öffentlichkeit war der Widerstand von Vertretern der konservativen Parteien überwunden und die Gleichberechtigung von Männern und Frauen verfassungsrechtlich garantiert worden.

Mit der Verwendung des Begriffs »Gleichberechtigung« nimmt das Grundgesetz den zentralen Begriff der Frauenbewegung in den Verfassungstext auf.[113] »Gleichberechtigung« - im historischen und politischen Kontext gesehen und auf das Verhältnis von Männern und Frauen bezogen - hat eine klare politische Stoßrichtung: die Stellung der Frau soll verbessert werden.

Dies zeigt sich schon in der Bezugnahme auf die Regelungstradition. Direkte Vorläufer in anderen deutschen Verfassungen hatte Art. 3 Abs. 2 GG freilich nicht. Die Normierung des Gleichberechtigungssatzes stellt - wie bei anderen Verfassungsbestimmungen - auch eine Reaktion auf die geschichtlichen Erfahrungen in der Weimarer Republik und der Zeit des Nationalsozialismus dar.[114] In der Weimarer Verfassung war Frauen lediglich sehr begrenzt verfassungsrechtlicher Schutz zugesprochen worden. Art. 109 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung bestimmte nur: »Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten«, und Art. 128 Abs. 2 WRV sah vor, daß alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte beseitigt werden. Allein Art. 119 Abs. 1 WRV erwähnte den Begriff der Gleichberechtigung, indem er bestimmte: »Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter«.[115] Einig war man sich im Parlamentarischen Rat darüber, daß man über den Zustand unter der Weimarer Verfassung deutlich hinausgehen und die Gleichberechtigung der Frau in allen Gebieten erreichen wollte.[116] Unter der nationalsozialistischen Herrschaft hatte sich die Lage der Frauen darüberhinaus erheblich verschlechtert. Die nationalsozialistische Ideologie verpflichtete die Frau auf die Rolle als Ehefrau und Mutter; im »Dritten Reich« war die Frau deshalb durch vielfältige rechtliche

113 Darauf weisen auch Binder-Wehberg, S. 24, und Slupik, Parität, S. 76 hin.

114 Vgl. dazu die Beiträge in: Frauengruppe Faschismusforschung, »Mutterkreuz und Arbeitsbuch«; Frevert, S. 200 f.

115 Auch in der Weimarer Zeit ging man davon aus, daß Gleichberechtigung nicht die Garantie identischer Rechtspositionen bedeute; siehe Anschütz, S. 529 f.; Aldag, S. 79; Rebstein/Metzger; M. Weber, S. 94 ff.

116 Siehe z.B. Dr. Selbert (SPD) in der Antragsbegründung: »Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß man heute weitergehen muß als in Weimar ...« (Stenographisches Protokoll der 17. Sitzung des Hauptausschusses am 3.12.1948, S. 206).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Regelungen aus dem öffentlichen Leben verdrängt und zur Erfüllung ihrer »wahren Aufgabe« angehalten worden. Schließlich hatten Frauen in den Kriegs- und Nachkriegsjahren in vielerlei Hinsicht früher Männern vorbehaltene Aufgaben wahrgenommen. All diese Erfahrungen prägten den Schutzzweck, der mit der Aufnahme des Gleichberechtigungsgebotes in das Grundgesetz verfolgt wurde.

Der politische Kontext und die politische Bedeutung der Gleichberechtigungsgarantie des Grundgesetzes wurde in den fünfziger und sechziger Jahren auch noch vielfach betont.[117] Ausführlich wurde damals dargelegt, daß die Garantie identischer Behandlung nicht der Inhalt des Gleichberechtigungsgebotes sei[118] und formale Gleichstellung nicht sein Ziel. Auch war damals das Bewußtsein der fehlenden Symmetrie der Vorschrift noch verbreitet.[119] Dürig etwa betonte,

> »daß die Forderung nach ›Gleichberechtigung‹ der Geschlechter seit jeher eine gegen männliche Besserstellungen gerichtete Forderung der Frau auf Angleichung an die Mannesstellung ist. Mit dieser Stoßrichtung, und nur mit ihr, taucht der Gleichberechtigungsgrundsatz auch bei Schaffung des Grundgesetzes auf«.[120]

Dem Gehalt des Gleichberechtigungssatzes entspricht somit allein eine Deutung, die Schutz primär oder allein Frauen gewährleistet. Art. 3 Abs. 2 GG bezieht sich nicht auf das zu Lasten wie zugunsten von Frauen wirkende Verbot der Anknüpfung an das Merkmal Geschlecht, sondern auf die Verbesserung der Lage der Frauen. Eine solche Asymmetrie hinsichtlich der geschützten Gruppe weist allein das Dominierungsverbot, nicht aber das Differenzierungsverbot auf.

Während das Differenzierungsverbot symmetrisch die Berücksichtigung bestimmter persönlichkeitsprägender Merkmale - wie sie das Grundgesetz in Absatz 3 aufzählt - verbietet, beschäftigt sich die gruppenbezogene Sichtweise mit dem staatlichen Einfluß auf das Verhältnis von Gruppen zueinander. Dem Dominierungsverbot geht es darum zu verhindern, daß die eine Gruppe die andere beherrscht, unterdrückt oder daß die Angehörigen der einen

117 Knöpfel, S. 554; Ramm, S. 42.

118 Freilich waren die Verfechter des nicht-formalen Verständnisses nicht unbedingt diejenigen, die für die Sache der Frauen eintraten. Wie aber Benda, Notwendigkeit, S. 112, zu Recht bemerkt, klingt vieles des damals Geschriebenen ganz aktuell; vgl. ausführlich zu der Interpretation des Gleichberechtigungssatzes in den fünfziger Jahren, oben S. 102 ff.

119 Ramm, S. 42; noch 1973 warnt Dürig vor einer »geschichtslosen Interpretation des Grundsatzes«, M/D/H/S, Rdn. 11 zu Art. 3 Abs. 2; siehe dazu auch oben S. 117.

120 Dürig, Art. 3 II, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gruppe kontinuierlich eine bessere Position einnehmen als die der anderen. Dies war es, was in der amerikanischen Diskussion als Verbot auch eines subtilen Kastensystems gemeint war.[121] Die gruppenbezogene Sichtweise bezieht deshalb die konkreten gesellschaftlichen und historischen Verhältnisse mit ein. Sie sieht die gleichheitsrechtliche Gefahr nicht in der Verwendung bestimmter Merkmale an sich, sondern darin, daß sie in einer bestimmten Weise und immer zum Nachteil derselben durch eines dieser Merkmale beschriebenen Gruppen verwendet werden. Allein der Schutz dieser gesellschaftlich und historisch benachteiligten Gruppe ist Anliegen eines besonderen Gleichheitssatzes, verstanden als Dominierungsverbot.
Für eine solche Sichtweise hat sich das Grundgesetz in Absatz 2 entschieden.[122] Indem der Verfassungsgeber den Gleichberechtigungssatz zusätzlich zu Art. 3 Abs. 3 in das Grundgesetz aufnahm, brachte er zum Ausdruck, daß er in den Beziehungen zwischen den Geschlechtern besondere Probleme sah, die allein mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Merkmals Geschlecht nicht gelöst werden könnten. Für den Schutz der Frauen wollte die Verfassung mehr tun.
Es ging darum, die Lage der Frauen in zweierlei Hinsicht zu verbessern. Zum einen sollten auch Frauen die Möglichkeiten wahrnehmen können, die Männern offenstehen, zum andern sollten die typischerweise von Frauen ausgeübten Tätigkeiten nicht zu einer untergeordneten Stellung des weiblichen Geschlechts führen.

VI. Kritik anderer Interpretationsvorschläge

In den ersten beiden Kapiteln der Arbeit wurden die wichtigsten Interpretationsmodelle zu Art. 3 Abs. 2 GG vorgestellt, wie sie seit dem Erlaß des Grundgesetzes von der Literatur vorgeschlagen und vom Bundesverfassungsgericht angewendet wurden. Deren Darstellung und detaillierte Analyse soll hier nicht wiederholt werden. Sie werden - auf die sie tragenden Grundprinzipien reduziert - einer Kritik unterzogen, die ihr Augenmerk auf die klassischen Auslegungskriterien richtet, dabei aber auch auf Probleme der Grundrechtsdogmatik, des Normbereichs und Folgenerwägungen achtet.

121 Vgl. oben S. 285 ff.

122 Es wäre theoretisch auch denkbar gewesen, eine solche Konzeption im Hinblick auf andere Gruppen in das Grundgesetz aufzunehmen, etwa im Verhältnis Juden - Christen oder Schwarze - Weiße. Das Grundgesetz hat sich aber insoweit auf die Situation von Männern und Frauen beschränkt.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Differenzierungs- und Diskriminierungsverbot

Die ganz überwiegende Meinung in der Rechtsprechung[123] und Literatur[124] geht von der Identität der Absätze 2 und 3 des Artikels 3 GG aus. Sie interpretiert beide Vorschriften als Differenzierungsverbot, wobei sich die einzelnen Autoren vor allem darin unterscheiden, wie viele Ausnahmen von dem Grundsatz des Differenzierungsverbots sie zulassen wollen und wie sie diese bestimmen.

a) Vorzüge eines strikten Differenzierungsverbots

Das Differenzierungsverbot in seiner strikten Form ist unter dogmatischen Gesichtspunkten von unbestreitbarer Attraktivität.[125] Sein Inhalt ist klar, und es ist leicht zu handhaben. Die Lösung des Einzelfalles verlangt keine schwierigen Subsumtionen und keine Wertentscheidungen. Das Prinzip ist genauso einfach in der Anwendung, wie es seine knappe Formulierung verheißt: kommt das Merkmal Geschlecht vor, ist die Norm verfassungswidrig, kommt es nicht vor, ist sie verfassungsgemäß. Keine Abgrenzungsprobleme treten auf, keine Zwischentöne sind erforderlich, der Richter kontrolliert anhand eines festen Maßstabes; selbst die Probleme hinsichtlich der Gewaltenteilung, die mit verfassungsgerichtlicher Kontrolle in der Demokratie normalerweise einhergehen, sind nicht gegeben. Die Wahrung der Rechtssicherheit ergibt sich von selbst. Das Differenzierungsverbot ist zeitlos, objektiv, neutral und symmetrisch. Es urteilt ohne Ansehen der Person und entspricht damit dem Inbegriff aller Rechtswerte, dem Bild der blinden Justitia.[126]

b) Differenzierungsverbot und klassische Auslegungskriterien

Wegen dieser Vorteile könnte das Differenzierungsverbot in seiner strikten Form möglicherweise auch die richtige Auslegung von Art. 3 Absatz 3 GG sein.[127] Sobald das Differenzierungsverbot aber Interpretationsprinzip von Absatz 3 und Absatz 2 werden soll, erheben sich Bedenken im Hinblick auf alle klassischen Elemente der juristischen Interpretation. Der unterschiedli-

123 Siehe dazu oben S. 24 ff.
124 Siehe dazu oben S. 135 f.
125 Vgl. dazu oben S. 26 f.
126 Fiss, Groups, S. 96.
127 Zu den Fragen der Grenzen der Reichweite des Differenzierungsverbots soll hier nicht Stellung genommen werden; vgl. hierzu oben S. 137 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

che Wortlaut der beiden Absätze wird nicht ernst genommen und der Entstehungsgeschichte zu Absatz 2, nach der allein die Lage der Frau verbessert werden sollte, nicht Rechnung getragen.
Vor allem aber kommen die Bedenken aus der Systematik. Das Grundgesetz hat, anders als im Hinblick auf alle anderen in Absatz 3 genannten Merkmale, eine weitere Vorschrift zur Regelung des Verhältnisses der Geschlechter aufgenommen. Es bringt zum Ausdruck, daß es in der Beziehung Frau-Mann besondere Probleme sieht, zu deren Lösung Absatz 3 nicht ausreicht. Darüber setzen sich die, die beide Vorschriften für identisch halten, schlicht hinweg und erklären eine der beiden Vorschriften für überflüssig. Es mag sein, daß manchmal – aus Versehen – Überflüssiges im Gesetz geregelt wird. Doch dies der Verfassung bei einer Vorschrift zu unterstellen, die an herausgehobener Stelle steht und erst nach intensiver Diskussion in die Verfassung aufgenommen worden ist, heißt, die Verfassung nicht ernst nehmen. Eine solche Position trägt somit zum Abbau der Normativität der Verfassung bei.

c) Auswirkungen für den Schutzzweck der Norm

Ein Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Differenzierungsverbot verkehrt unter heutigen Bedingungen den Schutzzweck der Norm in ihr Gegenteil.[128] Der Anwendungsbereich des Differenzierungsverbots beschränkt sich schon seinem Begriff nach auf Normen, die das verpönte Merkmal ausdrücklich verwenden. Inzwischen ist der ganz überwiegende Teil der ausdrücklich nach dem Geschlecht differenzierenden Rechtsnormen aus dem Rechtssystem entfernt worden. Übriggeblieben sind noch einige Vorschriften, die in der Praxis nur wenig Relevanz haben, und vor allem solche, die eigentlich zugunsten von Frauen erlassen worden sind. Gegen diese Normen wenden sich nun Männer, die auch in den Genuß der »Privilegien« der Frauen kommen wollen. Somit entfaltet Art. 3 Abs. 2 GG in der heutigen Zeit faktisch nur noch Schutzwirkung für Männer. Die Fragen der strukturellen Benachteiligung durch nicht ausdrücklich an das Merkmal Geschlecht anknüpfende Vorschriften werden vom Gleichberechtigungssatz als Differenzierungsverbot nicht erfaßt.
Folglich hat Art. 3 Abs. 2 GG nach diesem Verständnis nicht nur keine positiven Wirkungen für Frauen mehr, sondern wirkt gerade umgekehrt, indem er nur noch Männer schützt, zu ihrem Nachteil. Der Gleichberechtigungssatz entpuppt er sich als zusätzliches Hindernis auf dem Weg der Durchsetzung

128 Vgl. dazu schon oben S. 91 sowie S. 156 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

tatsächlicher Gleichberechtigung, wie sich in der Diskussion um besondere Frauenfördermaßnahmen deutlich zeigt. Besondere Frauenfördermaßnahmen jeglicher Art (nicht nur Quoten!) knüpfen an das Merkmal Geschlecht an und sind damit aus der Sicht eines Differenzierungsverbotes verfassungswidrig.[129] Der als »Frauengrundrecht« eingeführte und hart umkämpfte Gleichberechtigungssatz ist zum Männergrundrecht geworden. Dies sollte jeden unbefangenen Betrachter stutzig machen. Eine ähnliche Umkehrung der Zielrichtung eines Grundrechtes ist, soweit ersichtlich, nicht bekannt. Dies gilt umso mehr, als Frauen auch heute noch in weiten Bereichen benachteiligt sind.[130]

d) »Diskriminierungsverbot«

Das Differenzierungsverbot in seiner strikten Form wird in der Bundesrepublik kaum vertreten.[131] Die meisten bevorzugen eine Art »Diskriminierungsverbot«, welches zwar grundsätzlich von dem Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht ausgeht, aber in bestimmtem Umfang Ausnahmen davon zuläßt. Die Ausnahmen werden teils schlicht damit begründet, daß in dem oder jenem Bereich Männer oder Frauen eben doch zu unterschiedlich sind, um sie gleichzubehandeln, teils wird versucht, die Reichweite der besonderen Gleichheitssätze insgesamt einzuschränken.[132]
Mit einer solchen Interpretation kann man einige der Probleme, die im Bereich des Schutzzwecks der Norm auftreten, abmildern. Man kann kompensierende Maßnahmen in bestimmten Grenzen, gestützt auf neu entdeckte Geschlechtsunterschiede, zulassen, wie es das Bundesverfassungsgericht in der Rentenalter-Entscheidung[133] getan hat. Damit büßt man aber die oben beschriebenen Vorteile des Differenzierungsverbots in seiner strikten Form ein.[134] Von Rechtssicherheit, Zeitlosigkeit oder gar Objektivität kann nicht mehr gesprochen werden. Die Bestimmung der Ausnahmen wird zum zentralen dogmatischen Problem, für welches aber methodisch ausgewiesene Mittel nicht zur Hand sind. Wenn man von einem symmetrischen Differen-

129 Vgl. dazu oben S. 198.
130 Siehe dazu oben S. 157 f.
131 Siehe dazu oben S. 136 ff., vgl. aber zur equal treatment/special treatment-Debatte in den Vereinigten Staaten oben S. 155 f.
132 Diese sind oben S. 299 f. dargestellt und kritisch gewürdigt worden.
133 BVerfGE 74, 163; analysiert oben S. 134 ff.
134 Dies zeigte sich deutlich bei der Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. oben S. 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zierungsverbot ausgeht, gibt es keine konsistenten, aus der Norm zu entwikkelnden Kriterien, um den Bereich der Ausnahmen zu beschreiben. Damit löst man Art. 3 Abs. 3 GG als »feste Grenze« des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums auf. Statt Rechtsklarheit ist somit den persönlichen Wertungen darüber, was der einzelne Richter für gravierende Unterschiede zwischen Männern und Frauen hält, Tür und Tor geöffnet, wie man in der Rechtsprechung der Fachgerichte ja auch immer wieder deutlich sehen konnte.[135]
Schließlich bleiben die auslegungstechnischen Bedenken in vollem Umfang bestehen. Auch alle Anhänger eines »Diskriminierungsverbots« setzen sich über Wortlaut, Entstehungsgeschichte und insbesondere Systematik der Norm hinweg.

2. *Andere Ansätze*

Eine ganze Reihe von Autorinnen und Autoren weist auf das systematische Defizit der herrschenden Meinung hin, die einen der drei Absätze des Art. 3 GG für überflüssig erklärt. Von dieser Kritik ausgehend, sind Auslegungsvorschläge entwickelt worden, die zwischen der Normierung des Art. 3 Abs. 2 GG und der des Art. 3 Abs. 3 GG unterscheiden. Seißer entnimmt dem Gleichberechtigungssatz beispielsweise ein über Art. 3 Abs. 3 GG hinausgehendes Verbot, an die Geschlechtszugehörigkeit dritter Personen anzuknüpfen.[136] Ipsen hält bei Art. 3 Abs. 2 GG eine unmittelbare Drittwirkung für möglich,[137] während andere Autoren Unterschiede in der Einschränkbarkeit beider Absätze sehen.[138]
Auch Ramm betonte bereits 1968, daß dem Art. 3 Abs. 2 GG eigenständige Bedeutung zukommen müsse.[139] Man müsse den »politischen Gehalt der Gleichberechtigungsformel« dahin interpretieren, daß Absatz 2 »die bisherige rechtliche Benachteiligung der Frau aufhebe, hingegen nicht die zu ihren

135 Von Sachs, Grenzen, sind zahlreiche solcher Beispiele zusammengetragen. Zur heutigen Situation siehe beispielsweise die unterschiedlichen Gerichtsentscheidungen zu Quotenregelungen oben S. 2, Anm. 2.
136 S. 74 f.; 90.
137 Ipsen, S. 138 und S. 143 ff.; dies ist ein interessanter Gedanke, für den eine Stütze insbesondere in der Entstehungsgeschichte gefunden werden kann. Einstimmig wurde vom Parlamentarischen Rat zu Protokoll gegeben, daß der Gleichberechtigungssatz auch die Lohngleichheit umfasse; vgl. dazu oben S. 330. Die Drittwirkungsproblematik wird in dieser Arbeit jedoch nicht erörtert.
138 Zacher, Sozialpolitik, S. 917 f.
139 S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gunsten bestehenden Vorschriften antaste«.[140] Gleichzeitig enthalte der Gleichberechtigungssatz das in die Zukunft gerichtete Verbot solcher Benachteiligungen, die den früheren Zustand wiederherstellen würden. Alle anderen neuen Ungleichbehandlungen seien dagegen am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 GG zu überprüfen, den er als Verbot rechtlicher Differenzierung lediglich wegen des Geschlechts versteht.[141] Dies erscheint jedoch wenig überzeugend. Zwar betont Ramm zu Recht, daß Charakter und Zielsetzung des Begriffs Gleichberechtigung politisch seien.[142] Doch daraus eine Unterscheidung zwischen Absatz 2 und 3 in zeitlicher Hinsicht, die dann für die Zukunft auch in eine sachliche Trennung umschlagen soll, abzuleiten, scheint mir wenig zwingend: auch die Entstehungsgeschichte gibt für eine solche Differenzierung nichts her.

Die meisten der hier genannten Auslegungsmodelle modifizieren das zugrundeliegende Verständnis beider Normen als Differenzierungsverbot somit nur geringfügig. Die Unterschiede, die zwischen beiden Vorschriften gesehen werden, wirken teils recht konstruiert und wenig ergiebig. Sie fanden auch bisher - sie wurden in den fünfziger und sechziger Jahren entwickelt - keinen Anklang. Seit Beginn der achtziger Jahre konzentriert sich die Diskussion vor allem auf Ansätze zur Neuinterpretation, die die tatsächliche Gleichberechtigung in den Regelungsgehalt des Absatzes 2 einbeziehen. Diese sind im folgenden auf ihre Tauglichkeit zu überprüfen.

a) Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot und Verfassungsauftrag

Die neueren Ansätze betonen zu Recht den unterschiedlichen Wortlaut der beiden Absätze des Gleichheitssatzes. So vertreten inzwischen mehrere Autorinnen und Autoren die Ansicht, daß Art. 3 Abs. 2 GG weiter gefaßt sei als Art. 3 Abs. 3 GG;[143] der Gleichberechtigungssatz erfasse über die Gleichheit der Rechtspositionen hinaus auch die Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung.[144] Art. 3 Abs. 2 GG enthalte auch - wie Art. 3 Abs. 3 GG -

140 Ebda.
141 S. 43.
142 S. 42.
143 So z. B. Friauf, Verfassungsauftrag, S. 10; Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 81 ff.; Hofmann, Entwicklung der Gleichberechtigung, S. 27 f.; Pfarr, Quoten, S. 34 f.; Frentz, S. 4 ff.; Sokol, Frauenquoten; Jarass, Jarass/Pieroth, Rdn. 39 zu Art. 3.
144 Eine unkonventionelle Abweichung bietet insoweit K. Lange, der den Unterschied zwischen Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 gerade umgekehrt sieht: Art. 3 Abs. 2 als das strikte Gebot der Rechtsgleichheit und Absatz 3 als die Vorschrift, die auch tatsächliche Positionen einschließt: S. 1175 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

grundsätzlich ein individualrechtliches Differenzierungsverbot; dieses werde aber ergänzt oder überlagert durch einen Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung.[145] Was dieser Verfassungsauftrag genauer bedeuten soll, wird in unterschiedlicher Weise präzisiert. In unterschiedlichem Ausmaß wird auch auf die objektive Grundrechtsfunktion verwiesen, um einen solchen Verfassungsauftrag zu begründen oder zusätzlich zu stützen.

Die grundrechtsdogmatischen Bedenken gegen einen solchen Ansatz sind schon oben erörtert worden.[146] Sie sind jedenfalls dann durchschlagend, wenn die objektiv-rechtliche Grundrechtsfunktion und der Verfassungsauftrag nicht mehr dazu dienen, individuellen Grundrechtsschutz zu verstärken, sondern im Gegenteil unter Berufung auf neue Dimensionen der Grundrechte der grundrechtliche Schutz des einzelnen verkürzt wird.

Aus systematischer Sicht sprechen gegen die Ableitung eines Verfassungsauftrags unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm des Art. 3 Abs. 2 GG als Gegenbeispiel die klare Formulierung eines Gesetzgebungsauftrags in Art. 6 Abs. 5 GG. Die Formulierung des Gleichberechtigungssatzes entspricht dem nicht. Gegen die Annahme eines Auftrags an den Gesetzgeber spricht auch die Entstehungsgeschichte. Die im Parlamentarischen Rat vorgeschlagene Formulierung »Die Gesetzgebung hat dies auf allen Gebieten zu verwirklichen« wurde nicht ins Grundgesetz aufgenommen; stattdessen legte Art. 117 GG die Übergangsfrist fest, in der der Gesetzgeber handeln sollte. Nach Ablauf der dort gesetzten Frist war Art. 3 Abs. 2 GG in jeglicher Hinsicht unmittelbar geltende Rechtsnorm. Schließlich ist gegenüber der Annahme eines verbindlichen Verfassungsauftrages aus grundrechtsdogmatischer Perspektive Vorsicht angebracht, will man nicht die unmittelbare Bindungswirkung der Grundrechte unterlaufen oder den politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu sehr einengen.[147] Je stärker aber der bloße Zielcharakter des Verfassungsauftrags betont wird, um damit den grundrechtsdogmatischen Bedenken Rechnung zu tragen, desto geringere praktische Auswirkungen wird eine so interpretierte Verfassungsvorschrift entfalten können. Ob der Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung damit für den Schutz der Frauen wirklich so viel austragen würde, wie sich seine Vertreterinnen und Vertreter offenbar erhoffen, erscheint fraglich.

145 Näher zu diesen Auffassungen, oben S. 160 ff.
146 Oben S. 193 ff.
147 Auch dazu oben S. 193 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zudem gelingt es diesem Ansatz nicht, das systematische Dilemma des Verhältnisses von Absatz 2 und Absatz 3 zu lösen.[148] Er erliegt demselben Irrtum wie die herrschende Meinung, wenn auch in umgekehrter Richtung. Enthält Art. 3 Abs. 2 GG ein Differenzierungsverbot und zusätzlich einen Verfassungsauftrag, ist das in Art. 3 Abs. 3 GG verankerte Differenzierungsverbot überflüssig. Nach Ansicht der herrschenden Meinung hat Art. 3 Abs. 2 GG keine eigenständige Bedeutung, jetzt ist sie Absatz 3 hinsichtlich des Merkmals Geschlecht genommen.[149]

b) Art. 3 Abs. 2 GG als kollektives Förderungsgebot

In der jüngst erschienenen Arbeit von Slupik ist vorgeschlagen worden, Art. 3 Abs. 2 GG als kollektives Förderungsgebot zu verstehen. Es sei unzureichend, in Art. 3 Abs. 2 GG nicht mehr zu sehen als »eine bloße Wiederholung des allgemeinen Gleichheitssatzes für eine ›bestimmte Gleichheitskonstellation‹«.[150] Dagegen komme der Entstehungsgeschichte entscheidende Bedeutung zu. Absatz 2 schütze allein Frauen, während Absatz 3 ein individualrechtliches Diskriminierungsverbot zugunsten beider Geschlechter enthalte:[151] »Dem Art. 3 Abs. 2 GG ist die kollektivrechtliche Dimension, die Gruppenbezogenheit des Geschlechts als menschliche Eigenschaft, zugeordnet, dem Art. 3 Abs. 3 GG die individualrechtliche Dimension, d.h. die Personenbezogenheit des Geschlechts«.[152]
Die Aufnahme des Gleichberechtigungssatzes in das Grundgesetz enthalte die Entscheidung für ein Gleichgewicht im Geschlechterverhältnis.[153] In dem Versuch zu bestimmen, was diese »Gesamtparität« im Verhältnis zwischen den Geschlechtern ausmache, bezieht sich Slupik auf den Gedanken des »potentiellen Rollentausches«. Beim potentiellen Rollentausch gehe es aber nicht etwa darum, die existierenden Geschlechtsrollen äquivalent zu setzen. Gerade weil die Geschlechtsrollen nicht äquivalent seien, sei der Staat gehalten, Voraussetzungen für ihre Austauschbarkeit zu schaffen. Potentieller Rollentausch solle deshalb heißen, »für das diskriminierte Ge-

148 Obwohl einige die h.M. gerade unter Berufung auf das systematische Element der Auslegung kritisieren, vgl. Pfarr, Quoten, S. 32; Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 81.
149 Auch wenn Pfarr dieses Verhältnis beschönigend als eines der Spezialität bezeichnet, Quoten, S. 35.
150 Parität, S. 74.
151 S. 79.
152 S. 136.
153 Wie schon am Titel der Arbeit – »Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis« - deutlich wird.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schlecht, also die Frauen, Voraussetzungen zu schaffen, die tatsächlichen Vorteile des bevorzugten Geschlechts in Anspruch zu nehmen«.[154] Äquivalenzmaßstab sei die Lage der Männer, so daß Machtverschiebungen zwischen den Geschlechtern begünstigt würden.[155]

Die faktische Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau sei selbständiges Gerechtigkeitserfordernis, welches sich aus dem gemeinsamen Sozialschicksal der Gruppe der Frauen herleite.[156] Slupik verankert die staatliche Verpflichtung zur Frauenförderung nicht im Sozialstaatsprinzip, da sie dort nur in engen Grenzen durchsetzbar sei, sondern sie will durch eine »wertordnungstheoretische Interpretation des Art. 3 Abs. 2« den Nachteilsausgleich zugunsten der Frauen begründen.[157] Der Gleichberechtigungssatz fordere eine rechtliche Anhebung der sozialen Stellung von Frauen, einen Nachteilsausgleich durch Recht, dessen Reichweite lediglich von dem sozialen Ideal der Geschlechterparität - realisiert im potentiellen Rollentausch - begrenzt werde.[158]

Absatz 3 habe im Gegensatz zu Absatz 2, der nach diesem Ansatz »das soziale Ideal des Geschlechtsverhältnisses normiert«,[159] die Funktion eines individualrechtlichen Differenzierungsverbotes. Hierzu gehören sowohl Differenzierungen nach dem Geschlecht als auch Fälle der mittelbaren Benachteiligung.[160] Doch sei »das geschlechtsbezogene Benachteiligungs- und Bevorzugungsverbot des Absatz 3 immer im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Absatz 2«[161] zu interpretieren. Daraus folge, daß die Benachteiligung von Männern immer dann gerechtfertigt sei, wenn durch sie das Kompensationsgebot des Absatz 2 realisiert werden solle. Dies gelte aber nur, solange und soweit eine de-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht erreicht sei.[162]

Beide Absätze haben nach diesem Verständnis jeweils eine auf den Staat bezogene und eine das Verhältnis zwischen Privaten[163] betreffende Zielrichtung. Die staatsgerichtete Zielrichtung konkretisiert Slupik wie folgt.[164] Zum

154 S. 86.
155 Ebda.
156 S. 95.
157 S. 96.
158 S. 136.
159 S. 99.
160 S. 99 ff.
161 S. 101.
162 S. 102.
163 Dazu insbesondere S. 103 ff.
164 S. 137.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einen sei der Gesetzgeber im Interesse des Ausgleichs gesellschaftlich-sozialer Nachteile berechtigt, Frauen als Gruppe zu bevorzugen, wenn sie in einem Bereich nachgewiesenermaßen schlechter repräsentiert seien als die Gruppe der Männer; dies lasse auch Quotenregelungen zu. Zum zweiten sei der Gesetzgeber verpflichtet, Frauen und Männer im Recht und in der sozialen Wirklichkeit, soweit er diese zum Gegenstand rechtlicher Regelungen mache, gleich zu behandeln. Normtexte müßten nicht nur geschlechtsneutral formuliert sein, sondern auch so, daß die soziale Betroffenheit des jeweiligen Geschlechts, insbesondere die der Frauen, nicht zu ihrer Benachteiligung führe.[165]

In den Grundgedanken ist Slupiks Ansatz zuzustimmen. Art. 3 Abs. 2 GG enthält den gruppenbezogenen Schutz für die Gruppe der Frauen, Art. 3 Abs. 3 GG die individualrechtliche Garantie für Männer und Frauen. Daneben kann auch einigen ihrer Ergebnisse zugestimmt werden. In der Präzisierung des Gehalts der gruppenrechtlichen Garantie, in Ausformung und Argumentationsgang, unterscheidet sich Slupiks Interpretationsvorschlag von dem hier vertretenen jedoch erheblich.

Slupik sieht im Gleichberechtigungssatz ein kollektivrechtliches Förderungsgebot verankert. Trotz der Ausrichtung am sozialen Ideal des potentiellen Rollentauschs bleibt aber offen, was der präzise Inhalt des kollektiven Förderungsgebots sein soll. Somit ist schwer erkennbar, ob und inwieweit mit diesem Förderungsgebot rechtlich umgegangen werden kann. Es wird zwar immer wieder darauf verwiesen, daß Art. 3 Abs. 2 GG einen Nachteilsausgleich fordere, im Ergebnis soll der Gesetzgeber aber nur »berechtigt« sein, Frauen als Gruppe zu bevorzugen.[166] Über Bedingungen, Anforderungen und Einklagbarkeit des Förderungsgebotes finden sich keine Präzisierungen. So erscheint dieser Ansatz mehr Zielvorstellung über die Auslegung einer Norm als schon Auslegung der Norm selbst.

Mit dem klassischen juristischen Instrumentarium läßt sich ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als »Verfassungsauftrag zur Gleichstellung des weiblichen Geschlechts«[167] nicht begründen. Dies zeigt sich schon in der Kumulierung verschiedener verfassungstheoretischer und dogmatischer Ansätze, mit der die grundrechtsdogmatische Ableitung und Einordnung des Förderungsgebots vorgenommen wird. Letztlich erscheint dann Absatz 2 überhaupt nur

165 Ebda.

166 Diese Unstimmigkeit findet sich besonders deutlich bei der Gegenüberstellung von S. 136 und 137.

167 S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

noch als »objektiv-rechtliche Dimension« des Art. 3 Abs. 3 GG, während eine subjektive Funktion des Grundrechts ganz dem Absatz 3 zugewiesen wird. Damit wird dem Gleichberechtigungsgrundsatz seine Bedeutung als individuelles Grundrecht aberkannt. Es ist sicher auch kein Zufall, daß Slupik immer wieder von zwei »Dimensionen« spricht,[168] wenn sie eigentlich die beiden Absätze des Art. 3 GG, also zwei Grundrechte meint. Denkt man diesen Ansatz konsequent zu Ende, ist ebenfalls nur noch ein geschlechterbezogenes Grundrecht im Grundgesetz gewährleistet, welches eine subjektive und eine objektive Seite hat; somit wird die Nähe zu den oben besprochenen Ansätzen deutlich, die individualrechtliche Seite und Verfassungsauftrag in einem Grundrecht zusammenfallen lassen. Die Unterschiede bestehen dann nur noch in der Ausformung und darin, welchen Absatz man für die individualrechtliche Seite nennt. Die Kritik, die oben geäußert wurde, gilt in vollem Umfang auch gegenüber Slupiks Ansatz.

VII. Fazit

Es ist gezeigt worden, daß Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungsverbot und Art. 3 Abs. 3 GG als Differenzierungsverbot zu verstehen sind. Diese Auslegung genügt allen klassischen Auslegungskriterien und erfaßt somit den Gehalt des Gleichberechtigungssatzes. Darüberhinaus ist nachgewiesen worden, daß alle anderen bisher vertretenen Interpretationsvorschläge - insbesondere der der herrschenden Meinung - zumindest eines der klassischen Auslegungselemente verletzen. Werden Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG als gleichbedeutend angesehen, verstößt dies nicht nur gegen das Interpretationsprinzip der Systematik, sondern nimmt zudem die unterschiedliche Formulierung der beiden Verfassungsvorschriften nicht ernst. Damit trägt eine solche Auslegung zum Abbau der normativen Kraft der Verfassung bei.
Zudem kann die Deutung der herrschenden Meinung, die beide Vorschriften als »Diskriminierungsverbot« versteht, unter dogmatischen Gesichtspunkten nicht befriedigen. Sie rekurriert auf Ausnahmen vom Differenzierungsverbot, ohne aber für diese methodisch diszipliniert Kriterien bereitzustellen. Schließlich führt ihre Auslegung dazu, daß dem Gleichberechtigungssatz in der heutigen Situation für Frauen keine Schutzwirkung mehr zukommt.

168 Zum Beispiel auf S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die neueren Ansätze, die in Art. 3 Abs. 2 GG zusätzlich zum Differenzierungsverbot einen Verfassungsauftrag verankert sehen, können den klassischen Auslegungskriterien ebenfalls nicht genügen. Zwar nehmen sie die Entstehungsgeschichte zur Kenntnis, aus der sich ergibt, daß mit dem Gleichberechtigungssatz die Lage der Frauen verbessern werden sollte, doch scheitern auch sie am systematischen Auslegungskriterium. Statt Art. 3 Abs. 2 GG ist für sie Art. 3 Abs. 3 GG, soweit er sich auf das Geschlecht bezieht, überflüssig. Auch hinsichtlich der Folgen einer solchen Auslegung sind sie der herrschenden Meinung kaum überlegen. Entweder bleibt die Annahme des Verfassungsauftrags im wesentlichen folgenlos oder unterliegt erheblichen grundrechtsdogmatischen Bedenken, die an anderer Stelle[169] ausführlich erörtert worden sind.

C. Dogmatische Konturen des Dominierungsverbots

Bisher stand die Frage nach Zweck und Inhalt des Gleichberechtigungssatzes im Vordergrund, und es wurde dargetan, daß Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Dominierungsverbot zu verstehen ist. Damit waren aber nur die großen Linien der Interpretation vorgezeichnet. Im folgenden soll das Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Dominierungsverbot durch konkretere dogmatische Überlegungen präzisiert werden.
Notwendigerweise kann eine solche dogmatische Umsetzung nicht bedeuten, ein abstraktes System normativer Aussagen aufzustellen, aus denen sich für jeden denkbaren Einzelfall die Lösung deduzieren läßt. Vielmehr geht es darum, die Prüfungsschritte aufzuzeigen, die - beispielsweise - das Bundesverfassungsgericht bei der Behandlung von Problemen, die in den Anwendungsbereich des Gleichberechtigungssatzes fallen, durchlaufen müßte, die Fragen zu untersuchen, die es stellen müßte, und die Kriterien zu entwikkeln, anhand derer die Antworten zu beurteilen sind.

I. Bemerkungen zur Struktur des Gleichberechtigungssatzes

Bei der Untersuchung der dogmatischen Struktur des Gleichberechtigungssatzes greifen zwei Ebenen ineinander. Da es um die dogmatische Ausformung eines bestimmten Grundrechts geht - eben des Art. 3 Abs. 2 GG -,

169 Oben S. 192 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sind dogmatische Folgerungen so weit wie möglich unmittelbar aus der Interpretation des Grundrechts selbst abzuleiten. Erst wenn so die Vorgaben für die dogmatische Struktur herausgearbeitet sind, soll auf einer zweiten Stufe danach gefragt werden, ob und inwieweit sich weitere Schlüsse für die dogmatische Struktur aus der Einordnung des Dominierungsverbots in allgemeinere grundrechtsdogmatische und -theoretische Kategorien ziehen lassen.

Die bisher vorgenommene Beschäftigung mit der Interpretation des Gleichberechtigungssatzes hat in erster Linie vom Normzweck des Art. 3 Abs. 2 GG gehandelt. Über die dogmatische Struktur des Gleichberechtigungssatzes haben sich die Mütter und Väter des Grundgesetzes keine Gedanken gemacht; ihnen ging es um die Verwirklichung bestimmter Ziele. Durch die Schaffung des Gleichberechtigungssatzes sollte die Lage der Frauen verbessert werden, Frauen sollen in der Gesellschaft gleiche soziale, wirtschaftliche, politische und kulturelle Möglichkeiten und Chancen haben. Der Gleichberechtigungssatz hat die Aufgabe, die Gesellschaft zu verändern. Daß Art. 3 Abs. 2 GG die Gesellschaft erheblich verändern würde, war im Parlamentarischen Rat allen deutlich; gerade deshalb stritt man ja so heftig darum, ob der Gleichberechtigungssatz in das Grundgesetz aufgenommen werden sollte.[170] Der Gleichberechtigungssatz hat eine klare Ziel- und Stoßrichtung, insoweit hat Art. 3 Abs. 2 GG eine programmatische Tendenz.[171]

Die Anerkennung einer solchen programmatischen Tendenz führt aber keineswegs zwingend zu dem Schluß, daß Art. 3 Abs. 2 GG auch einen den Gesetzgeber verpflichtenden Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichstellung enthält.[172] Es ist bereits darauf hingewiesen worden, wie wenig juristisch faß- und durchsetzbarer Gehalt solchen Verfassungsaufträgen im Regelfall zukommt.[173] Eines aber ist bei der Gleichberechtigung wie bei anderen Grundrechten des Grundgesetzes unzweifelhaft: man wollte über die Rechtslage unter der Weimarer Reichsverfassung deutlich hinausgehen. Die Gleichberechtigung sollte nicht nur Programmsatz, sondern subjektiv einklagbares Recht sein. Dies zeigt sich zum einen - wie bei anderen Grundrechten - darin, daß nach Art. 1 Abs. 3 GG alle staatliche Gewalt an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden ist. Es zeigt sich aber

170 Siehe dazu insbesondere oben S. 323 ff.
171 Für eine programmatische Tendenz auch Maidowski, S. 113 ff.
172 Maidowski lehnt einen Verfassungsauftrag trotz Anerkennung einer programmatischen Tendenz ausdrücklich ab, S. 120 ff.
173 Siehe dazu oben S. 196 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auch konkret auf die Gleichberechtigung bezogen an der Regelung des Art. 117 Abs. 1 GG, die das dem Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehende Recht bis zu seiner Anpassung, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953, in Kraft läßt. Im folgenden soll daher untersucht werden, was solches dem Art. 3 Abs. 2 GG »entgegenstehendes Recht« ist.

Das Interesse gilt also nicht der Frage, zu welchen Handlungen der Staat - möglicherweise - verpflichtet ist, sondern welche Handlungen ihm verboten sind. Fragen nach Ausmaß und Umfang der Bindung des Gesetzgebers an die Verwirklichung verfassungsrechtlicher Ziele bzw. deren Durchsetzung werfen außerordentlich schwierige Probleme auf, die im Rahmen dieser Arbeit nicht mitgelöst werden können; es soll daher auch nicht dazu Stellung genommen werden, ob Art. 3 Abs. 2 GG dem Staat auch Handlungspflichten auferlegt. Ein weiterer Themenbereich bleibt ausgeklammert: die Drittwirkung. Im Rahmen dieser Arbeit wird lediglich die staatsgerichtete Geltung des Gleichberechtigungssatzes behandelt.[174] Schließlich stellen sich wie beim allgemeinen Gleichheitssatz auch beim Gleichberechtigungssatz die schwierigen und interessanten Fragen der Grundrechtsbindung vor allem im Hinblick auf den Gesetzgeber. Auf diesen Fragenkreis wird sich die weitere Diskussion daher beschränken. Somit läßt sich die Fragestellung, unter der die weitere Untersuchung steht, dahingehend fassen: wann verstoßen Rechtsnormen gegen das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 GG?

Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage kann nur das bisher gefundene Auslegungsergebnis sein. Der Gleichberechtigungssatz ist als Dominierungsverbot zu verstehen, damit ist der Normzweck vorgegeben. Nach der dem Gleichberechtigungssatz innewohnenden programmatischen Tendenz ist Art. 3 Abs. 2 GG darauf gerichtet, eine Gesellschaft zu schaffen, in denen Frauen tatsächlich die gleichen Möglichkeiten offenstehen wie Männern. Abwehrrechtlich gewandt bedeutet dies, daß der Staat alles unterlassen muß, was der Verwirklichung des Normzweckes widerspricht. Unter Geltung des Gleichberechtigungssatzes sind somit alle Normen verfassungswidrig, die der Verwirklichung einer gleichberechtigten Gesellschaft entgegenstehen.

Diese »Übersetzung« des Normzwecks in ein subjektives Recht auf staatliches Unterlassen läßt sich im Hinblick auf die konkrete Gefährdungslage, in

174 Es soll aber wenigstens darauf hingewiesen werden, daß gerade Art. 3 Abs. 2 GG besonderen Anlaß für die Frage der Geltung zwischen Privaten gibt. Familienrecht und Arbeitsrecht sind zentrale Bereiche, in denen sich der Gleichberechtigungssatz auswirkt und auswirken soll. Dies zeigt sich schon daran, daß der Parlamentarische Rat einstimmig zu Protokoll nahm, daß die Garantie der Gleichberechtigung die Lohngleichheit umfasse.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der der Gleichberechtigungssatz geschaffen wurde, näher präzisieren. Ein Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Dominierungsverbot verlangt gerade, die in der Verfassungswirklichkeit tatsächlich bestehende Problemlage in die rechtliche Analyse der Diskriminierung einzubeziehen. Es geht nicht - wie etwa bei einem Verständnis als Differenzierungsverbot -[175] darum, abstrakt und symmetrisch jedermann vor theoretisch beliebigen Formen der Ungleichbehandlung zu bewahren, sondern bestimmte Gruppen sollen angesichts konkret - zumeist historisch - vorgegebener Problemlagen geschützt werden. Somit wird deutlich, daß der Schutz durch den Gleichberechtigungssatz nicht symmetrisch ist. Die Asymmetrie bezieht sich dabei nicht nur darauf, wer geschützt ist,[176] sondern auch darauf, wovor geschützt wird. Der Gleichberechtigungssatz zielt darauf ab, die Möglichkeiten und realen Chancen für Frauen zu erweitern; eine Erweiterung der Möglichkeiten für Frauen ist aber nur in eine Richtung erforderlich. Grundrechte schützen gegenüber bestimmten Gefahrenlagen; dort engen sie die Entscheidungsbefugnis der demokratischen Mehrheit ein, indem sie bestimmte Positionen der politischen Verfügbarkeit entziehen. Frauen brauchen keinen besonderen Schutz, um sich um Küche und Kinder kümmern zu dürfen - dies machte ihnen nie jemand streitig -, verfassungsrechtlichen Schutzes bedurften sie, soweit es um die Eröffnung anderer Möglichkeiten ging. Die Forderung nach Gleichberechtigung hatte immer die Stoßrichtung, Frauen in andere, bisher Männern vorbehaltene Bereiche hineinzulassen: zunächst war es aus der Sicht der bürgerlichen Frauenbewegung vor allem das Verlangen nach Bildungschancen,[177] heute konzentriert sich die Diskussion auf verantwortungsvolle und einflußreiche Positionen in Wirtschaft, Wissenschaft und Politik.

In ein Verständnis als Dominierungsverbot kann, ja muß diese Ausgangslage in die Auslegung des Gleichberechtigungssatzes einbezogen werden. Damit lassen sich zwei Gesichtspunkte benennen, unter denen staatliches Handeln als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG erscheinen kann.[178] Dem Staat ist es sowohl untersagt,

- Frauen auf die traditionelle Rolle festzulegen, bzw. die Wahrnehmung der traditionellen Rolle durch die Frau zu perpetuieren als auch

175 Näher zu der Unterscheidung zwischen Differenzierungsverbot und Dominierungsverbot oben S. 310 ff.

176 Siehe zu der Frage, daß das Dominierungsverbot nur eine Gruppe schützt oben S. 312 ff. und unten S. 360 f.

177 Vgl. dazu Greven-Aschoff, S. 44 ff.; Twellmann, S. 51 ff.; Menschik, S. 67 ff.; Dann, S. 240 ff.

178 Vgl. dazu Slupiks Beschreibung des »potentiellen Rollentausches«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- an die Wahrnehmung der traditionellen Rolle ungerechtfertigte Nachteile zu knüpfen.

Diese beiden Elemente gilt es näher zu erläutern,[179] wobei darauf hinzuweisen ist, daß beide Gesichtspunkte auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine wichtige Rolle spielten. Freilich konnten sie auf der Grundlage eines Verständnisses als Differenzierungsverbot nicht überzeugend abgeleitet oder dogmatisch eingebunden werden. Ein Verständnis als Dominierungsverbot öffnet demgegenüber nicht nur den Blick für die Berücksichtigung konkreter Problemlagen, sondern gibt ihr auch das notwendige theoretische Fundament.

Das erste Element, das Verbot, Frauen in die traditionelle Rolle zu drängen oder diese zu perpetuieren, erfaßt sowohl finale Eingriffe als auch strukturelle Bedingungen, die den Frauen reale Alternativen zur traditionellen Rolle vorenthalten. Der Staat darf also keine Normen erlassen, die den Zweck verfolgen, die Frau in die traditionelle Rolle zu drängen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigte sich dieser Gesichtspunkt darin, daß das Gericht Regelungen für verfassungswidrig erklärte, die beabsichtigten, die Frau ins Haus zurückzuführen.[180] Dabei erfaßt das Dominierungsverbot aber keineswegs nur den finalen Zugriff auf die Rollenverteilung der Geschlechter. Der Gleichberechtigungssatz verbietet es nämlich auch, Normen zu erlassen, die die traditionelle Rollenverteilung ohne zureichende Rechtfertigung perpetuieren. In den Jahrhunderten der Diskriminierung der Frau haben sich Strukturen herausgebildet, die auch ohne gezielten staatlichen Eingriff Frauen von realen Alternativen ausschließen. Der Staat kann sich angesichts dieses Befundes nicht darauf beschränken, die Frau nicht länger unmittelbar zur Wahrnehmung der traditionellen Rolle zu drängen; er darf auch nicht - ohne zureichenden Grund - Normen erlassen, die zu praktisch gleichen Ergebnissen führen. Solche Regelungen wären beispielsweise die Einführung eines Doppelverdienergesetzes, wonach nur ein Ehegatte im öffentlichen Dienst tätig sein dürfte, oder die bis vor nicht allzu langer Zeit gültige Norm, die die Möglichkeit eines Erziehungsurlaubs nur für Frauen vorsah. Eine unzulässige Perpetuierung der herkömmlichen Geschlechtsrollenverteilung liegt schließlich auch dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften - etwa Beschäftigungsverbote - Frauen ungerechtfertigterweise von bestimmten Berufen ausschließen.

179 Eine weitere Präzisierung - insbesondere der Frage, wann »Ungleichbehandlungen« »gerechtfertigt« sind - erfolgt unten S. 359 ff. und S. 366 ff.

180 Siehe oben S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Doch die Garantie der Gleichberechtigung bedeutet nicht nur den Schutz der Frau davor, in die traditionelle Rolle gedrängt oder in ihr festgehalten zu werden. Art. 3 Abs. 2 GG verbietet es zudem, an die Wahrnehmung der traditionellen Rolle ungerechtfertigte Nachteile zu knüpfen. Auch dies ist schon vom Bundesverfassungsgericht in gewissem Umfang als Inhalt des Gleichberechtigungssatzes anerkannt worden. Erinnert sei an die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, nach denen es wesentliche Funktion des Gleichberechtigungssatzes sei, der rechtlichen Unterbewertung der Arbeit der Hausfrau ein Ende zu setzen.[181] Schließlich wird das Verbot der Unterbewertung der typischerweise von Frauen ausgeübten Funktionen und Tätigkeiten ergänzt durch die Unzulässigkeit von Regelungen, die Frauen wegen der Wahrnehmung der traditionellen Rolle über ein zu rechtfertigendes Maß hinaus Nachteile auferlegen. Ein Beispiel für solche Regelungen wäre etwa die schon in der Einleitung erwähnte Schlechterstellung der Teilzeitarbeit.[182]
Nachdem der Inhalt des Dominierungsverbotes konkretisiert worden ist, soll der Frage nachgegangen werden, was dies für seine dogmatische Struktur bedeutet. Wie erläutert, ist zwar eine programmatische Tendenz des Gleichberechtigungssatzes im Normzweck anerkannt worden, die weitere Analyse hat sich aber allein mit der Frage befaßt, was dem Staat unter Geltung des Art. 3 Abs. 2 GG verboten ist. Damit liegt es nahe zu fragen, ob hier ein Abwehrrecht vorliegt und welche Folgerungen daraus abgeleitet werden können. Hierfür ist es jedoch zunächst erforderlich, sich Klarheit - soweit für diese Untersuchung unentbehrlich - über den Begriff des Abwehrrechts, wie es herkömmlicherweise verstanden wird, zu verschaffen.
Das Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte im Sinne der liberalrechtsstaatlichen Grundrechtstheorie ist als die »normative Grundintention des Grundrechtsteils«[183] bezeichnet worden. Der grundrechtliche Abwehranspruch stellt den Kern der unmittelbaren Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte dar. Die Diskussion um Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik orientiert sich aber fast ausschließlich an Freiheitsrechten.[184] Auch das Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte ist anhand der Freiheitsrechte und vor allem für die Freiheitsrechte entwickelt worden. Der Gleichberechtigungssatz ist aber besonderer Gleichheitssatz, und für die

181 Siehe dazu oben S. 69.
182 Nachweise mit Beispielen oben S. 2 Anm. 5, weitere Beispiele für die Schlechterstellung im Sozialrecht bei Gerhard u.a., Auf Kosten der Frauen; Jaeger, S. 12 f.
183 Böckenförde, Grundrechtstheorie, S. 1537; vgl. dazu auch Schlink, Freiheit, S. 457 ff.
184 Vgl. z.B. Schlink, Freiheit; Böckenförde, Grundrechtstheorie.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gleichheitsrechte war die Anerkennung abwehrrechtlichen Charakters zunächst keineswegs selbstverständlich.

Häufig geht eine Klärung der Bedeutung der Grundrechte als Abwehrrechte vom status negativus im Sinne der Jellinekschen Statuslehre aus.[185] Da nach Jellinek die Gleichheit nicht Inhalt eines subjektiven Rechts sein kann,[186] wird - wenig überraschend - auch der negative Status in Bezug auf das Unterlassen von Beeinträchtigungen der individuellen Freiheitssphäre, des status libertatis, beschrieben.[187] Schon die Anknüpfung der Grundrechtsdogmatik des Grundgesetzes an Jellineks Kategorien ist vielfach kritisiert worden;[188] auch wird der Gleichheitssatz inzwischen allgemein als subjektives Recht angesehen. Somit liegt es nahe, ihm auch den Charakter eines Abwehrrechts zuzuerkennen. Dies läßt sich dadurch erreichen, daß der Begriff des Abwehranspruchs von der Bezugnahme auf die individuelle Freiheitssphäre gelöst und im Hinblick auf andere Rechtspositionen und Rechtsgüter weiter gefaßt wird. So definiert Sachs Abwehrrechte allgemein als »Ansprüche gegen den Staat auf Unterlassen von Einwirkungen auf die (grundrechtlich geschützte) Sphäre des einzelnen«.[189] Damit können auch Gleichheitsrechte als Abwehrrechte verstanden werden.

Eine Erweiterung des Begriffs des Abwehrrechts allgemein auf die Abwehr von Einwirkungen auf die grundrechtlich geschützte Sphäre hebt freilich Unterschiede hinsichtlich der geschützten Sphäre zwischen Gleichheitssatz und klassischen Freiheitsrechten nicht auf. Dem allgemeinen Gleichheitssatz ist eben kein spezieller, materiell bestimmter Bereich individueller oder gesellschaftlicher Freiheit zugewiesen, den er vor staatlichen Eingriffen zu schützen aufgerufen wäre. Der Schutzbereich des Gleichheitssatzes bezieht sich prinzipiell auf die gesamte Lebenswirklichkeit des Menschen;[190] er ist des-

185 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 71 ff.; auch Sachs, Struktur, S. 413, nimmt sie zum Ausgangspunkt seiner Erörterungen; vgl. auch Alexy, Theorie, S. 229 ff.

186 G. Jellinek, S. 135.

187 G. Jellinek, S. 87.

188 Hesse, Grundzüge, Rdn. 281 ff.; Bleckmann, S. 203; Grabitz, S. 15.

189 Sachs, Struktur, S. 414.

190 Dies könnte aber auch von dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG gesagt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

halb prinzipiell unbegrenzt.[191] Eine Verletzung des Gleichheitssatzes läßt sich nur über den Vergleich verschiedener durch die zu prüfende Norm behandelter Personen oder Personengruppen feststellen, während in der freiheitsrechtlichen Prüfung primär die Beziehung zwischen Betroffenem und Staat im Vordergrund steht.[192]

Fraglich ist aber, ob sich die Unterschiede in der Struktur des Schutzgutes zwischen Freiheitsrechten und Gleichheitsrechten, die hier nur angerissen worden sind, in der dogmatischen Struktur niederschlagen. Zwar spricht man bei Freiheitsrechten eher von Eingriff und Schranke, während bei Gleichheitsrechten eher die Terminologie von Ungleichbehandlung und Rechtfertigung Verwendung findet. In beiden Fällen handelt es sich aber um eine zweistufige Prüfung, deren Elemente sich entsprechen. Die Untersuchung bzw. Feststellung der Ungleichbehandlung erfüllt dieselbe Funktion wie die Frage danach, ob ein Eingriff in den Schutzbereich eines Freiheitsrechts vorliegt; es wird bestimmt, welches Grundrecht überhaupt betroffen, d.h. einschlägig ist. Entsprechendes gilt auf der zweiten Prüfungsstufe bei der Frage, ob der Eingriff verhältnismäßig bzw. die Ungleichbehandlung durch einen zureichenden Grund gerechtfertigt ist;[193] beide Male geht es um die Zulässigkeit des Eingriffs bzw. der Ungleichbehandlung.

Dabei wird nicht verkannt, daß es erhebliche Unterschiede bei der Prüfung im einzelnen gibt. Doch hängen diese Unterschiede keineswegs zwangsläufig damit zusammen, ob ein Freiheits- oder ein Gleichheitsrecht zu prüfen ist. Hier zeigt sich eben die Besonderheit des jeweils einzelnen Grundrechts. Zahlreiche Grundrechte enthalten spezifische Vorgaben für die Bestimmung ihres Schutzbereichs bzw. Gewährleistungsinhalts, ebenso wie verschiedene

191 Vgl. J.P. Müller/S. Müller, S. 186; Jenny, S. 96 f. Sachs, Grenzen, S. 27 f. formuliert, daß unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes der Staat grundsätzlich beliebig auf den Bürger einwirken könne, solange er es nur »in gleicher Weise« tut. Sachs, Struktur, S. 414, schließt sich damit Schwabe an, der den Gleichheitssatz deshalb in die Gruppe der »modalen Abwehrrechte« einordnet. In Anknüpfung an die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassungswidrigkeit sollen modale Abwehransprüche nicht materielle Bindungen des Gesetzgebers enthalten, sondern sich auf die »Art und Weise der Schutzgutbeeinträchtigung« beziehen (S. 23). Mir scheint diese Unterschiedsbestimmung – wie überhaupt die Trennung zwischen formellem und materiellem Recht häufig keineswegs klar ist – zweifelhaft. Der Staat darf eben gerade nicht beliebig, sondern nur in »gleicher Weise« behandeln. Auch diese Bindung kann als materielle angesehen werden; dies zeigt schon die immer wieder aktuelle Diskussion um die Beziehung von allgemeinem Gleichheitssatz und Gerechtigkeit.

192 Aber auch bei Eingriffen in klassische Freiheitsrechte spielen häufig Dreiecks-Konstellationen eine Rolle, vgl. hierzu Hermes, S. 202 ff.

193 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 506.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Grundrechte verschiedene Typen von Gesetzesvorbehalten kennen, die sich naturgemäß auf der Rechtfertigungsebene auswirken.

Letztlich können die Gemeinsamkeiten in der dogmatischen Struktur von Gleichheits- und Freiheitsrechten nicht überraschen, wenn man sich das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit vor Augen führt.[194] Zwar wird immer wieder die These vertreten, daß zwischen den Prinzipien der Gleichheit und der Freiheit ein unüberbrückbarer Gegensatz bestehe,[195] und daraus die Präponderanz der Freiheit gefolgert: absolute Gleichheit führe zur totalen Unfreiheit. Zu Recht wird demgegenüber betont, daß Gleichheit Hand in Hand mit der Freiheit geht.[196] Denn die Spannung zwischen Gleichheit und Freiheit läßt sich auch in umgekehrter Richtung zu ihrem extremen Ende denken: absolute Freiheit führt zur absoluten Ungleichheit, die ihrerseits selbst wieder die Freiheit in Frage stellt.[197]

Dies zeigt sich besonders deutlich am Beispiel der Gesellschaft, die eine bestimmte Gruppe diskriminiert. Diejenigen, die die Spannung zwischen Freiheit und Gleichheit betonen, die Gleichheit gar als den Feind der Freiheit bezeichnen, sehen auf die Freiheiten des gesellschaftlich Dominanten; dessen Freiheit wird durch Gleichheitsforderungen in der Tat beschränkt. Blickt man aber auf die Lage der Diskriminierten, wird deutlich, weshalb Gleichheit Voraussetzung und Bedingung der Freiheit ist. Die Forderung nach Gleichberechtigung seitens des Sklaven beschränkt die Freiheit des Sklavenhalters, sie fällt aber mit des Sklaven Forderung nach Freiheit zusammen.[198]

Gruppenspezifische Diskriminierung wie etwa gegenüber Frauen oder Schwarzen in den USA bestand immer auch darin, ihnen eine bestimmte Rolle in der Gesellschaft zuzuweisen. Andere Tätigkeiten wurden ihnen entweder ausdrücklich verwehrt oder waren ihnen nur unter erschwerten Bedingungen zugänglich. Durch die Gleichberechtigung wird Frauen gewährleistet, auch andere Rollen wahrzunehmen als die, die ihnen die diskriminierende Gesellschaft zuwies. Damit wird auch der freiheitsrechtliche Bezug des

194 Vgl. aus der zahlreichen Literatur jeweils mit weiteren Nachweisen: Dürig, M/D/H/S, Rdn. 120 ff. zu Art. 3 Abs. 1; Kriele, Freiheit und Gleichheit, S. 133 ff; Leibholz, Gleichheit vor dem Gesetz, S. 21 ff.; Kloepfer, S. 45 ff.; Schoch, S. 871 ff.; Suhr, Gleiche Freiheit, S. 5 ff.; Zippelius, S. 16 f; Arndt, Gleichheitssatz, S. 184 f.

195 Leisner, S. 18; Dürig, M/D/H/S, Rdn. 135 zu Art. 3 I.

196 Starck, Anwendung, S. 55; Leibholz, Gleichheit, S. 21; Kriele, Freiheit und Gleichheit, S. 133.

197 Vgl. Böckenförde, Rechtsstaatsbegriff, S. 67.

198 Vgl. Suhr, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dominierungsverbots deutlich. Mit der Beseitigung der Ungleichbehandlung durch die Garantie der Gleichberechtigung wird die Freiheit der Frauen erweitert.

Freilich könnte ein weiteres Problem einer Deutung des Gleichberechtigungssatzes als Abwehrrecht entgegenstehen. Die durch den Gleichberechtigungssatz geschützte Sphäre weist zwar freiheitsrechtliche Bezüge auf, doch wird sie nicht Freiheitssphäre in demselben Sinn, wie die bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie Freiheit begreift.[199] Fraglich ist, ob es der Gleichberechtigung überhaupt um »Abwehr« geht.

Der Gleichberechtigungssatz wurde in einer gesellschaftlichen Situation geschaffen, in der der gesellschaftliche wie der staatliche status quo durch vielfältige Formen der Frauendiskriminierung geprägt war. Daher war der Gleichberechtigungssatz - hierauf ist schon mehrfach hingewiesen worden - dynamisch, auf Gesellschaftsveränderung gerichtet. Das Grundrecht des Art. 3 Abs. 2 GG sollte den status quo verändern, d.h. das zum Zeitpunkt der der Schaffung des Grundgesetzes gegebene Maß an Freiheit für die Frauen erweitern. Das Gleichberechtigungsgebot beschränkt sich also nicht darauf, einen Bestand an Freiheit oder Gleichheit zu verteidigen. Daran würde man aber bei der Charakterisierung als Abwehrrecht in erster Linie denken, so daß der Gleichberechtigungssatz geradezu in die umgekehrte Richtung als ein klassisches Abwehrrecht zu zielen scheint.

Doch auch insoweit ist die Unterscheidung keineswegs so klar, wie sie zunächst aussieht. Theoretisch ließe sich auch die vom Gleichberechtigungssatz geschützte Sphäre einer abwehrrechtlichen Konstruktion zumindest stark annähern.[200] Es ließe sich der Idealzustand der gleichberechtigten Gesellschaft nicht nur als Ziel, sondern auch als der vorstaatliche Zustand denken, in den einzugreifen dem Staat untersagt sein soll. Daß der gesellschaftliche status quo zur Zeit der Schaffung der Grundrechtsnorm diesem Bild nicht entsprach, ist dabei nicht notwendigerweise ein durchschlagender Einwand. Auch die klassischen Abwehrrechte - wie etwa die Meinungs- und Pressefreiheit - sind etwa in der Paulskirchen-Verfassung zu einer Zeit beschlossen worden, als sie gerade nicht verwirklicht waren.[201] Doch soll hier

199 Vgl. zur bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie Böckenförde, Grundrechtstheorie, S. 1530 ff.; Steinbeiß-Winkelmann, S. 17 ff.

200 Zum Eingriffs- und Schrankendenken als »rechtstechnisch-konstruktivem Denken« Schlink, Freiheit, S. 467.

201 So hatten Grundrechte zur Zeit des deutschen Konstitutionalismus gerade die Funktion, Richtlinien für die Umgestaltung der Gesellschaft vorzugeben; vgl. Wahl, S. 350 ff.; D. Grimm, S. 132 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht weiter verfolgt werden, inwieweit sich eine parallele Konstruktion theoretisch entwickeln ließe; der Sache nach geht es eben nicht um Erhaltung des gesellschaftlichen Zustandes, sondern um seine Veränderung.
Im Hinblick auf die dogmatische Konstruktion liegt die entscheidende Gemeinsamkeit zwischen Dominierungsverbot und klassischem Abwehrrecht darin, daß es auch bei der hier vorgeschlagenen Deutung des Dominierungsverbotes allein um einen Anspruch auf Unterlassen geht, um eine »Abwehr der gleichberechtigungswidrigen Ungleichbehandlung«. Hierbei werden konkrete staatliche Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft; nicht hingegen wird der Gesetzgeber auf Ziele oder bestimmte Mittel zur Erreichung der Ziele verpflichtet. Allein vom Gesetzgeber bereits beschlossene Maßnahmen können angegriffen werden, die verfassungsrechtliche Prüfung und verfassungsgerichtliche Kontrolle hat somit einen klaren Bezugspunkt. Mag der Normzweck des Art. 3 Abs. 2 GG auch darüber hinausgehen, hier geht es allein um den »Abwehranspruch«[202] in diesem Sinne.
Als Gleichheitssatz verbietet Art. 3 Abs. 2 GG Ungleichbehandlungen, deren Rechtfertigung nicht gelingt. Was eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 GG ausmacht, und welchen Anforderungen an die Rechtfertigung sie genügen muß, wird im folgenden zu präzisieren sein.

II. Ungleichbehandlung

Drei Elemente kennzeichnen eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 GG: dem Gleichberechtigungssatz unterfallen alle Rechtsnormen,[203] die Frauen (1) als Gruppe (2) nachteilig betreffen (3). Diese Normen sind nur dann mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar, wenn sich bei der weiteren Prüfung erweist, daß die Ungleichbehandlung mit zureichendem Grund erfolgte.

202 Es wird hier an der Terminologie des Abwehranspruchs – trotz der oben skizzierten Unterschiede zum klassischen Verständnis – festgehalten, da diese Begrifflichkeit den Gegensatz zu der gerade im Hinblick auf den Gleichberechtigungssatz vieldiskutierten Deutung als Verfassungsauftrag treffend zum Ausdruck bringt.

203 Der Versuch der dogmatischen Präzisierung beschränkt sich auf den Zweig der öffentlichen Gewalt, dessen Akte allgemeinen Regelungscharakter haben. Der Gruppenbezug legt eine solche Beschränkung auf Normen nahe, da sie über eine Entscheidung im Einzelfall hinausgehen. Damit soll freilich nicht impliziert werden, daß das Dominierungsverbot insoweit nicht anwendbar wäre; allein diese Frage steht hier nicht im Zentrum des Interesses.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. »Frauen«

Aus der Sicht eines gruppenbezogenen Dominierungsverbots wird die durch das Geschlecht gekennzeichnete, diskriminierte Gruppe geschützt. Zum Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes waren dies so eindeutig die Frauen, daß die Verfassungsväter und -mütter gar nicht auf die Idee kamen, über eine Benachteiligung von Männern - und sei es nur im Hinblick auf eine einzelne Rechtsnorm, gegen die verfassungsrechtlicher Schutz gewährt werden müßte -, nachzudenken.[204] Die Gruppe, für die der Gleichberechtigungssatz eingeführt wurde, waren die Frauen.

Heute dagegen sprechen manche in manchen Bereichen von einer rechtlichen Benachteiligung des Mannes.[205] Aber auch wenn es zutreffen sollte, daß in vereinzelten Konstellationen Männer schlechter gestellt sind, hat dies für ein Verständnis als gruppenbezogenes Dominierungsverbot nicht etwa einen ad hoc-Perspektivenwechsel zur Folge, so daß insoweit Männer in den Genuß des gruppenbezogenen Schutzes kämen.[206] Dem Dominierungsverbot geht es um die in der Gesellschaft insgesamt, lang andauernd und systematisch diskriminierte Gruppe, die auch heute noch in der gesellschaftlichen Wirklichkeit erheblich benachteiligt ist; kurz: die Frauen. Allein diese Gruppe bedarf des verfassungsrechtlichen Schutzes, allein für sie ist er normiert.

Freilich bezieht sich der gruppenbezogene Schutz - abstrakt gesehen - auf jede in solchem Ausmaß diskriminierte Gruppe.[207] Auch der Wortlaut des Gleichberechtigungssatzes spricht beide Gruppen an. Theoretisch können also auch Männer irgendwann in den Genuß des Schutzes des Gleichberechtigungssatzes kommen. Dies setzte freilich voraus, daß Männer das gesellschaftlich unterdrückte und benachteiligte Geschlecht wären und Frauen die Macht in Händen hätten. Die Wahrscheinlichkeit, daß ein solcher gesellschaftlicher Zustand jemals eintritt, scheint gegenwärtig gering. Unter der Prämisse, daß eine »Frauenrevolution« die gesellschaftlichen Verhältnisse völlig umgewälzt hätte und Männer einer matriarchalischen Gesellschaftsordnung unterworfen wären, kämen auch Männer in den gruppenbezogenen Schutz des Art. 3 Abs. 2 GG. Dann würde sich der Schutz des Dominie-

204 Siehe zur Entstehungsgeschichte oben S. 323 ff.
205 Vgl. Scholz.
206 Dies liegt aber Friaufs Vorstellungen zugrunde, wenn er von staatlicher Intervention »zugunsten des jeweils benachteiligten Geschlechts« spricht, Verfassungsauftrag, S. 30.
207 Siehe dazu oben S. 312 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rungsverbots aber auch allein auf Männer beziehen. Nie könnte ein Zustand eintreten, in dem beide Gruppen, sowohl Männer als auch Frauen, gleichzeitig durch das Dominierungsverbot geschützt werden.
Möglich und etwas wahrscheinlicher ist hingegen, daß irgendwann vom Dominierungsverbot weder Männer noch Frauen geschützt werden. Wenn tatsächliche Gleichberechtigung erreicht ist, Frauen nicht mehr das »andere« und benachteiligte Geschlecht sind, dann hat der Gleichberechtigungssatz seinen Schutzzweck erfüllt, und das Dominierungsverbot läuft leer.

2. *»Als Gruppe«*

Der klarste Fall, in dem eine Rechtsnorm Frauen als Gruppe betrifft, ist die ausdrückliche Verwendung des Merkmals Geschlecht. Wenn eine Rechtsnorm an das Merkmal anknüpft, welches die Gruppe kennzeichnet, sind selbstverständlich Frauen als Gruppe betroffen.
Dies gilt auch, sogar in besonders starkem Maße, wenn die gesetzgeberische Differenzierung an ein Merkmal anknüpft, das nur in einem Geschlecht verwirklicht werden kann. Alle in der Bundesrepublik vertretenen Interpretationen des Gleichberechtigungssatzes klammern diese Fälle aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 GG wegen mangelnder Vergleichbarkeit aus.[208] Dies mag notwendig sein, wenn man den Gleichberechtigungssatz als Differenzierungsverbot versteht,[209] vom Schutzzweck der Norm her gedacht kann es nicht überzeugen. Erinnert sei an die Konstellationen in zwei amerikanischen Fällen, in denen die Anknüpfung an die Schwangerschaft erhebliche Nachteile für die Frau mit sich brachte. In einem der Fälle wurde die Frau gezwungen, unbezahlten Urlaub zu nehmen, sobald die Schwangerschaft sichtbar war, und im anderen wurden die Kosten für Schwangerschaft und Entbindung vom staatlichen Krankenversicherungssystem, welches alle anderen Kosten für medizinische Versorgung übernahm, ausgeschlossen.[210] In der Sonderbehandlung der Frau aufgrund tatsächlicher oder postulierter Einzigartigkeit einer weiblichen Eigenschaft oder Umstandes lag immer ein zentrales Problem der Gleichberechtigung.[211]
Eine Betroffenheit der Frauen als Gruppe liegt schließlich auch dann vor, wenn das Differenzierungsmerkmal zwar theoretisch von Personen beiderlei

208 Siehe dazu oben S. 29 ff.
209 Vgl. aber die in den USA vertretenen Positionen, oben S. 299.
210 Siehe oben S. 149 f.
211 Siehe dazu oben S. 300 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Geschlechts erfüllt werden kann, ganz überwiegend aber nur Personen eines Geschlechts betrifft. Dabei kann nicht abstrakt eine Prozentzahl bestimmt werden, ab der das Merkmal »ganz überwiegend« erfüllt ist. Die Umstände des Einzelfalles erfordern eine genaue Analyse der im konkreten Fall heranzuziehenden Vergleichsgruppe. Nach den amerikanischen Erfahrungen liegt jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt auch kein zwingendes Bedürfnis vor, »ganz überwiegend« zu quantifizieren. In der Rechtsprechung des Supreme Court war die Frage, ob Frauen oder Schwarze »ganz überwiegend« betroffen sind, nie eine der eigentlich streitigen Fragen.[212] Man mag darüber unterschiedlicher Ansicht sein, ob die Grenze bei 70, 60 oder 55 % verlaufen soll; zur Zeit steht man eher vor Konstellationen, in denen die Verhältnisse 90 zu 10 oder noch geringer sind.
Teils wird in der arbeitsrechtlichen Literatur zur mittelbaren Diskriminierung zusätzlich als Kriterium verlangt, daß die Disproportionalität nicht anders als mit dem Geschlecht oder mit den Geschlechtsrollen zu erklären sei.[213] Mir scheint dieses Kriterium entbehrlich, da es nur scheinbar eingrenzend wirkt und somit die Prüfung unnötig kompliziert. Es ist nicht ersichtlich, welche Umstände, die zu völlig disproportionalen Auswirkungen auf beide Geschlechter führen, nicht durch Geschlecht oder Geschlechtsrolle erklärbar sein sollen.
Schließlich gilt es zu betonen, daß Trägerin des Grundrechts, und damit auch allein beschwerdebefugt, die einzelne Frau bleibt.[214] Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungsverbot ist nicht Gruppenrecht als Recht der Gruppe, allein Diskriminierung wird als gruppenbezogenes Phänomen begriffen. Es geht weiterhin um das Recht der einzelnen auf diskriminierungsfreies Verhalten des Staates; nur der Blickwinkel unter dem ein Akt der öffentlichen Gewalt als Frauendiskriminierung begriffen wird, hat sich geändert.

3. »Nachteilig betreffen«

Die Feststellung benachteiligender Auswirkungen auf Frauen wird zumeist nicht schwierig sein. Frauen werden nachteilig betroffen, wenn ihnen Vergünstigungen vorenthalten, Chancen versagt oder Benachteiligungen auferlegt werden. Auch bei der mittelbaren Benachteiligung ist die Prüfung dieses Elements im Regelfall einfach; werden beispielsweise Einstellungsvor-

212 Vgl. dazu die Rechtsprechung des Supreme Court der USA, oben S. 238 ff.
213 Pfarr/Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, S. 99.
214 Siehe dazu oben S. 334 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

aussetzungen aufgestellt, die von Frauen deutlich seltener erfüllt werden können als von Männern, werden Frauen als Gruppe nachteilig betroffen. Vor allem zwei Bereiche erweisen sich jedoch als problematisch.

Nicht immer sind Vergleichsgruppe und Maßstab eindeutig zu bestimmen. Dieser Fall tritt vor allem bei Normen ein, die an Merkmale anknüpfen, die nur von einem Geschlecht verwirklicht werden können - erinnert sei an die oben erwähnten Schwangerschaftsbeispiele. Eine abstrakte und vollständige Präzisierung des hier anzulegenden Maßstabs ist nicht möglich; es ist eine Analyse des Einzelfalles erforderlich. Entscheidend ist aber, daß die Beschreibung der Zielrichtung des Gleichberechtigungsgebots als Dominierungsverbot die Analyse steuert und damit Kriterien vorgibt. Eine Benachteiligung liegt dann vor, wenn eine Norm Frauen in die traditionelle Rolle drängt oder sie darin festhält, bzw. wenn sie eine typischerweise von Frauen ausgeübten Tätigkeit unterbewertet.

Dies läßt sich an einem weiteren Beispiel zeigen, dessen Lösung für ein Verständnis als Differenzierungsverbot Schwierigkeiten bereitet:[215] für Hebammen - zu dem Zeitpunkt, als nur Frauen Hebammen sein durften[216] - war eine Anrechnung der Einkünfte des Ehemannes auf ihr Gehalt vorgesehen. Die Lösung des Falles bei einem Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Differenzierungsverbot gestaltet sich schwierig, wenn die Anrechnungsregelung geschlechtsneutral dahingehend formuliert ist, daß die Einkünfte des Ehegatten zu berücksichtigen sind. Gibt es keine durch die Differenzierung unmittelbar geschaffene männliche Vergleichsgruppe, ist die Bestimmung der Vergleichsgruppe schwierig: soll man andere ähnliche Berufsgruppen wie etwa Krankenpfleger, Krankenschwestern, Ärzte wählen?[217] Für das Dominierungsverbot ist hingegen offensichtlich, daß durch die Hebammen-Regelung Frauen benachteiligt werden. Zum einen geht die Norm von der traditionellen Vorstellung aus und kann nicht anders als dadurch erklärt werden, daß die Frau lediglich »zuverdient«. Zum zweiten gibt es entsprechende Bestimmungen für keinen »Männerberuf«.

Bei Normen mit Doppelcharakter, wie z.B. Arbeitsschutzvorschriften oder Quotenregelungen, ist die Frage, ob die Gruppe der Frauen nachteilig betroffen wird, besonders problematisch. Solche Regelungen begünstigen die Frau

215 Vgl. BVerwGE 17, 353, insb. S. 358; dazu Sachs, Grenzen, S. 351 f.

216 Worauf es nach dem hier vertretenen Ansatz nicht ankommt, wohl aber für Sachs.

217 Vgl. dazu Sachs, Grenzen, S. 352, der deshalb allein eine Überprüfung anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes für möglich hält (wenn gebilligt worden ist, daß allein Frauen Hebammen sein können).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auf der einen Seite, haben aber gleichzeitig auch in gewissem Umfang nachteilige Auswirkungen. Zumindest können alle Sondervorschriften zugunsten der Frau das alte Vorurteil bestätigen, Frauen bedürften besonderen Schutzes, und wirken sich insoweit negativ aus. Es ist daher zu prüfen, ob die mit Arbeitsschutzvorschriften oder Quotenregelungen einhergehenden nachteiligen Auswirkungen solche sind, die in den Anwendungsbereich des Gleichberechtigungssatzes fallen.

Auszugehen ist davon, daß grundsätzlich alle Normen, die Frauen im weitesten Sinne nachteilig betreffen, eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung darstellen. Andererseits werden vom Dominierungsverbot nicht Regelungen erfaßt, die Frauen begünstigen. Eine Lösung für Regelungen mit Doppelcharakter, die man sachlich nicht im Hinblick auf begünstigende und benachteiligende Auswirkungen trennen kann, muß daher auf das Schutzgut des Dominierungsverbots zurückgreifen. Zweck der Norm und ihre Auswirkungen sind unter diesem Gesichtspunkt zu untersuchen; dabei sind Arbeitsschutzvorschriften und Quotenregelungen getrennt zu behandeln.

Arbeitsschutzvorschriften sind Regelungen, die auf den traditionellen Vorstellungen von der besonderen Schutzbedürftigkeit der Frau aufbauen. Zum großen Teil beruhen sie auf Ansichten über Unterschiede zwischen Männern und Frauen, die teils schon in den siebziger Jahren als wissenschaftlich nicht haltbar erkannt worden sind.[218] Zudem wirken sich besondere Arbeitsschutzvorschriften dahingehend aus, daß sie Beschäftigungsmöglichkeiten für Frauen verringern. Sie halten Frauen von bestimmten Berufen fern oder versagen ihnen höherbezahlte Positionen. Sie betreffen Frauen daher nachteilig im Sinne des Dominierungsverbots und unterfallen dem Gleichberechtigungssatz in vollem Umfang.[219]

Quotenregelungen dagegen beruhen nicht auf dem traditionellen Rollenbild. Sie werden nicht darauf gestützt, daß man den biologischen Besonderheiten der Frau Rechnung tragen wolle, sondern sie sollen die Chancen für Frauen außerhalb ihrer traditionellen Rolle erhöhen. Zudem wirken sie sich - anders als Arbeitsschutzvorschriften - nicht als Beschränkungen der Arbeitsmöglichkeiten für Frauen aus, sondern wollen sie im Gegenteil erweitern. Solche

218 Siehe dazu S. 128 ff.

219 Daß Arbeitsschutzvorschriften dem Dominierungsverbot unterfallen, hat freilich nicht zwingend ihre Verfassungswidrigkeit zur Folge. Sie müssen aber den im folgenden (unten S. 366 ff.) entwickelten Kriterien genügen. Dies bedeutet auf jeden Fall, daß sie nicht pauschal verfassungsrechtlichen Anforderungen entzogen werden können; siehe zur Problematik der Arbeitsschutzvorschriften auch schon oben S. 131 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Maßnahmen verwirklichen gerade den Schutzzweck der Norm und lösen daher unter dem Gesichtspunkt des Gleichberechtigungssatzes keine Rechtfertigungszwänge aus.
Freilich kann allein die Behauptung, den Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG verwirklichen zu wollen, eine angegriffene Norm der verfassungsgerichtlichen Überprüfung nicht ohne weiteres entziehen. Zwar ist dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative einzuräumen, doch heißt dies nicht, daß der bloße Vortrag, Frauen fördern zu wollen, zur Rechtfertigung jedweder Bestimmung ausreicht.
Überprüfbar sind die vom Gesetzgeber vorgetragenen Zwecke zunächst auf ihre Ernsthaftigkeit. Insbesondere gegenüber älteren Gesetzen, deren ursprünglicher Schutzzweck aus der Zeit der traditionellen Vorstellungen kommt - was der Supreme Court der Vereinigten Staaten als »romantischen Paternalismus« bezeichnete -, wird hier Vorsicht angebracht sein. Das Austauschen von Begründungen kann Zweifel an der Ernsthaftigkeit zumindest indizieren.
Daneben können solche Frauen begünstigenden Gesetze auch hinsichtlich ihrer voraussichtlichen Auswirkungen überprüft werden. Ist es zu erwarten, daß sie den Effekt haben, Beschäftigungsmöglichkeiten für Frauen zu eröffnen oder zu verschließen? Die Frage, inwieweit Prognoseentscheidungen überprüfbar sind, stellt ein allgemeines dogmatisches Problem dar,[220] auf das hier nicht weiter einzugehen ist.

Den Anforderungen des Gleichberechtigungssatzes unterfallen alle Rechtsnormen, die Frauen als Gruppe nachteilig betreffen. Es werden mit der mittelbaren Benachteiligung auch staatliche Maßnahmen erfaßt, die nicht final und nicht unmittelbar auf das Schutzgut der Gleichberechtigung zugreifen. Die Berücksichtigung nicht zielgerichteter Maßnahmen entspricht nicht nur der neueren Diskussion um die Grundrechtsbeeinträchtigung,[221] sondern folgt aus der dogmatischen Struktur des Dominierungsverbots. Im Kern zielt das Dominierungsverbot darauf, das Verhältnis zweier Gruppen als gleichberechtigt herzustellen. Für dieses Verhältnis sind aber die tatsächlichen Auswirkungen von Normen von ebenso großer Bedeutung wie der finale Zugriff. Ob die Hindernisse, die die Rechtsordnung Frauen in den Weg stellt, explizit verbieten oder strukturell erschweren, bedeutet aus der Sicht

220 Vgl. BVerfGE 50, 290, 332 f.
221 Vgl. z.B. Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen; Ramsauer, S. 92 ff.; Lübbe-Wolff, S. 42 ff.; Grabitz, S. 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Dominierungsverbots lediglich einen graduellen Unterschied. Der Gleichberechtigungssatz richtet sich gegen beides. Dies ist die Konsequenz aus dem Wechsel von der merkmalsbezogenen zur gruppenbezogenen Sicht,[222] oder wie es in der Diskussion in den Vereinigten Staaten schlagwortartig bezeichnet wurde: der Wechsel von der Täter- zur Opferperspektive.[223]

III. Rechtfertigung

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Gleichberechtigungssatz lediglich Schutz vor der Auferlegung ungerechtfertigter Nachteile bietet. Nunmehr ist zu klären, wie eine Ungleichbehandlung vor dem Gleichberechtigungssatz gerechtfertigt werden kann.[224] Dabei ist zu beachten, daß der Gleichberechtigungssatz besonderer Gleichheitssatz ist. Die Anforderungen an die Rechtfertigung müssen also höher sein als beim allgemeinen Gleichheitssatz. Keinesfalls kann das Vorliegen irgendeines sachlichen Grundes ausreichen. Das verfassungsrechtliche Prinzip, mit dessen Hilfe die Grenzen für Akte des Gesetzgebers bestimmt werden, die in Grundrechte eingreifen, ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip.
Freilich wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor allem bei der Prüfung der Zulässigkeit von Eingriffen in Freiheitsrechte angewandt. Doch ist seine Verwendung auch für Gleichheitsrechte nicht vollkommen unbekannt. In neuerer Zeit wurde manchmal vorgeschlagen, auch die Vereinbarkeit von Normen im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes anhand des - oder eines

222 Deshalb kann es kaum überzeugen, die mittelbare Benachteiligung als Inhalt eines Differenzierungsverbots zu fassen. Verbleibt man in der merkmalsbezogenen Sichtweise des individualrechtlich bestimmten Differenzierungsverbots, entfällt mit dem Fehlen der Verwendung des Merkmals Geschlecht die Grundvoraussetzung seiner Anwendbarkeit. Erst die gruppenbezogene Sicht kann mittelbare Benachteiligung überhaupt theoretisch fundiert als Diskriminierung fassen.

223 Siehe dazu oben S. 285 ff.

224 Daß eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen möglich sein muß, ergibt sich aus der Struktur eines Gleichheitsrechts. Ein Gleichheitsrecht bezieht sich auf das Verhältnis zwischen Personen oder Personengruppen; es ist damit relativ und kann eine absolute Durchsetzung in allen denkbaren Konstellationen nicht beanspruchen. Beim allgemeinen Gleichheitssatz ist dies offensichtlich: die Gleichbehandlung aller in jeglicher Hinsicht zu verlangen, würde zum Ende des Rechts führen. Aber auch hinsichtlich besonderer Gleichheitssätze ist dies immer schon anerkannt worden, wie die Beschäftigung mit den Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung in den bisherigen Kapiteln sowohl für das Bundesverfassungsgericht und den Supreme Court der Vereinigten Staaten als auch für die Literatur gezeigt hat.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

modifizierten - Verhältnismäßigkeitsprinzips zu überprüfen.[225] Im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz erscheint dies jedenfalls unter funktionellrechtlichen Gesichtspunkten äußerst problematisch.[226] Bedenken dieser Art bestehen bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen des Gleichberechtigungssatzes als besonderem Gleichheitssatz nicht. Hier wurde von jeher die volle Überprüfbarkeit durch das Bundesverfassungsgericht gefordert.[227] Im Gegenteil, gerade weil das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine intensive Kontrolle des Gesetzgebers ermöglicht, trägt es dem Schutzgehalt des Gleichberechtigungssatzes Rechnung.

Eine Rechtsnorm, die eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 GG darstellt, ist also dann verfassungsgemäß, wenn sie verhältnismäßig ist. Die Norm muß einen zulässigen Zweck verfolgen, zur Erreichung des Zweckes geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehört zum Grundbestand verfassungsrechtlicher Dogmatik; es braucht daher allgemein auf seine Bedeutung und seinen Inhalt nicht eingegangen zu werden.[228]

Es sollen im weiteren nur die Besonderheiten erörtert werden, die sich speziell bei einer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen des Gleichberechtigungssatzes ergeben. Wenn auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gemeinsames und insoweit einheitliches Prinzip der Grundrechte ist, so kann doch das einzelne Grundrecht eigene Vorgaben für seine Anwendung enthalten.[229] Diesen spezifischen, gleichberechtigungsbezogenen Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitssatzes gelten die folgenden Überlegungen.

1. Zulässiger Zweck

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschäftigt sich mit dem verfassungsrechtlich zulässigen Verhältnis von Zwecken und Mitteln. Zunächst ist bei der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips daher danach zu fragen, ob

225 Kloepfer, S. 54 ff; vgl. hierzu auch Stein, Staatsrecht, S. 238 ff., sowie die in Anm. 12 Genannten.

226 Siehe oben S. 306 ff.

227 Auch das Bundesverfassungsgericht bezeichnete Art. 3 Abs. 2 GG immer als »teste Grenze« des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums, dazu oben S. 25 f.

228 Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Stern, Staatsrecht I, S. 861 ff.; Schlink, Abwägung, S. 192 ff.; Jakobs, Verhältnismäßigkeit (1); ders., Verhältnismäßigkeit (2); Lerche; Hirschberg, Verhältnismäßigkeit.

229 Vgl. dazu Schlink, Abwägung, S. 200 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Zweck und das zu seiner Verfolgung eingesetzte Mittel als solche zulässig sind.[230]

Grundsätzlich ist der Gesetzgeber in der Wahl der von ihm verfolgten Zwekke frei. Doch muß er sich auch bei der Bestimmung der Zwecke an den Rahmen der Verfassung halten; insbesondere die Grundrechte können dem Staat die Verfolgung bestimmter Zwecke oder den Einsatz bestimmter Mittel untersagen. Die Unterscheidung zwischen Zwecken und Mitteln ist relativ: Zwecke können auf andere Zwecke als Mittel bezogen und Mittel als Zwekke gesetzt werden.[231] Wenn im folgenden davon gesprochen wird, daß bestimmte Zwecke wegen der Geltung des Gleichberechtigungssatzes nicht verfolgt werden dürfen, so gilt dies auch dann, wenn verbotene Zwecke als Mittel eingesetzt werden.

Durch Normen, die sich nachteilig auf Frauen auswirken, können - zulässigerweise - vielfältige Zwecke verfolgt werden. Allein die Verfolgung von Zwecken, die sich gegen den Schutzzweck des Gleichberechtigungssatzes selbst richten, ist dem Staat untersagt. Wie oben dargetan,[232] ist der Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG ein doppelter. Zum einen darf der Staat in keiner Weise darauf hinwirken, die Frau in ihre traditionelle Rolle zu drängen, sie darauf festzulegen oder darin festzuhalten. Zum andern darf er nicht frauentypische Tätigkeiten, insbesondere die Arbeit der Hausfrau, unterbewerten. Normen, die um eines dieser beiden Zwecke willen erlassen worden sind, stellen einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG dar, ohne daß eine weitere Prüfung erforderlich wäre.

Die beiden Zwecke müssen auch zusammengedacht werden. Auch wenn der Staat den einen Schutzzweck des Gleichberechtigungssatzes fördern will, darf er dies nicht auf Kosten des anderen tun. Beispielsweise steht es dem Staat offen, die Berufstätigkeit der Frau in vielfältiger Weise zu fördern, ein Weg aber ist ihm verschlossen: er darf nicht die Rolle der Hausfrau so schlecht ausgestalten, daß Frauen praktisch zur Berufstätigkeit gezwungen werden.

Wie immer bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des verfolgten Zweckes als solchem stellt sich das Problem der Vorspiegelung falscher

230 Manche Autoren beschränken die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Prüfung von Geeignetheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. Irgendwo muß aber die Prüfung der Zulässigkeit des Zweckes auch stattfinden, so daß man sie auch schon unter die Verhältnismäßigkeitsprüfung selbst fassen kann; so auch Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 318.

231 Schlink, Abwägung, S. 203; Jakobs, Verhältnismäßigkeit (1), S. 17.

232 Oben S. 352 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zwecke. Insoweit gelten die üblichen Regeln: wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß der verfassungsrechtlich unbedenkliche Zweck lediglich vorgeschoben wurde, hat die Norm diese Hürde der Prüfung passiert. Nur die weiteren Prüfungsstufen können dann noch ihre Verfassungswidrigkeit erweisen. Dies werden sie im Regelfall dann auch leisten können. Es wird nicht häufig geschehen, daß eine Regelung, die einen bestimmten - frauendiskriminierenden - Zweck in Wirklichkeit verfolgt, als notwendig für einen vorgeschobenen, legitimen Zweck ausgewiesen werden kann.[233]

2. *Geeignetheit*

Bei der Geeignetheit ist die Tauglichkeit des eingesetzten Mittels im Hinblick auf den verfolgten Zweck zu prüfen. Dabei müssen der Zustand, der durch den Eingriff geschaffen wird, und der Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht zu betrachten ist, in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang stehen.[234]
Die Geeignetheit wird im Regelfall - wie bei allen anderen staatlichen Eingriffen - gegeben sein; ihre Prüfung hat grundsätzlich ebenso wie bei Eingriffen in andere Grundrechte zu erfolgen. Der Geeignetheitsprüfung im Rahmen des Gleichberechtigungssatzes kann darüber hinaus eine zentrale Rolle beim Aufdecken von Vorurteilen zukommen. Der Gesetzgeber darf sich nicht damit begnügen, sich auf überkommene Vorstellungen des Rollenverhaltens von Männern und Frauen zu stützen; es müssen fundierte Hypothesen über Wirklichkeitszusammenhänge sein. Hier sollte, wie es der Supreme Court der Vereinigten Staaten formuliert hat, insbesondere auf »archaic and overbroad generalizations« geachtet werden, die dort regelmäßig zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit führen.[235]

3. *Notwendigkeit*

Bei der Erforderlichkeit ist zu prüfen, ob nicht ein anderes gleich wirksames, aber weniger beschränkendes Mittel hätte gewählt werden können. Präziser gefaßt bedeutet Notwendigkeit, daß es keinen anderen Zustand gibt, den der Staat ohne großen Aufwand ebenfalls schaffen kann, der für den Bürger weniger belastend ist und der mit dem Zusand, in dem der verfolgte Zweck als

233 In einem ähnlichen Sinne hat Ely die Zweck-Mittel-Beziehung bei der Prüfung einer »suspect classification« erklärt, vgl. oben S. 280 ff.
234 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 322.
235 Vgl. oben S. 291 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

verwirklicht betrachtet werden kann, ebenfalls in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang steht.[236] Hier liegt sicherlich im Regelfall der Schwerpunkt der Prüfung, die grundsätzlich ebenfalls wie bei anderen Grundrechten vorgenommen wird.
Für die Beurteilung der Frage, was ein die Bürgerin weniger belastender Zustand ist, gibt der Gleichberechtigungssatz spezifische Vorgaben. Da Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Dominierungsverbot auf die Lage der Gruppe der Frauen abstellt, muß auch die Abgestuftheit der Mittel auf die nachteiligen Auswirkungen für die Gruppe der Frauen bezogen werden. Hierbei fließen zwei Gesichtspunkte in die Betrachtung ein: zum einen kann eine Maßnahme als milder angesehen werden, wenn die Anzahl der benachteiligten Frauen geringer wäre; zum anderen kann auf das Ausmaß der Benachteiligung abgestellt werden. Wegen der Wechselbeziehung zwischen Status der Angehörigen der Gruppe und Status der Gruppe fallen beide Gesichtspunkte im Regelfall zusammen: je weniger Frauen nachteilig betroffen sind, desto weniger hat die Benachteiligung Einfluß auf die Lage der Gruppe, desto geringer sind die nachteiligen Folgen für den Status der Gruppe.
Das Mittel, welches am schärfsten in das Grundrecht auf Gleichberechtigung eingreift, ist die ausdrückliche Differenzierung nach dem Geschlecht. Bei der Verwendung des Merkmals Geschlecht wird nicht nur die gesamte Gruppe - also die größtmögliche Anzahl von Frauen - betroffen, sondern auch das höchste Ausmaß an Belastung erreicht: keiner Frau ist es möglich, sich den Rechtsfolgen einer solchen Norm zu entziehen. Die Verwendung des Merkmals Geschlecht ist somit den objektiven Zulassungsvoraussetzungen im Rahmen der Berufsfreiheit vergleichbar, wie sie das Bundesverfassungsgericht im Apothekenurteil[237] entwickelt hat. Hier ist die intensivste verfassungsrechtliche Kontrolle angebracht. Nur außerordentlich selten wird es dem Gesetzgeber gelingen, eine nach dem Geschlecht differenzierende Regelung, die in den Schutzbereich des Gleichberechtigungssatzes fällt, als notwendig zu rechtfertigen.
In Fällen der mittelbaren Benachteiligung hat der Gesetzgeber ein Mittel gewählt, welches sich ganz überwiegend zum Nachteil der Frauen auswirkt. Auch hier konzentriert sich die Fragestellung im Rahmen der Notwendigkeitsprüfung insbesondere darauf, wie viele Frauen und wie schwer sie nachteilig betroffen werden. Legt eine Rechtsnorm beispielsweise als Einstellungsvoraussetzung für den Polizeidienst die Körpergröße von 170 cm fest,

236 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 324.
237 BVerfGE 7, 377.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wird sich der Gesetzgeber fragen lassen müssen, weshalb es auf die Körpergröße bei der Polizei ankommen soll. Möglicherweise stellt sich heraus, daß es in Wirklichkeit um bestimmte Anforderungen an Körperkraft geht, so daß es auf eine Mindestkörpergröße für sich genommen gar nicht ankommt oder sie jedenfalls deutlich geringer angesetzt werden könnte.
Auch bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Norm wird besonders darauf zu achten sein, daß nicht diskriminierende Strukturen ohne genaue Untersuchung als »notwendig« angesehen werden. Es haben sich durch die erzwungene Abwesenheit der Frau vom Bereich des öffentlichen Lebens zahlreiche Strukturen herausgebildet, die sich lediglich an den Bedürfnissen der Männer ausrichteten, ohne daß sie in unmittelbarem Bezug zu dem eigentlich verfolgten staatlichen Interesse - etwa der Funktion eines Amtes - stehen.[238] Die Verhältnismäßigkeitsprüfung kann dazu beitragen aufzudecken, wie die Rechtsordnung Frauendiskriminierung perpetuiert. Der Gleichberechtigungssatz verlangt vom Gesetzgeber zumindest, daß er sich solcher struktureller Diskriminierung der Frau bewußt ist. Der Gesetzgeber muß argumentieren können, daß ihm zur Erreichung des verfolgten Zweckes kein weniger benachteiligendes Mittel zur Verfügung steht. Das Erfordernis einer solchen Argumentationslast könnte strukturelle Benachteiligung sichtbar machen und damit zu einem Rückgang der »lautlosen Diskriminierung der Frau«[239] führen.

4. Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ergeben sich bei der Prüfung des Gleichberechtigungssatzes keine besonderen Probleme. Auf die schwierigen Fragen, wie diese Prüfung der Angemessenheit genauer zu strukturieren ist, soll hier nicht eingegangen werden; auch insoweit muß auf die allgemeinen dogmatischen Erörterungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips verwiesen werden.[240] Selbstverständlich sollte sein, daß über diese Prüfungsstufe nicht alle frauenpolitischen Wunschvorstellungen des jeweiligen Interpreten einfließen dürfen.

238 Siehe dazu oben S. 189 f.
239 In Anlehnung an den Titel des Aufsatzes von Herbst.
240 Neben den in Anm. 228 Genannten, siehe insbesondere auch Böckenförde, Grundsatznormen, S. 20 f.; Hermes, S. 202 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

IV. Verhältnis zu Artikel 3 Absatz 3 GG

Bisher wurde vor allem von der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG gehandelt. Mit der Nennung des Merkmals Geschlecht in Art. 3 Abs. 3 GG gibt es jedoch noch eine weitere Vorschrift im Grundgesetz, die sich mit dem Problem des Verhältnisses von Männern und Frauen befaßt. In einigen Bereichen überschneiden sich die Anwendungsbereiche beider Normen, in anderen kollidieren sie. Eine Klärung ihres Verhältnisses zueinander ist daher erforderlich.

Zunächst sei aber kurz an den unterschiedlichen Inhalt der beiden Vorschriften erinnert. Art. 3 Abs. 2 GG ist gruppenbezogenes Dominierungsverbot zum Schutz von Frauen. Dagegen ist Art. 3 Abs. 3 GG als Differenzierungsverbot zu verstehen, auf das sich Männer und Frauen berufen können.[241] In den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 GG fallen nur diejenigen Rechtsnormen, die das Merkmal Geschlecht ausdrücklich verwenden. Art. 3 Abs. 2 GG erfaßt über die nach dem Geschlecht differenzierenden Rechtsnormen, die Frauen als Gruppe benachteiligen, hinaus auch Fälle der mittelbaren Benachteiligung.

Das Verhältnis von Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG könnte in verschiedenen Fallkonstellationen problematisch sein. Grundsätzlich sind drei Kategorien von Normen[242] zu unterscheiden: solche, die auf dem überkommenen Rollenbild aufbauend nach dem Geschlecht differenzieren (1), solche die sich, ohne an das Merkmal Geschlecht anzuknüpfen, unterschiedlich auf Männer und Frauen auswirken (2) und schließlich solche, die an das Merkmal Geschlecht anknüpfen, um der Frau reale Alternativen zur überkommenen Rollenverteilung zu verschaffen (3).

241 Es sei noch einmal darauf hingewiesen, daß die Frage einer Begrenzung des Differenzierungsverbots hier nicht weiter erörtert wird. Da eine Präzisierung der Dogmatik zu Art. 3 Abs. 3 GG auch die anderen dort genannten Merkmale mitumfassen müßte, würde sonst der Rahmen dieser Arbeit gesprengt. Verschiedene Modelle der Begrenzung sind oben S. 137 ff. vorgestellt worden; vgl. eingehend zu der Begrenzung der Unterscheidungsverbote: Sachs, Grenzen.

242 Nicht weiter verfolgt wird hier die Gruppe der Normen, die zwar nach dem Geschlecht differenzieren, aber von der h. M. mangels Vergleichbarkeit nicht als Verstoß gegen das Differenzierungsverbot angesehen werden – wie etwa Regelungen, die mit Schwangerschaft zusammenhängen. Diese fallen dann allein in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 2 GG und werfen damit keine Probleme hinsichtlich des Verhältnisses zu Absatz 3 auf.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. »Klassische« Ungleichbehandlung

Der Typ der »klassischen« diskriminierenden Norm, die nach dem Geschlecht differenziert und vom herkömmlichen Rollenbild ausgeht, unterfällt sowohl Art. 3 Abs. 2 GG als auch Art. 3 Abs. 3 GG. Frauen können sich daher bei der Rüge der Verfassungswidrigkeit einer solchen Norm sowohl auf das Dominierungsverbot als auch auf das Differenzierungsverbot stützen. Die Prüfung anhand der beiden Maßstäbe ist unterschiedlich strukturiert und wendet verschiedene Kriterien an; im Ergebnis werden beide Grundrechte zur Verfassungswidrigkeit von Regelungen wie etwa dem väterlichen Stichentscheid[243] oder den erschwerenden Voraussetzungen der Witwerrente[244] kommen.

Männer können sich hingegen allein auf Art. 3 Abs. 3 GG berufen, da ihnen der Schutz des Dominierungsverbots nach Art. 3 Abs. 2 GG nicht zusteht. Dabei ist die Prüfung der Vereinbarkeit einer Norm mit Art. 3 Abs. 3 GG unabhängig davon, ob sich ein Mann oder eine Frau auf das Grundrecht beruft. Denn das Differenzierungsverbot ist symmetrisch und stellt allein auf die Verwendung des Merkmals Geschlecht ab.

Für die Prüfung nach Art. 3 Abs. 3 GG kommt es auch nicht darauf an, ob derjenige, der seine Verletzung geltend macht, Begünstigter oder Belasteter ist. Das Grundrecht des einzelnen richtet sich nicht nur auf die Abwehr eigener Benachteiligung. Anspruchsinhalt des Differenzierungsverbots ist – wie schon der Wortlaut deutlich zum Ausdruck bringt – die Gleichbehandlung. Diese umfaßt auch das Recht, nicht gegenüber anderen bevorzugt zu werden.[245] Auch Männer könnten daher ihr Recht aus Art. 3 Abs. 3 GG gegenüber dem väterlichen Stichentscheid geltend machen. Umgekehrt können sich auch Frauen gegen »Begünstigungen des romantischen Paternalismus«[246] unter Berufung auf Art. 3 Abs. 3 GG wehren.

Im Regelfall würde bei diesen überkommenen Begünstigungen der Frau auch der Schutzbereich des Dominierungsverbots betroffen sein.[247] Bei näherem Hinsehen entpuppen sich viele der »Privilegien« der Frauen in Wahr-

243 BVerfGE 10, 59; vgl. dazu oben S. 31 ff. und S. 53 ff.

244 BVerfGE 17, 1; vgl. dazu oben S. 37 ff.

245 Sachs, Struktur, S. 417, der dies am Beispiel des Lebens in einer rassistischen Gesellschaft nach Muster der Apartheid veranschaulicht: Die Unterwerfung unter ein rassistisches System ist nicht nur für die Angehörigen der diskriminierten Rasse erniedrigend, sondern auch für die Begünstigten.

246 Diese Formulierung verwendet der Supreme Court.

247 Siehe dazu oben S. 363 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

heit als Benachteiligung zumindest der Frauen, die sich vom überkommenen Rollenbild lösen wollen. Erinnert sei wieder an das Beispiel der einschränkenden Voraussetzungen bei der Witwerrente, die zwar die Hausfrauen-Witwe begünstigten, die erwerbstätige Frau aber benachteiligten.
Für diese Kategorie von Normen ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten hinsichtlich des Verhältnisses der beiden letzten Absätze des Art. 3 GG zueinander. Soweit sich Frauen gegenüber solchen Normen sowohl auf Art. 3 Abs. 2 GG als auch auf Art. 3 Abs. 3 GG berufen können, handelt es sich um Grundrechtskonkurrenz: ein Hoheitsakt trifft die Grundrechtsträgerin in zwei einschlägigen Grundrechten. Wegen der unterschiedlichen dogmatischen Struktur der in Betracht kommenden Grundrechte stellt sich das Problem der Schrankenkombination nicht in derselben Weise wie bei der Grundrechtskonkurrenz schrankendivergenter Freiheitsrechte.[248] Da es sich um unterschiedlich ausgestaltete Schutzgüter handelt,[249] muß die Prüfung am Maßstab jedes Grundrechts durchgeführt werden und den Anforderungen beider genügen.

2. Mittelbare Benachteiligung

Keine Probleme der Grundrechtskonkurrenz oder Grundrechtskollision stellen sich im Bereich der mittelbaren Benachteiligung. Rechtsnormen, die nicht an das Merkmal Geschlecht anknüpfen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG. Einschlägig ist damit allein das Dominierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 GG. Dessen Schutz erstreckt sich allein auf Frauen, so daß Männer vor mittelbarer Benachteiligung zu ihren Lasten verfassungsrechtlich nicht geschützt sind.

3. Frauenfördermaßnahmen

Schwierig gestaltet sich das Verhältnis beider Vorschriften aber für den Typ von Normen, die das Merkmal Geschlecht verwenden, um den Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG zu fördern. Frauenfördermaßnahmen, insbesondere Quotenregelungen, fallen in diese Kategorie. Hier widersprechen sich die Schutzzwecke der beiden Grundrechte: was der Verwirklichung des einen dient, läuft dem des anderen zuwider. Bevor man aber vorschnell auf verschiedene Abwägungsgesichtspunkte zur Lösung eines Grundrechtskon-

248 Vgl. dazu Bleckmann, S. 391 ff.; Schwabe, S. 324 ff.
249 Siehe zur dogmatischen Struktur des Gleichberechtigungsgrundsatzes oben S. 349 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

flikts zusteuert, muß zunächst geklärt werden, ob es überhaupt zur Kollision kommt. Es entspricht den Grundprinzipien grundrechtsdogmatischen Arbeitens, den ersten Anschein eines Grundrechtskonflikts zunächst näher daraufhin zu überprüfen, ob wirklich beide Normen einschlägig und maßgeblich sind.[250] Da sowohl Art. 3 Abs. 2 als auch Art. 3 Abs. 3 GG sich mit dem Verhältnis der beiden Geschlechter zueinander befassen, liegt es nahe zu untersuchen, ob in diesem Bereich eine der beiden Vorschriften spezieller ist. Aus Wortlaut und Systematik lassen sich für die Frage, ob oder welches der beiden Grundrechte spezieller sein könnte, keine zwingenden Folgerungen ableiten.

Zugunsten eines Vorrangs des Art. 3 Abs. 3 GG könnte die systematische Stellung angeführt werden. Es könnte darauf hingewiesen werden, daß der Absatz 2 des Artikels 3 spezieller ist als dessen Absatz 1, so daß es naheliegen könnte, weiter zu schließen, daß auch Absatz 3 spezieller sein müsse als Absatz 2. Absatz 3 könnte bestimmte der nach Absatz 2 zulässigen Mittel ausschließen. Im Ergebnis ließe sich dann vertreten, daß im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 GG vielfältige Maßnahmen der Frauenförderung zulässig seien, verboten seien wegen Absatz 3 aber diejenigen, die nach dem Merkmal Geschlecht differenzieren.[251]

Umgekehrt ließe sich zugunsten einer Spezialität von Absatz 2 vorbringen, daß unter dem Gesichtspunkt der systematischen Stellung die »wichtigere« Vorschrift zuerst genannt würde. Während Art. 3 Abs. 3 GG die Bevorzugung und Benachteiligung aufgrund einer Vielzahl von Merkmalen untersagt, findet sich für eines dieser Merkmale – das Geschlecht – eine weitere Vorschrift im Grundgesetz. Darin könnte zum Ausdruck kommen, daß der Verfassung die Regelung der Geschlechterdiskriminierung durch das in Absatz 3 ausgesprochene Verbot – welches das Geschlecht wie ein Merkmal unter anderen behandelt – nicht ausreichte, so daß im Hinblick auf das Verhältnis von Männern und Frauen das Grundgesetz eine besondere Problemlage sah, für die eine spezifische, allein auf dieses Verhältnis bezogene Regelung getroffen werden sollte. Damit wäre Art. 3 Abs. 2 GG als die speziellere Vorschrift anzusehen.

Weder die Rechtsprechung noch das rechtswissenschaftliche Schrifttum haben sich bisher mit der Frage einer Spezialität des Gleichberechtigungssatzes befaßt. Sie hatten dazu auch keinen Anlaß, da sie Art. 3 Abs. 2 und Art. 3

250 Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 384; Schwabe, S. 324.
251 In diesem Sinne Sachs, Frauenquoten, S. 554 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Abs. 3 GG, soweit dort das Merkmal Geschlecht genannt wird, für gleichbedeutend halten.[252] Bei identischen Vorschriften kann über das Verhältnis der Vorschriften zueinander nichts mehr ausgesagt werden. Dennoch deutet sich auch bei der herrschenden Meinung an, daß der Gleichberechtigungssatz als die »wichtigere«, das Verhältnis von Männern und Frauen regelnde Vorschrift angesehen wird.

Dies zeigt sich zunächst daran, daß die Diskussion um Fragen der Gleichberechtigung als relevante verfassungsrechtliche Vorschrift primär, meist sogar allein Art. 3 Abs. 2 GG erwähnt. Dies gilt für die fünfziger Jahre[253] ebenso wie für die heutige Gleichberechtigungsdebatte.[254] In den verfassungsrechtlichen Kommentaren finden sich die Ausführungen zu den Problemen, die das Verhältnis von Männern und Frauen betreffen, durchgängig unter Art. 3 Abs. 2 GG eingeordnet, während unter Absatz 3 nur eine kurze Bemerkung auf sie verweist.[255] Schließlich bezieht sich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Gleichberechtigungsrechtsprechung sehr viel häufiger auf Art. 3 Abs. 2 als auf Art. 3 Abs. 3 GG. Während es keine einzige das Merkmal Geschlecht betreffende Entscheidung gibt, die allein Absatz 3 als Kontrollmaßstab nennt,[256] gibt es zahlreiche Entscheidungen, die allein den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG prüfen.[257] Seit der Hausarbeitstags-Entscheidung aus dem Jahre 1979[258] wird in den Entscheidungen, die nach dem Geschlecht differenzierende Normen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen hatten, überhaupt nur noch eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG festgestellt.[259]

Auch inhaltlich dominiert Art. 3 Abs. 2 GG die - identische - Behandlung von Fragen der Gleichbehandlung der Geschlechter. Für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dies im 1. Kapitel ausführlich dokumentiert worden. Die Fragen, die sich das Bundesverfassungsgericht bei nach dem Geschlecht differenzierenden Normen stellte, waren andere, und sie führten zu anderen Lösungen als die Behandlung der sonstigen, in Ab-

252 Einzige Ausnahme stellt insoweit wieder Slupik dar, die mit ihrer Deutung des Gleichberechtigungssatzes als kollektivrechtlichem Förderungsgebot sich zwar nicht zur Spezialität äußert, aber ein Überwiegen des Art. 3 Abs. 2 GG über Art. 3 Abs. 3 GG annimmt.

253 Vgl. statt vieler: Dürig, Art. 3 II.

254 Vgl. statt vieler: Hofmann, Gleichberechtigungsgebot (1).

255 Dürig, M/D/H/S; Starck, vM/K/S; Gubelt, vM-GG; Stein, AK-GG.

256 Nachweise und genaue tabellarische Aufschlüsselung bei Slupik, Parität, S. 138.

257 Zum Beispiel BVerfGE 19, 76; 26, 44; 26, 265; 31, 1; 48, 327.

258 BVerfGE 52, 369.

259 BVerfGE 65, 363; 57, 335; 63, 181; 68, 384; 71, 224; 74, 163 (S. 179 erwähnt aber, daß Art. 3 Abs. 3 GG gleichbedeutend sei).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

satz 3 genannten Merkmale: dies gilt schon im Hinblick auf die Formel von den objektiven biologischen und funktionalen Unterschieden[260] und erst recht, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Verfassungsgebot ableitet, der Unterbewertung der Hausfrauenarbeit ein Ende zu setzen, oder betont, der Gleichberechtigungssatz sei umfassend angelegt und wolle für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen.[261] Soweit die Literatur - dem Weg des Bundesverfassungsgerichts folgt,[262] trifft dieser Befund selbstverständlich auch auf sie zu. Und die Juristinnen und Juristen, die sich um einen - freilich begrenzten - Neuansatz in der Interpretation bemühen, weisen allein Art. 3 Abs. 2 GG zusätzliche Bedeutungsschichten zu, die über den mit Art. 3 Abs. 3 GG gemeinsamen Gehalt als subjektiv-rechtliches Differenzierungsverbot hinausgehen.[263]

In Anbetracht dessen, daß die ganz herrschende Meinung eigentlich von der Identität beider Vorschriften ausgeht, finden sich erstaunlich viele Anzeichen dafür, daß ganz überwiegend der Gleichberechtigungssatz als die wichtigere Vorschrift für das Verhältnis von Männern und Frauen angesehen wird. Auch damit ist freilich allenfalls ein Indiz für die Spezialität des Gleichberechtigungssatzes gewonnen. Abschließende Klärung können erst weitere Überlegungen bringen.

Abzustellen ist auf den Schutzzweck, mit dem diese Vorschriften ins Grundgesetz aufgenommen wurden. Hier zeigt sich nun, daß die theoretisch in sich schlüssige Konzeption, die Art. 3 Abs. 3 GG Vorrang zuweist und alle Frauenförderungsmaßnahmen, die an das Merkmal Geschlecht anknüpfen, für verfassungsrechtlich unzulässig hält, der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung, deretwegen diese Vorschriften überhaupt ins Grundgesetz aufgenommen wurden, zuwiderläuft. Freilich hat der Parlamentarische Rat nicht über Quotenregelungen nachgedacht. Aber klar war, daß die Lage der Frauen verbessert werden sollte. Im Parlamentarischen Rat wurde allein die Gleichstellung der Frauen diskutiert, um den Schutz der Männer ging es nicht. Im Gegenteil: Frauen begünstigende Vorschriften sollten nach einhelliger Ansicht weiterhin verfassungsgemäß sein.[264] Zu keinem Zeitpunkt wur-

260 Ausführlich dazu oben S. 28 ff.

261 Ausführlich dazu - sowie zu weiteren im Rahmen anderer Merkmale nicht vorstellbaren Argumentationslinien - oben S. 69 ff.

262 Zu dieser ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur oben S. 135 f.

263 Zum Beispiel Friauf, Verfassungsauftrag, S. 10; Garbe-Emden, Gleichberechtigung, S. 81 ff.; Hofmann, Entwicklung der Gleichberechtigung, S. 27 f.; Pfarr, Quoten, S. 34 f; a.A. K. Lange, Frauenquoten, S. 1175 f.

264 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte oben S. 323 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

de im Parlamentarischen Rat auch nur angedeutet, daß Art. 3 Abs. 3 GG verfassungsrechtliche Grenzen für die Durchsetzung der Gleichberechtigung enthalten könnte. In den fünfziger Jahren war die Erinnerung daran noch lebendig, und es wurde vielfach betont, daß der Gleichberechtigungssatz der Anhebung der Stellung der Frau dienen sollte.[265] Auch das Bundesverfassungsgericht hat die besondere Schutzrichtung des Gleichberechtigungssatzes für Frauen ausdrücklich erwähnt[266] und ihr - wie gezeigt[267] - in der Praxis Rechnung getragen.

Hinsichtlich von Maßnahmen, die auf die Verbesserung der Lage der Frau zielen, ist somit Art. 3 Abs. 2 GG die speziellere Vorschrift gegenüber Art. 3 Abs. 3 GG. Vorschriften, die den Schutzzweck des Gleichberechtigungssatzes zu verwirklichen suchen, unterfallen somit nicht den in Art. 3 Abs. 3 GG aufgestellten Bindungen. Frauenfördermaßnahmen, die darauf gerichtet sind, den Frauen bisher verschlossene Möglichkeiten im beruflichen Leben zu eröffnen, zielen auf eine solche Verwirklichung des Schutzzweckes des Gleichberechtigungssatzes. In diesem Bereich tritt Art. 3 Abs. 3 GG als subsidiäre Norm zurück.

Dies läßt Männer freilich nicht vollkommen schutzlos gegenüber jeglicher Art von Frauenfördermaßnahmen. Art. 3 Abs. 2 GG kann Spezialität nur so weit beanspruchen, wie sein Schutzzweck reicht. Daraus ergeben sich Grenzen der Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen in dreifacher Hinsicht.[268]

1. Es sind nicht beliebige Bevorzugungen von Frauen mit dem Grundgesetz vereinbar. Die begünstigenden Regelungen müssen sich am Schutzzweck des Gleichberechtigungssatzes ausrichten und ausweisen. Sie müssen also darauf zielen, der Frau Alternativen zur traditionellen Rolle zu eröffnen, die ihr bisher - tatsächlich oder rechtlich - nicht zugänglich waren. So wären beispielsweise Quotenregelungen in Bereichen unzulässig, in denen bisher überwiegend Frauen beschäftigt waren, in die jetzt aber Männer drängen. Besitzstandswahrung ist kein zulässiger Zweck von Frauenfördermaßnahmen. Ebenfalls unzulässig wären Regelungen, die die Frau in ihrer traditionellen

265 Siehe oben S. 117.
266 BVerfGE 74, 163, 179.
267 Ausführlich oben S. 50 ff.
268 Im Ergebnis ähnelt diese Bestimmung der Schranken zulässiger Frauenfördermaßnahmen den vom Supreme Court der Vereinigten Staaten bei der Überprüfung von affirmative action-Programmen im Bereich des Arbeitslebens am Maßstab von Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes von 1964 verwendeten Kriterien. Der Supreme Court hatte sie in der *Weber-Entscheidung* (443 U.S. 193 (1979)) entwickelt und in der *Johnson*-Entscheidung (107 S. Ct. 1442 (1987) bestätigt; ausführlich dazu oben S. 248.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rolle bevorzugen; etwa wenn ein staatliches Erziehungsgeld - nach der Zeit des medizinisch indizierten Mutterschutzes[269] - allein Frauen, nicht aber Männern zustünde, die Kleinkinder betreuen.
2. Auch in zeitlicher Hinsicht ergeben sich Schranken der Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen. Offensichtlich gibt es keine Rechtfertigung für Quotenregelungen mehr, wenn sich die gesellschaftliche Lage so verändert hat, daß Männer nicht mehr als das dominierende Geschlecht anzusehen sind. Dann läuft das Dominierungsverbot leer[270] und hat keinen Schutzzweck mehr, der eine Spezialität gegenüber Art. 3 Abs. 3 GG begründen könnte.
Deshalb sind Frauenfördermaßnahmen, auch bezogen auf einen konkreten Bereich, nur vorübergehend zulässig. Sobald Frauen und Männer (annähernd) gleichmäßig in einem Berufszweig vertreten sind, entfällt die Berechtigung zu Quotenregelungen.
3. Schließlich ist das Ausmaß, in dem Frauen gefördert werden dürfen, beschränkt. Auch diese Schranke läßt sich aus dem Schutzzweck des Gleichberechtigungssatzes ableiten. Das Dominierungsverbot ist besonderer Gleichheitssatz.[271] So ergibt sich eine Obergrenze der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen. Gleicher als Männer dürfen Frauen unter Berufung auf den Gleichberechtigungssatz nicht werden. Bezogen auf Quotenregelungen bedeutet dies, daß die Höhe der Quote nie 50% übersteigen darf.

Abgesehen von diesen aus dem Schutzzweck des Gleichberechtigungssatzes abgeleiteten Grenzen ist der Staat aber frei, Frauenfördermaßnahmen zu ergreifen. Im Ergebnis sind daher alle bisher ernsthaft diskutierten Formen von Quotenregelungen zulässig. Soweit ersichtlich hat noch niemand eine über 50% hinausgehende Quotenregelung vorgeschlagen; auch wird die Einrichtung von Quotenregelungen nur in Bereichen angestrebt, in denen Frauen eklatant unterrepräsentiert sind.[272]

269 Für diesen mögen im Hinblick auf Art. 6 Abs. 4 GG besondere Voraussetzungen gegeben sein. Diese Frage soll hier nicht abschließend geklärt werden.
270 Dazu oben S. 360 f.
271 Ausführlich zur dogmatischen Struktur oben S. 349 ff.
272 Ob den oben entwickelten Grenzen jemals praktische Bedeutung zukommen wird, erscheint mehr als zweifelhaft, überträgt man Elys für die Rassendiskriminierung entwickelten Gedanken: in der Mehrheit sind es Männer, die über die Einführung von Quotenregelungen entscheiden; es ist daher unwahrscheinlich, daß sie die Interessen ihrer Geschlechtsgenossen so gravierend hintansetzen würden; ausführlich zu Elys Position oben S. 279 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC

Die Aussage, Quotenregelungen seien grundsätzlich verfassungsgemäß, beantwortet nicht die Frage, ob sie politisch wünschbar sind. Darüber, ob Quotenregelungen sinnvoll sind, kann man sich mit guten Argumenten streiten.[273] Entscheidend ist aber, daß es dabei um eine politische Frage geht, die als solche auch dem politischen Prozeß zur Lösung überantwortet werden muß. Es fällt in den Gestaltungsspielraum der demokratisch legitimierten und rückgebundenen Instanzen, insbesondere des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden. Die Verfassung setzt der Zulässigkeit von Quotenregelungen nur äußerste Grenzen. Unter Berufung auf das Grundgesetz läßt sich die Frage, ob man Quotenregelungen politisch will, nicht beantworten.

273 Zu einigen Aspekten, die in der Bundesrepublik als solche »politischen Argumente« einzustufen wären, ausführlicher in der Skizze der amerikanischen Diskussion, oben S. 266 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Nachtrag:
Die Entwicklung seit 1991

Die tatsächliche Lage der Frauen hat sich in den letzten fünf Jahren nur wenig geändert. Zwar hat sich ihre Repräsentanz im politischen Bereich etwas verbessert. Frauen stellen inzwischen etwa ein Viertel der Abgeordneten[1], und in den Regierungen sind im Schnitt zwei Ministerinnen vertreten[2]. Von paritätischer Besetzung ist die Politik jedoch noch weit entfernt. Auch in anderen Bereichen finden sich auf Führungspositionen im wesentlichen Männer. Dies gilt für Wissenschaft[3] und Medien ebenso wie für die Wirtschaft[4]. Im Erwerbsleben sind Frauen mit den Folgen des geschlechtssegregierten Arbeitsmarktes konfrontiert, herrschen in den unteren Rängen mit geringerem Status und Verdienst vor, sind länger und häufiger arbeitslos[5]. Dies haben insbesondere die Frauen in den neuen Bundesländern zu spüren bekommen. Dort liegt die Arbeitslosenquote der Frauen fast doppelt so hoch wie die der Männer[6]. Frauen erzielen etwa 73% des Einkommens, das Männer verdienen[7]. In der Justiz nehmen Richterinnen zwar inzwischen im Eingangsamt einen starken Anteil ein, in höheren Positionen fehlen sie aber auch dort[8]. Freilich gibt es eine Ausnahme. Im Bundesverfassungsgericht stellen Frauen derzeit mit fünf Richterinnen 31,25%, und seit 1994 steht erstmals eine Frau an der Spitze des Gerichts[9].

1 Im Deutschen Bundestag waren 1993 20,5% Abgeordnete weiblich, in den Länderparlamenten zwischen 11% und 36,3%, BMFSFJ-Bericht, S. 19.
2 In den sechzehn Landesregierungen stehen 38 Frauen an der Spitze eines Ministerium, BMFSFJ-Bericht, S. 19. Auch die Bundesregierung liegt inzwischen wieder im Schnitt. Waren noch 1994 vier Ministerinnen von achtzehn Ministern weiblich (BMFSFJ-Bericht, S. 19), sind derzeit nur noch zwei Ministerinnen (Merkel, Nolte) im Bundeskabinett vertreten.
3 Von 30981 Professoren in Deutschland sind 1760, also 5,7%, weiblich, Statistisches Jahrbuch 1995, S. 406. Der Anteil von Frauen an C4-Professoren beträgt sogar nur 2,6%, Limbach, Frauen in der Wissenschaft, S. 3; vgl. zur Situation der Wissenschaftlerinnen auch: Wetterer, Neuland; dies., Rhetorische Präsenz; Schultz, Geschlecht.
4 Von Friesen, DJB-Gleichstellungskommissionsbericht, S. 1 f.
5 Vgl. BMFSFJ-Bericht, S. 38 f.
6 Die Arbeitslosenquote der Frauen betrug im Juni 1994 21,3 %, die der Männer 10,4%, BMFSFJ-Bericht, S. 39.
7 BMFSFJ-Bericht, S. 38.
8 Frauen machen 39% der Richter und Staatsanwälte auf Probe, doch nur 7% in den Besoldungsgruppen R 2 und höher aus (Stand: 1991), Hassels/Hommerich, DRiZ, S. 432; im einzelnen dazu: Hassels/Hommerich, Studie.
9 Limbach (Präsidentin), Graßhof, Seibert, Jaeger, Haas.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das Schlagwort der Vereinbarkeit von Familie und Beruf[10] ist zwar in aller Munde, nimmt aber in der praktischen Politik eine geringe Priorität ein. Dies zeigt etwa die Diskussion um den Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz. Durch ein Bundesgesetz aus dem Jahre 1992 wurde Kindern vom vollendeten dritten Lebensjahr an ab dem 1. Januar 1996 ein Kindergartenplatz zugesichert[11]. Doch kaum erlassen, geriet dieser Anspruch bereits in Zweifel. Inzwischen ist er bis 1999 durch eine Stichtagsregelung begrenzt[12]. Zudem enthält das Gesetz keine nähere Bestimmung dessen, was unter einem Kindergartenplatz zu verstehen ist. So müssen Kindergartenplätze weder ortsnah noch für eine Mindestbetreuungszeit zur Verfügung stehen. Manche Kommunen gehen daher dazu über, bisherige Ganztagesplätze in zwei Halbtagesplätze umzuwandeln, wobei etwa eine Betreuungszeit von 8-12 Uhr noch nicht einmal die Aufnahme einer Halbtagesstelle für die Mutter ermöglicht. Außerdem bauen viele Kommunen die bisher schon bei weitem nicht ausreichenden Kinderkrippen- und Kinderhortplätze ab, um die Ressourcen für den Ausbau der Kindergärten – denn nur auf diese besteht ein Rechtsanspruch – nutzen zu können. Statt als vordringliche gesellschaftliche Aufgabe wird Kinderbetreuung in der Bundesrepublik weiterhin in erster Linie als Privatsache angesehen. Im Vergleich zu den europäischen Nachbarländern stehen berufstätige Mütter in Deutschland wesentlich schlechter da[13].

Wenn auch die Ausgangslage kurz vor der Jahrtausendwende noch von der Benachteiligung von Frauen in vielfacher Hinsicht gekennzeichnet ist, hat die Frauenpolitik auf der Ebene des Rechts in den letzten fünf Jahren doch beträchtliche Erfolge erzielt. Die Gleichberechtigungsgarantie im Grundgesetz wurde durch die Aufnahme des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verstärkt, und viele Landesverfassungen enthalten Vorschriften, die die Durchsetzung der Gleichberechtigung verlangen[14]. Der Bund hat das 2. Gleichberechtigungsgesetz erlassen[15]. Auch in der weit überwiegenden Mehrzahl von Bundesländern bestehen inzwischen Gesetze zur Förderung der tatsächlichen Gleichberechtigung,

10 Vgl. dazu Schiek, Vereinbarkeit; Körner-Dammann, Erwerbs- und Familienstrukturen.
11 Art. 5 Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs vom 27. Juli 1992, BGBl. I S. 1398.
12 § 24 a Achtes Buch Sozialgesetzbuch i.d.F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom 15.12.1995, BGBl. I S. 1775.
13 Vgl. Schiek, Vereinbarkeit, S. 519; Schunter-Kleemann, Familienpolitik.
14 Art. 6 Abs. 2 Verf. Berlin; Art. 12 Abs. 3 Satz 2 Verf. Brandenburg; Art. 13 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; Art. 8 Verf. Sachsen; Art. 34 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 6 Verf. Schleswig-Holstein; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verf. Thüringen.
15 Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen vom 24. 6. 1994, BGBl. I S. 1406.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

so etwa in Berlin[16], Brandenburg[17], Bremen[18], Hamburg[19], Hessen[20], Mecklenburg-Vorpommern[21], Niedersachsen[22], Nordrhein-Westfalen[23], Rheinland-Pfalz[24], Saarland[25], Sachsen[26], Sachsen-Anhalt[27] und Schleswig-Holstein[28]. Zwar bleiben manche dieser Gesetze weit hinter den von vielen frauenpolitisch Engagierten als notwendig angesehenen Forderungen zurück; insbesondere das 2. Gleichberechtigungsgesetz des Bundes scheint wenig Effektivität zu versprechen[29]. Doch machen sie deutlich, daß die Gesetzgeber in Bund und Ländern weiterhin ein erhebliches Gleichberechtigungsdefizit annehmen. Inwieweit diese Gesetze zu spürbaren Verbesserungen für Frauen führen werden, kann derzeit noch nicht beurteilt werden. Ihre Wirksamkeit wird sich erst in den kommenden Jahren beweisen müssen.

Im folgenden soll untersucht werden, wie sich die verfassungsrechtliche Lage in den letzten fünf Jahren geändert hat. Nach einem Blick über den Ozean auf die aktuellen Entwicklungen in den Vereinigten Staaten von Amerika (A.) soll die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichberechtigung analysiert werden (B.). Sodann wird geprüft, wie der neue Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zu interpretieren ist (C.), um schließlich die Konsequenzen der

16 Landesgleichstellungsgesetz (bis 24.4.1993: Landesantidiskriminierungsgesetz) vom 31.12. 1990, GVBl. 1991 S. 8, geändert durch Gesetz vom 13.4.1993, GVBl. S. 184, Gesetz vom 21.6.1994, GVBl. S. 182 und Gesetz vom 26.1.1995, GVBl. S. 26.

17 Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst im Land Brandenburg vom 4.7.1994, GVBl. I S. 254.

18 Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen vom 20.11.1990, GVBl. S. 433.

19 Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im hamburgischen öffentlichen Dienst vom 19.3.1991, GVBl. I S. 75.

20 Hessisches Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung vom 21.12.1993, GVBl. I S. 729.

21 Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 18.2.1994, GVBl. S. 343.

22 Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz vom 15.6.1994, GVBl. S. 246.

23 Gesetz zur Förderung der beruflichen Chancen für Frauen im öffentlichen Dienst vom 31.10.1989, GVBl. S. 567.

24 Landesgleichstellungsgesetz vom 11.7.1995, GVBl. S. 209.

25 Gesetz zur Förderung von Frauen und zur Änderung sonstiger dienstrechtlicher Vorschriften vom 10.5.1989, ABl. S. 977.

26 Gesetz zur Förderung von Frauen und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf im Öffentlichen Dienst des Freistaates Sachsen vom 31.3.1994, GVBl. S. 684.

27 Gesetz zur beruflichen Förderung von Frauen im öffentlichen Dienst des Landes Sachsen-Anhalt vom 7.12.1993, GVBl. S. 734, geändert durch Gesetz vom 27.6.1994, GVBl. S. 762.

28 Gesetz zur Gleichstellung der Frauen im öffentlichen Dienst vom 13.12.1994, GVBl. S. 562.

29 Deutscher Bundestag, Ausschuß für Frauen und Jugend, Öffentliche Anhörung; vgl. auch Pfarr, 2. Gleichberechtigungsgesetz; Mauer, 2. Gleichberechtigungsgesetz; Plett, Ein Generationensprung?; Battis/Eisenhardt, Gleichberechtigung; zur Kritik der Vorschriften über sexuelle Belästigung insbesondere Baer, Würde.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verfassungsänderung für die Beurteilung von Quotenregelungen zu ziehen (D.).

A. *Die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court seit 1991*

Die politische Stimmung ist in den Vereinigten Staaten von Amerika derzeit gegen affirmative action eingestellt. Die »angry white men« machen mobil. In Kalifornien sollen affirmative action-Programme durch ein Volksbegehren verboten werden[30]. Die Republikaner haben sich die Abschaffung aller affirmative action-Programme zum Ziel gesetzt. Präsident Clinton hält zwar noch in gewissem Umfang dagegen, hat aber selbst eine Überprüfung der bisher bestehenden affirmative action-Programme angekündigt. Auch Frauenpolitik leidet unter dem »backlash«[31]. In diesem Klima kommt dem Umstand, wie sich das Oberste Gericht der Vereinigten Staaten zu affirmative action verhält, große Bedeutung zu.

Seit Mitte der achtziger Jahre hat sich die Besetzung des Supreme Court stark verändert. Die Präsidenten Reagan und Bush konnten zwischen 1986 und 1991 vier der neun Richter ernennen[32]. Eine stärker konservative Ausrichtung des Supreme Court war die Folge[33]. Trotzdem hatten 1990 in der *Metro Broadcasting*-Entscheidung – zur großen Überraschung – noch die affirmative action-Befürworter gesiegt[34]. Doch bei der nächsten affirmative action-Entscheidung waren die Richter Brennan und Marshall, die bisher tragend für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von affirmative action gekämpft hatten, nicht mehr dabei[35]. Zwar war der erste schwarze Richter des Supreme Court, Marshall, wiederum durch einen schwarzen Richter, Thomas, ersetzt worden[36]. Doch zwischen ihren politischen Grundauffassungen liegen Wel-

30 Durch die Unterstützung des Governor Pete Wilson haben die Initiatoren des Volkbegehrens wohl das notwendige Quorum von Unterschriften erreicht, International Herald Tribune vom 14.2.1996, S. 3.

31 So der Titel des Buches von Susan Faludi.

32 Antonin Scalia, Anthony M. Kennedy, David H. Souter und Clarence Thomas; zudem wurde William Rehnquist neuer Chief Justice.

33 Eine Beschreibung der ersten fünf Jahre des »Rehnquist Court« gibt Savage, Turning Right.

34 Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission, 110 S.Ct. 2997 (1990), dazu oben S. 260 f.

35 Außerdem waren inzwischen die Richter White und Blackmun durch Richterin Ginsburg und Richter Breyer ersetzt worden.

36 Thomas wurde mit der knappsten Mehrheit bestätigt, die es je bei der Ernennung eines Richters am Supreme Court gab. Ausschlaggebend dafür war freilich nicht seine politische Haltung, sondern die Konfrontation mit Anita Hill. Professorin Hill, eine frühere Mitarbeiterin von Thomas, warf ihm sexuelle Belästigung vor. Die darauf folgende Anhörung führte nicht zu einer abschließenden Klärung: Aussage stand gegen Aussage. Die Geschichte von Thomas Ernennung beschreibt anschaulich Savage, Turning Right, S. 423 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten. Während Marshall affirmative action als notwendige Maßnahme zur Überwindung der Fortwirkung der Diskriminierung der Schwarzen ansah, verurteilt Thomas sie als genauso »schädlich« wie Diskriminierung, die auf böswilligen Vorurteilen beruht[37]. Nach diesem Richterwechsel konnte daher kaum überraschen, daß die 1995 ergangene Entscheidung *Adarand Constructors v. Pena*[38] die *Metro Broadcasting*-Entscheidung teilweise aufhebt[39].

Adarand Constructors betraf folgenden Fall: Eine Bundesbehörde hatte den Auftrag zum Bau einer Straße an das Unternehmen Mountain Gravel & Construction Co. vergeben. Mountain Gravel suchte einen Subunternehmer für einen Teil des Auftrags. Das günstigste Angebot übermittelte die Firma Adarand Constructors. Trotz ihres höheren Angebots wurde der Firma Gonzalez der Auftrag erteilt. Denn laut Vertrag zwischen Mountain Gravel und der Straßenbaubehörde erhielt das Unternehmen Mountain Gravel zusätzliche staatliche Mittel, wenn es als Subunternehmer Firmen beschäftigte, die als »kleines, von sozial und ökonomisch benachteiligten Personen kontrolliertes Unternehmen« anerkannt waren. Bundesrecht verlangt, daß eine solche Klausel in die meisten Verträge über die Vergabe öffentlicher Aufträge aufgenommen wird, und sieht darüber hinaus vor, daß als sozial und ökonomisch benachteiligte Personen Angehörige bestimmter ethnischer Gruppen, wie etwa schwarze oder hispanische Amerikaner, anzusehen sind. Andere Personen müssen die Voraussetzungen im einzelnen nachweisen.

Für die Billigung des affirmative action-Programms in *Metro-Broadcasting* war tragend, daß Akte des Bundesgesetzgebers in der Tradition der *Fullilove*-Entscheidung nicht dem schärfsten verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstab zu unterwerfen sind. Auf Akte der Einzelstaaten wird dagegen seit *Croson* aus dem Jahr 1989 strict scrutiny[40] angewendet. *Adarand Constructors* verwirft diesen Unterschied zwischen Bund und Einzelstaat. Der Gerichtshof spricht sich mit 5:4 Stimmen dafür aus, daß affirmative action immer dem strict scrutiny-Standard genügen müsse[41]. Richterin O'Connor, die im wesentlichen die Auffassung des Gerichts darlegt, hebt jedoch ausdrücklich darauf ab, daß der Satz »strict in theory, but fatal in fact« nicht zutreffe[42]. Insoweit spricht sie

37 Adarand Constructors v. Pena, 115 S.Ct. 2097 (1995), S. 2119; vgl. auch die concurring opinion von Thomas in Missouri v. Jenkins, 115 S.Ct. 2038 (1995), S. 2061 ff.

38 115 S.Ct. 2097 (1995).

39 Der Supreme Court spricht ausdrücklich davon, daß Metro Broadcasting teilweise »overruled« sei, S. 2113. Mit einer Entscheidung vom gleichen Tag hob der Supreme Court bestimmte Anweisungen eines District Court zur Überwindung der (tatsächlichen) Rassentrennung in den Schulen auf, Missouri v. Jenkins, 115 S.Ct. 2038 (1995).

40 Zur Bedeutung der »strict scrutiny« oben S. 211 ff.

41 S. 2106 ff.

42 Mit diesem vielzitierten Satz war in der Literatur ausgedrückt worden, daß eigentlich keine Maßnahme dem strict scrutiny-Standard genügen könne, siehe oben S. 211.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zwar nicht für die Mehrheit des Gerichts[43], aber ohne ihre Stimme hätte den affirmative action-Gegnern die Mehrheit gefehlt. Das der Entscheidung zugrundeliegende affirmative action-Programm wird daher nicht abschließend beurteilt, sondern das Verfahren wird unter Beachtung des neuen Prüfungsmaßstabes an den Court of Appeals zurückverwiesen.
Die *Adarand Constructors*-Entscheidung wurde in der deutschen Presse teilweise als »Grundsatzurteil«[44] gekennzeichnet, nach dem das endgültige Aus für affirmative action unmittelbar bevorstehe[45]. Eine solche Einschätzung ist jedoch überzogen. *Adarand Constructors* betrifft allein affirmative action aufgrund von Akten des Bundes und unterwirft diese denselben Kriterien, die für die Einzelstaaten bereits gelten. Sie macht zwar deutlich, daß im Supreme Court erhebliche Zweifel gegenüber der Zulässigkeit von affirmative action bestehen. Sie stellt aber auch klar, daß – jedenfalls nach Auffassung von Richterin O'Connor als entscheidender »swing vote« – die Anwendung des strict scrutiny-Maßstabes nicht notwendigerweise zur Verfassungswidrigkeit von affirmative action führt. Auch nach *Adarand Constructors* ist affirmative action in den USA unter bestimmten Bedingungen verfassungsmäßig[46]. Wie sich die Rechtsprechung des Supreme Court weiterentwickeln wird, bleibt abzuwarten[47].

B. *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit 1991*

Während die eine relevante Entscheidung des U.S. Supreme Court seit 1991 lediglich marginale Veränderungen mit sich brachte, hat sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den letzten fünf Jahren entscheidend gewandelt. Vor 1992 war eine neue – die dritte – Phase der Rechtsprechung lediglich in Ansätzen erkennbar. Inzwischen wurde sie entfaltet. Das Bundesverfassungsgericht hat die Defizite tatsächlicher Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen erkannt und zur Grundlage seiner Entscheidungen gemacht. Dabei ging es über eine bloße Modifizierung der bisherigen Rechtsprechung hinaus.

43 Sie spricht in den entscheidenden Teilen für das Gericht, »außer insoweit, als es mit den Ansichten in der concurrence von Richter Scalia nicht übereinstimmt« (S. 2101). Dieser stellt klar: »In my view, government can never have a ›compelling interest‹ on the basis of race in order to ›make up‹ for past racial discrimination in the opposite direction« (S. 2118).
44 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.6.1995, S. 7.
45 Mit dieser Tendenz auch Süddeutsche Zeitung vom 14./15.6.1995, S. 1; Die Zeit vom 23.6.1995, S. 6.
46 Näher zu diesen Bedingungen siehe oben S. 238 ff.
47 In diese Richtung geht auch die Analyse der New York Times vom 14.6.1995, S. 1 und 17.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bis 1991 war das dogmatische Gerüst der Entscheidungen zu Art. 3 Abs. 2 GG konstant geblieben[48]. Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG (soweit das Merkmal Geschlecht betroffen ist) wurden als gleichbedeutend angesehen. Differenzierungen zwischen Männern und Frauen wurden nur dann für verfassungsgemäß gehalten, wenn sie auf objektive biologische und/oder funktionale Unterschiede zurückzuführen waren. Zwar machte die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch in den ersten vierzig Jahren erheblichen Veränderungen durch[49]. Doch schlugen sich diese veränderten Sichtweisen des Gleichberechtigungssatzes dogmatisch nur insoweit nieder, als die objektiven biologischen und funktionalen Unterschiede enger oder weiter verstanden wurden. Das Bundesverfassungsgericht verwickelte sich dadurch in erhebliche Widersprüche und konnte dogmatisch nicht überzeugen[50].
Erstmals in der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot vom 28. Januar 1992[51] verließ das Bundesverfassungsgericht die ausgetretenen dogmatischen Bahnen. Indem es einen Unterschied zwischen Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG anerkannte, stellte es neue Weichen. Das neue dogmatische Gerüst wurde in der – nach der Verfassungsänderung ergangenen – Entscheidung zur Feuerwehrabgabe[52] weiter ausgeformt. Danach wird die Prüfung von an das Geschlecht anknüpfenden differenzierenden Regelungen in erster Linie am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 GG vorgenommen[53]. Solche Regelungen sind mit Art. 3 Abs. 3 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind[54]. Art. 3 Abs. 2 GG enthalte daneben keine weitergehenden oder speziellen Anforderungen. Sein über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichender Regelungsgehalt bestehe darin,

48 Auch die Entscheidung zum Namensrecht vom 5. März 1991 (BVerfGE 84, 9, 17 ff.) wandte noch das alte Prüfungsraster an. § 1355 BGB a.F. überließ Verlobten zwar – insoweit geschlechtsneutral – die Wahl, ob sie den Namen des Mannes oder den Namen der Frau als gemeinsamen Ehenamen wählen wollten. Trafen die beiden aber keine Bestimmung, wurde nach § 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. automatisch der Geburtsname des Mannes der Ehename. Angesichts dieser klar die Frau benachteiligenden Differenzierung zwischen den Geschlechtern hatte das Bundesverfassungsgericht keinen Anlaß, dogmatisch neue Wege zu beschreiten. Mit dem Familiennamensrechtsgesetz vom 16.12.1993 (BGBl. I S. 2054) hat der Gesetzgeber die Konsequenzen aus dieser Entscheidung gezogen; doch genügt auch dieses Gesetz nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, siehe Sacksofsky, Namensrecht.
49 Dazu oben S. 79 ff.
50 Ausführlich dazu oben S. 23 ff.
51 BVerfGE 85, 191.
52 BVerfGE 92, 91.
53 BVerfGE 85, 191, 206; 87, 1, 47; 92, 91, 109. Dies ist ein durchaus bedeutsamer Wechsel. Früher wurde immer in erster Linie und teilweise ausschließlich ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG geprüft, siehe oben S. 376.
54 BVerfGE 85, 191, 207; 92, 91, 109.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstelle und dies auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstrecke[55]. Fehle es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lasse sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren. Insoweit komme vor allem das erwähnte Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht, das den Gesetzgeber berechtige, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen[56].

Regelungen, die zwischen Männern und Frauen differenzieren, können nach dieser neueren Rechtsprechung also auf zweierlei Weise gerechtfertigt werden. Zum einen dann, wenn die Ungleichbehandlung zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist, zum anderen dann, wenn sie durch das Gleichberechtigungsgebot gerechtfertigt ist. Diese beiden Kriterien ersetzen die bisherige Rechtsprechung, die auf das Vorliegen objektiver biologischer oder funktionaler Unterschiede abstellte. Man könnte im ersten Kriterium die moderne Fassung der objektiven biologischen, im zweiten Kriterium die Fortentwicklung der funktionalen Unterschiede sehen.

Die vormalige Ausnahme der biologischen Unterschiede wird in der neuen Rechtsprechung zurückgedrängt. Indem das Gericht verlangt, daß Regelungen zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, *zwingend* erforderlich sind, verschärft es den Prüfungsmaßstab. Das Bundesverfassungsgericht unterwirft solche Regelungen einer intensiven verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Zudem wird klargestellt, daß der Gewährleistungsgehalt des Differenzierungsverbots auch bei Problemen, die eigentlich eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen rechtfertigen, nicht völlig entfällt. Nur *soweit* differenzierende Regelungen zwingend erforderlich sind, können sie vor Art. 3 Abs. 3 GG Bestand haben. Die beiden Entscheidungen, die dieses Kriterium näher zu interpretieren hatten, sahen ihre Voraussetzungen denn auch nicht als gegeben an. Weder kann die Annahme, daß bestimmte gesundheitliche Gefährdungen bei Frauen aufgrund ihrer körperlichen Konstitution im allgemeinen höher zu veranschlagen seien als bei Männern, ihren völligen Ausschluß vom Feuerwehrdienst rechtfertigen[57], noch reicht für die Begründung des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen aus, daß Kinderbetreuung tatsächlich sehr häufig von

55 In BVerfGE 83, 238, 338 f., ließ das Bundesverfassungsgericht noch offen, ob Art. 3 Abs. 2 GG eine gesonderte Berücksichtigung von Fraueninteressen in den Kontrollgremien des Rundfunks gebiete. Denn selbst wenn ein solches Gebot aus Art. 3 Abs. 2 GG abgeleitet werden könnte, wäre es Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, wie er es erfüllen wolle.

56 BVerfGE 92, 91, 109; vgl. BVerfGE 85, 191, 209.

57 BVerfGE 92, 91, 109 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frauen wahrgenommen wird. Das traditionelle Rollenverständnis wird auch dadurch, daß es vielfach noch gelebt wird, nicht zum hinreichend geschlechtsspezifischen Merkmal[58]. So erfreulich diese Klarstellung und präzisere Formulierung der Formel von den objektiven biologischen Unterschieden ist, liegt sie in der Konsequenz der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung der siebziger und frühen achtziger Jahre. Das eigentlich Neue der dritten Phase der Rechtsprechung wird durch das zweite Prüfungskriterium gekennzeichnet.

Schon vor der Verfassungsänderung hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, daß in Art. 3 Abs. 2 GG ein Verfassungsauftrag enthalten ist: Das Gleichberechtigungsgebot wolle nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Art. 3 Abs. 2 GG ziele auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müßten Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führten, dürften durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürften durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden[59]. Das Bundesverfassungsgericht knüpft damit zwar an Zitate aus alten Entscheidungen an, doch erscheinen sie nun in völlig neuem Kontext. Bis zur Nachtarbeitsentscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht die Frage, ob Art. 3 Abs. 2 GG einen solchen Verfassungsauftrag enthalte, offengelassen. Jetzt wird er nicht nur ausdrücklich anerkannt, sondern ihm wird darüber hinaus rechtfertigende Kraft gegenüber dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG zuerkannt.

Freilich ist diese grundsätzliche Anerkennung der Frauenförderung bisher nicht praktisch geworden; ihr ist nur der dogmatische Weg geöffnet. Das Bundesverfassungsgericht hatte bis jetzt keine Entscheidung zur Frauenfördermaßnahmen, die im Sinne dieses Verfassungsauftrags ergangen waren, zu treffen. Beide Entscheidungen, die dieses Kriterium überhaupt prüften, ergingen zu Regelungen, die den Zielen des Art. 3 Abs. 2 GG nicht förderlich waren. Dies gilt zum einen für das Verbot der Beschäftigung von Arbeiterinnen zur Nachtzeit nach § 19 Abs. 1 1. Alt. AZO. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schütze das Nachtarbeitsverbot zwar zahlreiche Frauen vor gesundheitsgefährdender Nachtarbeit. Dieser Schutz sei aber mit erheblichen Nachteilen verbunden: Frauen würden dadurch bei der Stellensuche benachteiligt. Arbeit, die mindestens zeitweise auch nachts geleistet werden müsse,

58 BVerfGE 85, 191, 208 ff.
59 BVerfGE 85, 191, 207.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

könnten sie nicht annehmen. Außerdem würden sie daran gehindert, über ihre Arbeitszeit frei zu disponieren und Nachtarbeitszuschläge zu verdienen. All das könne auch zur Folge haben, daß Frauen weiterhin in größerem Umfang als Männer neben einer Berufsarbeit noch mit Kinderbetreuung und Hausarbeit belastet würden und daß sich damit die überkommene Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern verfestige. Insofern erschwere das Nachtarbeitsverbot einen Abbau von gesellschaftlichen Nachteilen der Frau[60]. Auch in der Entscheidung zur Feuerwehrabgabe wird durch die angegriffene Regelung eine Verfestigung der überkommenen Rollenverteilung statt einer Durchsetzung des Gleichberechtigungsgebots in der gesellschaftlichen Wirklichkeit angenommen[61]. Die Feuerwehrabgabe wurde in manchen Bundesländern von denjenigen Feuerwehrpflichtigen erhoben, die nicht in Feuerwehren oder bestimmten anderen gemeinnützigen Einrichtungen dienten. In den angegriffenen Gesetzen waren lediglich Männer feuerwehrpflichtig, so daß auch die Feuerwehrabgabe ausschließlich von Männern erhoben wurde. Das Bundesverfassungsgericht stellt hierzu fest, daß die Feuerwehrdienstpflicht nicht auf Männer beschränkt wurde, um frauenspezifische Nachteile zu kompensieren, sondern weil Frauen nach überkommener Vorstellung für diesen Dienst als weniger geeignet galten[62].

In einer anderen Entscheidung hat der Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG freilich eine erhebliche Rolle gespielt. Eine Frau erhob Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil eines Landesarbeitsgerichts. Die Beschwerdeführerin hatte sich als einzige Frau neben etwa 40 weiteren Interessenten um eine Stelle als Facharbeiter mit abgeschlossener Maschinenschlosser- bzw. ähnlicher Ausbildung bei einem Hochschullehrer beworben. Zum Vorstellungsgespräch wurde die Beschwerdeführerin nicht eingeladen. Zwei der Bewerber, die über eine längere Berufserfahrung als sie verfügten, wurden eingestellt. Ein wissenschaftlicher Mitarbeiter des Hochschullehrers erklärte der Beschwerdeführerin, die Wahl sei nicht auf sie gefallen, weil die Tätigkeit für eine Frau nicht geeignet sei. Der im Ausgangsverfahren beklagte Hochschullehrer hatte ihr schriftlich mitgeteilt, daß die im Technikum geforderte Tätigkeit eine Frau physisch überfordere. Die Beschwerdeführerin klagte daraufhin, gestützt auf § 611 a BGB, vor dem Arbeitsgericht. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren trug der Beklagte vor, daß alle in die engere Wahl gezogenen Bewerber der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihrer Qualifikation oder Berufserfahrung weit überlegen gewesen seien. Die von ihm und seinem Mitarbeiter

60 BVerfGE 85, 191, 209 f.
61 BVerfGE 92, 91, 112.
62 BVerfGE 92, 91, 112.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gegebene Begründung für die Ablehnung der Beschwerdeführerin sei lediglich vorgeschoben worden, um ihr die Aussichtslosigkeit ihrer Bewerbung möglichst schonend beizubringen. Die Klage wurde abgewiesen. Die gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erhobene Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Dabei stellte sich für das Bundesverfassungsgericht das Problem, daß es sich hierbei um die Auslegung einfachen Rechts handelte, die dem abwehrrechtlichen Gehalt des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht widersprach. Ohne die Annahme eines Verfassungsauftrages wäre gegen die Entscheidung unter verfassungsrechtlichem Aspekt nichts einzuwenden gewesen. Das Bundesverfassungsgericht sieht aber in § 611 a BGB eine Umsetzung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrages. Bei Vorschriften, die grundrechtliche Schutzpflichten erfüllen sollten, sei das maßgebende Grundrecht dann verletzt, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehle[63]. Dies nimmt das Bundesverfassungsgericht bei den arbeitsgerichtlichen Ausführungen an. § 611 a Abs. 1 BGB gewähre in der Interpretation, die dem angegriffenen Urteil zugrundeliege, keinen wirksamen Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung bei der Arbeitsplatzsuche. Eine andere Auslegung, die ein solches Ergebnis vermeide und dem Diskriminierungsverbot zur Wirksamkeit verhelfe, sei aber möglich[64] und damit verfassungsrechtlich geboten.

Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG zeigt, daß sich das Gericht des weiterbestehenden Defizits tatsächlicher Gleichberechtigung bewußt ist. Es hat die neue Dimension der Gleichberechtigungsprobleme gesehen und sie dogmatisch verarbeitet. Dabei hat es versucht, sich in den Formulierungen so eng wie möglich an seine frühere Rechtsprechung anzulehnen. Dennoch liegt hier ein grundlegender Bruch[65]. Indem das Gericht die Möglichkeit der Rechtfertigung von Differenzierungen zwischen Männern und Frauen durch das Gleichberechtigungsgebot anerkennt, erscheint als Sinn des Art. 3 Abs. 2 GG nicht länger das bloße und möglichst strenge Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlechts. Stattdessen rückt die tatsächliche Ungleichheit zwischen Männern und Frauen in den Blick. Das Gericht wird dem Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG damit besser gerecht.

63 BVerfGE 89, 276, 285 f.
64 BVerfGE 89, 276, 286.
65 In BVerfGE 92, 91, 109 deutet das Gericht dies selbst an; es verwendet die Formulierung »neuere Rechtsprechung«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

C. *Die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG nach der Verfassungsänderung*

1994 wurde ein neuer Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG eingefügt: »Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin«[66]. Im folgenden soll untersucht werden, welchen Inhalt diese Verfassungsänderung hat. Zunächst ist die Entstehung dieser Verfassungsänderung darzustellen (I.), sodann soll Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG für sich genommen interpretiert werden (II.), um schließlich zu fragen, welche Rückwirkungen sich aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG für die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG ergeben (III.).

I. *Die Entstehung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG*

Als sich 1989/1990 die Möglichkeit einer Vereinigung Deutschlands abzeichnete, stellte sich die Frage, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage das neue Gemeinwesen stehen sollte. Sollte sich das aus der ehemaligen DDR und der alten Bundesrepublik zusammengefügte Deutschland eine neue Verfassung geben oder sollte das neue Deutschland eine größere Bundesrepublik sein? Verfassungsrechtlich gewandt ging der Streit um die Form, in der die Vereinigung vollzogen werden sollte: als Beitritt über Art. 23 GG a.F. oder im Wege der Schaffung einer neuen Verfassung nach Art. 146 GG a.F.? Die Bürgerinnen und Bürger der ehemaligen DDR entschieden sich für den Beitritt. Das Grundgesetz galt damit auch in den neuen Bundesländern. Die Schaffung einer neuen Verfassung war dadurch zwar nicht zwingend ausgeschlossen, doch war die historische Situation, die eine Verfassunggebung verlangt und ermöglicht hätte, vorüber. Trotz vereinzelter Ansätze[67] fehlten Interesse, Kraft und Wille zur Ausarbeitung einer neuen Verfassung. Man beschränkte sich auf die Erörterung von Verfassungsänderungen. In diesem Sinne empfahl Art. 5 EV den gesetzgebenden Körperschaften des vereinten Deutschland, sich innerhalb von zwei Jahren mit den im Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes zu befassen. Insbesondere sollten dabei Überlegungen zur Aufnahme von Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz angestellt werden. In diesem Rahmen spielte auch die Gleichberechtigung von Männern und Frauen eine Rolle, zumal Art. 31 Abs. 1 und 2 EV dem gesamtdeutschen Gesetzgeber die

66 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.
67 Siehe etwa den Entwurf des Kuratoriums für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Aufgabe stellte, die Gesetzgebung zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen weiterzuentwickeln und die Rechtslage unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu gestalten.

1. *Verfassungskommission des Bundesrates*

Zur Diskussion der Verfassungsreform richtete zunächst der Bundesrat eine Verfassungskommission ein[68]. Die Kommission bestand aus 32 Mitgliedern. Jedes der 16 Länder wurde durch den Ministerpräsidenten und ein von der Landesregierung benanntes anderes Regierungsmitglied repräsentiert und hatte in der Kommission eine Stimme. Für Beschlüsse, die Vorschläge an den Bundesrat richteten, war eine Zweidrittelmehrheit vorgeschrieben.
In der Kommission wurden unter dem Stichwort »Themen mit frauenspezifischer Relevanz« im wesentlichen zwei Problemkreise behandelt: die Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG und die Frage einer geschlechtergerechten Sprache[69] des Grundgesetzes.
Im Hinblick auf letztere schlug die Kommission Verfassungsreform vor, daß versucht werden solle, das Grundgesetz so umzuformulieren, »daß die Verwendung maskuliner Bezeichnungen auch für Frauen grundsätzlich vermieden wird, so weit wie möglich geschlechtsneutrale Personen- und Funktionsbezeichnungen verwendet und im übrigen feminine und maskuline Bezeichnungen in voll ausgeschriebener Form benutzt werden«. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß die hergebrachten Sprachgewohnheiten – wie die Benutzung des generischen Masculinum – von vielen Frauen nicht als sprachliche Notwendigkeit, sondern als Verschweigen und Ausgrenzung ihrer Existenz interpretiert würde. Eine Verfassung sei auch Ausdruck eines kulturellen Entwicklungszustandes. Da Frauen mindestens hälftigen Anteil an diesem kulturellen Entwicklungszustand hätten, solle versucht werden, das Grundgesetz so zu formulieren, daß dies nicht übersehen werden könne[70].
Beim Thema der Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG standen sich dagegen zwei Positionen unversöhnlich gegenüber[71]. Die einen wollten auf das tatsächlich gegebene Gleichberechtigungsdefizit durch eine Verfassungsänderung reagieren. Im Laufe der Beratungen kristallisierte sich dabei folgende Formulierung heraus: »Der Staat hat die Bedingungen für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Gesellschaft zu schaffen. Zum Ausgleich beste-

68 Beschluß des Bundesrates vom 1. März 1991, BR-Drucks. 103/91.
69 Vgl. zu diesem Thema insbesondere Grabrucker, Muttersprache.
70 Bericht der Kommission Verfassungsreform des Bundesrates, BR-Drucks. 360/92, S. 18.
71 Zum Beratungsverlauf im einzelnen vgl. Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 249 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

hender Ungleichheiten sind Maßnahmen zur Förderung von Frauen zulässig.«

Zur Begründung wurde vom antragstellenden Land Schleswig-Holstein vorgetragen, daß die schon zur bisherigen Fassung des Art. 3 Abs. 2 GG vertretene Auffassung, wonach dem Staat die Aufgabe obliege, für die Gleichstellung der Frauen in allen gesellschaftlichen Bereichen zu sorgen, klarstellend kodifiziert werden solle. Benachteiligungen von Frauen seien über kompensatorische, also ggf. auch temporär bevorzugende Maßnahmen auszugleichen. Eine Klarstellung in der Verfassung helfe, Verfassungsstreitigkeiten zu verhindern. Sie lasse zudem eine wichtige Impulswirkung für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung erwarten. Außerdem gehe es darum, daß die Verfassung gegenüber Frauen eine stärkere Integrationswirkung entfalte, indem sie Frauen die Identifikation mit ihr erleichtere. Dagegen wurde eingewandt, daß die Verfassungsänderung nicht erforderlich sei. Ein Gleichstellungsauftrag sei zudem abzulehnen, weil es dem Staat nur um die Herstellung von Chancengleichheit, nicht aber um die Erzielung einer Ergebnisgleichheit gehen dürfe. Dies spreche auch gegen jede gruppenorientierte Bevorzugungsregel für Frauen, der zudem von Art. 79 Abs. 3 GG Bedenken begegnen könnten[72].

Im Ergebnis fand der schleswig-holsteinische Antrag zwar die Mehrheit, nicht aber die erforderliche Zweidrittelmehrheit. Die unionsgeführten Länder Baden-Württemberg, Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen stimmten gegen die vorgeschlagene Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG.

Die erforderliche Mehrheit fand dagegen der Vorschlag, die Worte »Männer« und »Frauen« in Art. 3 Abs. 2 GG umzustellen. Begründet wurde dies wie folgt:

> »Die Umkehrung der Reihenfolge der Worte »Männer« und »Frauen« im derzeitigen Artikel 3 Abs. 2 GG kann als Ausdruck der Erkenntnis geschehen, daß in den vergangenen 40 Jahren mehr staatliches Handeln mit dem Ziel, die Gleichstellung von Frauen zu fördern, vonnöten gewesen wäre. Die vorgeschlagene Reihenfolge kann überdies als wertneutrale, nämlich alphabetische Reihenfolge betrachtet werden.«[73]

Das Ergebnis der Verfassungskommission des Bundesrates ist zu Recht als »Treppenwitz der Rechtsgeschichte«[74] bezeichnet worden. Die Verfassungsreformdiskussion war damit freilich noch nicht beendet.

72 BR-Drucks. 360/92, S. 17 f.
73 BR-Drucks. 360/92, S. 17.
74 Min. Bull (Schleswig-Holstein), 4. Sitzung der Kommission Verfassungsreform des Bundesrates am 14.5.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 287, 291.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

2. *Gemeinsame Verfassungskommission*

Durch übereinstimmende Beschlüsse setzten Bundestag und Bundesrat die Gemeinsame Verfassungskommission ein[75]. Sie wurde am 16. Januar 1992 konstituiert und beschloß ihre Arbeit mit einem Bericht, den sie am 5. November 1993 vorlegte[76]. Für Entscheidungen der Kommission war eine Zweidrittelmehrheit erforderlich. Die Gemeinsame Verfassungskommission bestand aus 64 Mitgliedern und 64 Stellvertretern, die je zur Hälfte vom Bundestag und Bundesrat entsandt wurden. Unter allen Personen, die ihr als ordentliche Mitglieder – jedenfalls zeitweise – angehörten, waren 14 Frauen und 65 Männer[77]. Der Frauenanteil lag also deutlich unter 20%.

Nur wenige Themen der Verfassungsreform beschäftigten die Öffentlichkeit. Die Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG gehörte dazu. Etwa 100.000 Eingaben an die Gemeinsame Verfassungskommission betrafen Art. 3 GG. In manchen Sitzungen umrahmten sie in Waschkörben die Vorsitzenden[78]. Zur öffentlichen Anhörung zu diesem Thema am 5. November 1992 waren über 600 Bürgerinnen und Bürger angereist. Die Parallele zur Schaffung des Grundgesetzes war deutlich[79]. Auch damals hatten sich die konservativen Parteien zunächst gewehrt, eine deutliche Garantie der Gleichberechtigung aufzunehmen. Erst nachdem die Öffentlichkeit empört auf die Ablehnung des Art. 3 Abs. 2 GG in der 1. Lesung des Hauptausschusses reagiert hatte, änderte sich die Haltung der CDU[80]. Ähnlich war die Lage auch jetzt. Das Ergebnis der Beratungen der Verfassungskommission des Bundesrates löste bei den Frauenverbänden Gelächter und Wut aus[81]. Die Mobilisierung der Frauen und Frauenverbände war die Folge.

In der Gemeinsamen Verfassungskommission stellte sich die Sachlage denn auch schon ganz anders dar als noch in der Verfassungskommission des Bundesrates. In der ersten Sitzung zu Art. 3 Abs. 2 GG herrschte – bis auf die beiden bayerischen Stellungnahmen[82] – weitgehend Konsens, daß Art. 3 Abs. 2

75 Abgedruckt in BT-Drucks. 12/6000, S. 119.
76 BT-Drucks. 12/6000.
77 Berechnet nach der Liste in BT-Drucks. 12/6000, S. 120 ff.
78 Vgl. Vorsitzender Scholz in der 10. Sitzung vom 24.9.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 25; Vorsitzender Voscherau in der öffentlichen Anhörung vom 5.11.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 82.
79 Limbach, Frauen in bester Verfassung, S. 11.
80 Siehe oben S. 327 ff.
81 Anschaulich geschildert von der Abg. Mascher (SPD) in der 10. Sitzung der GVK vom 24.9.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 28.
82 23. Sitzung vom 10.9.1992: Min. Berghofer-Weichner (Bay), S. 45 f.; StS Wilhelm (Bay), S. 77 ff; zweifelnd Abg. Otto (FDP), S. 35 f (jeweils zitiert nach Limbach/ Eckertz-Höfer, Frauenrechte).

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

GG ergänzt werden solle. Zwar unterschieden sich die Einschätzungen der Ausgangslage voneinander. Betonten die (männlichen) Vertreter der CDU und FDP eher, wie viel in den letzten 40 Jahren in Sachen Gleichberechtigung erreicht worden sei, legten die Abgeordneten der SPD, PDS und Bündnis 90/ Grüne den Schwerpunkt stärker auf die heute noch gegebenen Benachteiligungen der Frau. Einhellig konstatierte man aber ein Gleichberechtigungsdefizit zu Lasten der Frau. Umstritten war damit lediglich, wie eine Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG aussehen sollte. Dazu hatten viele Gruppen und Gruppierungen Vorschläge gemacht: Neben den Partei-Gruppen in der Gemeinsamen Verfassungskommission brachten Landesregierungen Formulierungen ebenso in die Diskussion wie beispielsweise die CDU-Frauen-Union, die Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Frauen, der Deutsche Frauenrat, der Deutsche Juristinnenbund, das Frankfurter Frauenmanifest oder die Resolution von Frauenchiemsee[83].

Die meisten Vorschläge bestanden aus zwei Teilen, einem Verfassungsauftrag und einer »Kompensationsklausel«. Der Verfassungsauftrag sollte den Staat verpflichten, der Gleichberechtigung in der Realität zum Durchbruch zu verhelfen, die Kompensationsklausel sollte die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen außer Streit stellen. Die Formulierungen im einzelnen waren sehr unterschiedlich.

Im Hinblick auf den Verfassungsauftrag schieden sich die Geister zunächst an der Begrifflichkeit: »Gleichstellung« oder »Gleichberechtigung«? »Gleichstellung« wurde insbesondere von der SPD vorgeschlagen[84]; dies entspricht auch den Formulierungen in den neueren Landesverfassungen[85]. Die Kritik am Begriff der Gleichstellung verband Frauen unterschiedlicher politischer Ausrichtung. Sie wandten ein, durch die Verwendung dieses Begriffs werde der Mann zum Maß aller Dinge gemacht. Frauen würden als defizitäre Wesen gesehen, die Hilfe bräuchten, um so wie Männer zu werden[86]. Daneben stand die Befürchtung, daß Gleichstellung Gleichheit der Ergebnisse impliziere; diese lasse sich aber mit einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht vereinbaren[87]. In diesem Sinne wollten die Anhängerinnen des Begriffes Gleichstellung sicherlich nicht verstanden werden. Gleichstellung kann auch im Sinne von

83 Einen Überblick über die verschiedenen Vorschläge geben Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 243 ff.

84 Formulierung der SPD-Gruppe in der GVK, Arbeitskreis sozialdemokratischer Frauen und Verfassungsreformkommission des Bundesrates (einfache Mehrheit).

85 Siehe etwa Berlin – Art. 6 II, Brandenburg – Art. 12 Abs. 3 Satz 2, Mecklenburg-Vorpommern – Art. 13, Sachsen – Art. 8, Sachsen-Anhalt – Art. 34, Schleswig-Holstein – Art. 6.

86 Siehe etwa Min. Berghofer-Weichner (Bay), S. 44, Min. Schoppe (Nds.), S. 51, Sachverständige Maihofer, Stellungnahme, S. 200 (Seiten beziehen sich auf Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte).

87 Abg. Otto (FDP), S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(tatsächlicher) Gleichberechtigung gemeint sein, wobei das Prozeßhafte, die Notwendigkeit aktiven Handelns stärker betont wird[88].
Des weiteren unterschieden sich die Änderungsvorschläge darin, wie stark sie den Staat in die Pflicht nehmen wollten. So erklärte es – in der wohl schwächsten Formulierung – der Entwurf von Mecklenburg-Vorpommern zur »Aufgabe des Staates, die Bedingungen für die Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu schaffen«. Am anderen Ende des Spektrums fand sich die Formulierung von Bündnis 90/Die Grünen, die den Staat dazu verpflichten wollten, »die gleichberechtigte Teilhabe der Geschlechter in allen gesellschaftlichen Bereichen herzustellen und zu sichern«. Dazwischen stand der SPD-Vorschlag, der dem Staat die »Gewährleistung« abverlangte. Insoweit unterschieden sich die Vorschläge aber nur in Nuancen.
War man sich bei der Formulierung des Verfassungsauftrages von Anfang an schon relativ nah, so bestand um so heftigerer Streit um die »Kompensationsklausel«. Die Frauenverbände, CDU-Frauen-Union, SPD, Bündnis 90/Die Grünen, PDS/LL und die Bundesministerin für Frauen und Jugend hatten eine solche gefordert. Sie sollte in etwa lauten: »Zum Ausgleich bestehender Ungleichheiten sind Maßnahmen zur Förderung von Frauen zulässig«. Damit sollte der Streit über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen beendet werden. Die Frage, ob und welche Maßnahmen zur Förderung von Frauen eingesetzt werden, sollte im politischen Bereich und nicht länger von den Gerichten entschieden werden[89]. Doch zu einer solchen Klarstellung ließen sich CDU und FDP nicht bewegen. Dabei hat das »unausrottbare Gespenst der starren Quote«[90] eine wesentliche Rolle gespielt, auch wenn von allen Seiten beteuert wurde, daß man eine solche nicht wolle und die vorgeschlagene Kompensationsklausel sie nicht verfassungsrechtlich absichern würde[91].
Erst in schwierigen Verhandlungen konnte man sich auf einen Kompromiß einigen. »Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin« wurde als Satz 2 dem Art. 3 Abs. 2 GG eingefügt.
Weitgehend einig war man sich über die Bedeutung des ersten Teils des Satzes; insoweit waren auch die Ausgangspositionen einander relativ nah gewesen. Nach dem Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission ist es Ziel

88 Vgl. Sen. Peschel-Gutzeit (Hamburg), 23. Sitzung am 27.5.1993, Sten. Bericht, S. 5; Abg. Vogel (SPD), aaO, S. 18; Abg. Niehuis (SPD), Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 59.
89 Vgl. Sacksofsky, Stellungnahme GVK, S. 98.
90 Limbach, Nachwort, S. 300.
91 Vogel, Verfassungsreform, S. 408; Benda, Stellungnahme GVK, S. 183; Sacksofsky, Stellungnahme GVK, S. 211 f.; Simon, Stellungnahme GVK, S. 233 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Änderung, dem bereits im Grundgesetz bestehenden Gleichberechtigungssatz zur stärkeren Durchsetzung in der Lebenswirklichkeit zu verhelfen. Die positive Formulierung solle gegenüber anderen, schwächeren Formulierungen einen verbindlichen Auftrag deutlich machen und klarstellen, daß es darum gehe, eine faktische Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern zu erreichen. Dabei werde durch die Formulierung als Staatsziel deutlich, daß kein Individualanspruch auf ein bestimmtes staatliches Handeln eingeräumt werden solle[92].

Uneinig war und blieb man sich aber über den Inhalt des zweiten Teils des Satzes. Dieser Dissens blieb auch nicht etwa verdeckt, sondern wird im Bericht der Verfassungskommission offen angesprochen. Die neue Verfassungsbestimmung solle auf allen staatlichen Ebenen eine sachgerechte Förderungspolitik zur Erreichung der tatsächlichen Gleichberechtigung bewirken. Die Beseitigung eines bestehenden Nachteils stelle selbst das Ziel des staatlichen Handelns dar. Eine vom Nachteil losgelöste Kompensation durch einen mit der konkreten Benachteiligung sachlich nicht verbundenen Vorteil solle hingegen nicht zulässig sein. Der Staat solle vielmehr auf die Beseitigung von Nachteilen hinwirken, also etwa berufliche Nachteile durch berufliche Vorteile ausgleichen[93]. Es bestehe Übereinstimmung darüber, daß diese Bestimmung eine Frauenförderung in Gestalt sog. starrer Quoten nicht gestatte. Im übrigen seien die Auffassungen auseinandergegangen. Während eine Seite der Überzeugung sei, daß das Grundgesetz nunmehr die Zulässigkeit bevorzugender Ungleichbehandlungen zur Förderung von Frauen klarstelle und insbesondere die Möglichkeit leistungsbezogener Bevorzugung sicherstelle, bestreite dies die andere Seite und hebe hervor, daß die vorgeschlagene Formulierung nur die Chancengleichheit – die Gleichheit der Ausgangschancen – einräume, aber keine Ergebnisgleichheit vorgebe.

Selten ist wohl der Charakter einer Verfassungsbestimmung als Formelkompromiß deutlicher geworden. Der Berichterstatter der CDU/CSU, der Abgeordnete Jahn, führte aus:

> »Wie das alles später interpretiert wird, ist natürlich eine ganz andere Frage, aber führende Kommentatoren wollen ja auch noch Arbeit haben.«[94]

Dieser »anderen Frage« sind die nächsten Abschnitte gewidmet.

92 BT-Drucks. 12/6000, S. 50.
93 BT-Drucks. 12/6000, S. 50.
94 GVK – 23. Sitzung vom 27.5.1993, Sten. Bericht, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

II. *Die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG*

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG besteht aus zwei Halbsätzen. Durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 GG ist der Staat zur Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung verpflichtet. Die Formulierung ist wenig geglückt. Es drängt sich die Frage auf, was eine »nicht-tatsächliche« Durchsetzung sein sollte. Die Formulierung »Durchsetzung der tatsächlichen Gleichberechtigung« wurde abgelehnt, da dann naheläge, Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG auf die rein rechtlich-formale Gleichheit zu reduzieren[95]. Der Sinn der besonderen Betonung der »tatsächlichen Durchsetzung« liegt aber auf der Hand. Insoweit ist Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG weder »dunkle Sentenz« noch »dilatorischer Formelkompromiß«[96]. Ziel der Vorschrift ist die Herstellung von Gleichberechtigung in der Realität. Verstärkt wird dies durch den zweiten Halbsatz von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Der Staat wird verpflichtet, auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Damit ist auf verfassungsrechtlicher Ebene anerkannt, daß derzeit Nachteile für Frauen bestehen, die es zu beseitigen gilt. Dabei handelt es sich um Nachteile in der sozialen Wirklichkeit, ohne daß diese Nachteile unmittelbar oder allein auf rechtliche Normen zurückzuführen sein müßten. Die Schaffung formaler Gleichheit reicht damit nicht aus, um dem Auftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zu genügen. Auf die Position, Gleichberechtigung sei dann erreicht, wenn alle Rechtsnormen ohne Rücksicht auf das Merkmal Geschlecht gefaßt sind, kann man sich verfassungsrechtlich nicht länger zurückziehen.

1. Was aber ist das Ziel, auf das der Staat hier verpflichtet wird? Was bedeutet Gleichberechtigung in der Realität? Häufig wird dies in der Gegenüberstellung von Ergebnisgleichheit und Chancengleichheit diskutiert[97]. Dabei wird unter Ergebnisgleichheit verstanden, daß die Geschlechter in allen Bereichen gleichermaßen, d.h. zu 50 %, vertreten sind. Chancengleichheit sei demgegenüber ergebnisoffen; sie verlange lediglich, daß Personen beider Geschlechter die gleichen Ausgangsbedingungen haben. Darüber, ob sich im Ergebnis aus der Wahrnehmung der Chancengleichheit eine Gesellschaft entwickele, in der die Geschlechter an allen gesellschaftlichen Bereichen zur Hälfte partizipieren, oder eine Gesellschaft, in der Unterschiede zwischen den Lebensformen bestehen, die die Geschlechter überwiegend wählen, sage die Forderung nach Chancengleichheit nichts aus.

95 BT-Drucks. 12/6000, S. 50.
96 Isensee, Mit blauem Auge, S. 2585.
97 Siehe z.B. Hofmann, Gleichberechtigung, S. 261.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Streit um Chancen- oder Ergebnisgleichheit ist ein Scheingefecht. Ergebnisgleichheit in dem oben beschriebenen starren Sinne wird auch von den kämpferischsten Feministinnen nicht gefordert[98]. Zudem ist offensichtlich, daß der freiheitliche Staat nicht zur Herstellung eines so fixierten Ergebnisses in der Ausgestaltung der Gesellschaft verpflichtet werden kann, ohne zur Diktatur zu werden. Ergebnisgleichheit kann in der Verfassung daher nicht gemeint sein. Mit der Entscheidung zugunsten eines Verständnisses der Gleichberechtigung als Chancengleichheit sind die eigentlichen Probleme aber nicht gelöst.

Der Begriff der Chancengleichheit ist kann nach der Verfassungsänderung nicht auf die rein rechtliche Ebene beschränkt werden. Denn damit würde allein formale Gleichberechtigung erreicht, die gerade nicht Inhalt des neuen Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 GG verlangt eine umfassende Berücksichtigung tatsächlicher Gegebenheiten. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht. Zur Erklärung der Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen wird häufig angeführt, daß Frauen diese Positionen nicht wollten. Sie seien nicht bereit, die damit verbundene höhere Arbeitsbelastung in Kauf zu nehmen, sondern wollten (oder müßten) mehr Zeit mit ihren Kindern verbringen. Unterstellt diese Argumentation träfe zu und andere Formen von Benachteiligung gäbe es nicht, ist damit noch nicht geklärt, daß Frauen und Männer gleiche Chancen im Wettbewerb um Führungspositionen hätten. Zu fragen ist, ob die höhere Arbeitsbelastung mit der begehrten Position wirklich notwendig verbunden ist oder ob diese Stelle nicht auch in Teilzeit von zwei Personen wahrgenommen werden könnte[99]. Zudem sind viele Mütter in ihrer Arbeitszeitgestaltung wenig flexibel, weil die Kinderbetreuung mangels staatlichen Handelns nicht gesichert ist. Solange diese Nachteile für Frauen nicht behoben sind, kann auch nicht von Chancengleichheit gesprochen werden. Die (für Frauen negativen) Folgen der Fortwirkung der traditionellen Arbeitsteilung zu beseitigen, ist Anliegen der neuen Verfassungsbestimmung. Gleichberechtigung läßt sich in der Wirklichkeit nur durchsetzen, wenn alle Faktoren, die zur Schlechterstellung von Frauen beitragen, angegangen werden. Um an das Beispiel in Präsident Johnson's Rede[100] anzuknüpfen: Reale

98 Im Gegenteil besteht gerade in der feministischen Diskussion eine große Auseinandersetzung über die Bedeutung der Differenz zwischen den Geschlechtern bzw. die Kategorie Geschlecht, siehe z.B. die Beiträge in Gerhard u.a. (Hrsg.), Differenz; Benhabib u.a., Differenz; Maihofer, Geschlecht; Irigaray, Geschlecht; Irigaray, Differenz; Butler, Bodies; Butler, Gender; Gerhard, Angleichung; Böttger, Recht; vgl. zum Umgang des Rechts mit Differenz auch: Minow, Difference.

99 In einigen Gleichberechtigungsgesetzen wird die Möglichkeit der Teilzeitbeschäftigung auch für Stellen von Beschäftigten mit Leitungsaufgaben ausdrücklich erwähnt, siehe z.B. § 10 Abs. 1 Satz 1 FFG des Bundes; § 13 Abs. 1 Satz 3 Hessisches Gleichberechtigungsgesetz; § 15 Abs. 2 Satz 2 Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz.

100 Siehe oben S. 233 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Chancengleichheit besteht nicht nur darin, daß Läuferinnen und Läufer in einem Wettrennen eine gleich lange Strecke zurücklegen müssen. Sichergestellt werden muß auch, daß nicht Männer auf einer Sprintstrecke laufen, während Frauen sich im Hürdenlauf bewähren müssen, bei dem viele zudem ein Baby auf dem Arm tragen.
Eine solche umfassende Sicht der Chancengleichheit führt dazu, daß sich Chancen- und Ergebnisgleichheit im Ergebnis weniger stark unterscheiden, als in der Diskussion vielfach behauptet wird. Zwar ist die exakt gleiche Anzahl von Männern und Frauen nicht ein an sich anzustrebendes Ziel (das wäre Ergebnisgleichheit), doch ist die Verteilung von gesellschaftlichen Gütern zwischen den Geschlechtern dadurch nicht irrelevant. Eine von der Geschlechterparität abweichenden Geschlechterrepräsentanz hat Indizwirkung. Sind bei begehrten Positionen Männer deutlich überdurchschnittlich vertreten, spricht das dafür, daß Nachteile für Frauen bestehen. Solange die Gesellschaft noch patriarchalisch geprägt ist, besteht bei einer Unterrepräsentanz von Frauen in begehrten Positionen eine Vermutung für das Vorliegen einer strukturellen Benachteiligung. Diese könnte zwar auch in einzelnen Bereichen widerlegt werden. Der Hinweis darauf, daß Frauen anders seien und die begehrten Güter nicht wollten, reicht jedoch verfassungsrechtlich nicht mehr aus, um die Indizwirkung bei unterschiedlicher Geschlechterrepräsentanz auszuschließen. Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 GG gilt es, die Nachteile zu beseitigen. Dies kann in manchen Bereichen schwierig sein, da eine Vielzahl von Faktoren zusammenwirken. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verlangt aber, daß Anstrengungen unternommen werden, um die Nachteile zu erkennen und zu beheben.

2. Durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG wird der Staat verpflichtet, zu »fördern« und »hinzuwirken«. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG enthält damit einen Verfassungsauftrag. Der Staat, insbesondere der Gesetzgeber, ist zu aktivem Handeln verpflichtet. Untätigkeit genügt nicht.
Diese Pflicht besteht allerdings allein auf objektiv-rechtlicher Grundlage. Ein korrespondierendes subjektives Recht der Einzelnen gibt es nicht[101]. Zu diesem Ergebnis führen alle Interpretationsmethoden. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG unterscheidet sich deutlich sowohl von dem anderer Grundrechte als auch von den Formulierungen in den anderen Absätzen und Abs. 2 Satz 1 des Art. 3 GG. Weder wird in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ein Grundrechtsträger oder eine Grundrechtsträgerin benannt, noch wird die Unverletzlichkeit

101 Darüber besteht derzeit – soweit ersichtlich – Konsens: Vogel, Verfassungsreform, S. 412; König, Grundgesetzänderung, S. 840; Merten, Staatsziele, S. 370; Sannwald, Reform, S. 3314.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einer individuellen Sphäre garantiert. Lediglich die Notwendigkeit und Zielrichtung staatlichen Handelns wird normiert. Eindeutig ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte, daß ein subjektives Recht nicht gewollt war[102]. Unter systematischem Blickwinkel ist zwar zu konstatieren, daß der Verfassungsauftrag im Grundrechtsteil des Grundgesetzes angesiedelt ist. Doch ist dies nicht allein ausschlaggebend. Art. 6 Abs. 5 GG zeigt, daß Verfassungsaufträge dem Grundrechtsteil nicht notwendigerweise fremd sind. Hinzu kommt, daß der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht einen neuen Grundrechtsbereich betrifft, sondern die bereits durch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG subjektiv-rechtlich garantierte Gleichberechtigung von Frauen und Männern ergänzt. Zweck des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist damit allein, die Gleichberechtigungsgarantie zu verstärken. Hierfür ist die subjektive Einklagbarkeit nicht erforderlich. Die generellen Bedenken gegen ein subjektives Recht auf Erfüllung eines Verfassungsauftrages tragen auch hier. Zur Erfüllung eines so umfassenden Verfassungsauftrages kommen nicht nur vielfältige Wege in Betracht, sondern es geht auch um die Verteilung von Ressourcen. Der Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung kann nicht absoluten Vorrang gegenüber allen anderen Zielen des Gemeinwohls beanspruchen. Es ist Aufgabe der Politik, hier abzuwägen und zu gestalten. Die Verfassung kann nur einen weit gefaßten Rahmen vorgeben. Ein subjektives Recht liefe damit weitgehend leer. Zudem birgt ein subjektives Recht die Gefahr, daß aufgrund der Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde das Bundesverfassungsgericht dem eigentlich dazu berufenen Gesetzgeber zu weitgehende Vorgaben macht. Zwar kann auch die Verletzung eines objektivrechtlich bestehenden Verfassungsauftrags vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden. Doch ist die Antragsbefugnis beim Verfahren der abstrakten Normenkontrolle stark eingeschränkt[103], und die konkrete Normenkontrolle setzt voraus, daß ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält[104].

3. Der Verfassungsauftrag bezieht sich auf den gesamten staatlichen und alle gesellschaftlichen Bereiche[105]. Zwar kann auch im staatlichen Bereich noch viel zur Durchsetzung der Gleichberechtigung getan werden, doch der Schwerpunkt der Nachteile von Frauen liegt in gesellschaftlichen Bereichen, im Familien-, Arbeits- und Berufsleben. Das Verhältnis zwischen Männern und Frauen wird herkömmlicher- und typischerweise dem privaten Bereich

102 BT-Drucks. 12/6000, S. 50.
103 Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 BVerfGG.
104 Art. 100 Abs. 1 GG.
105 So auch Vogel, Verfassungsreform, S. 413; ablehnend Hofmann, Gleichberechtigung, S. 261.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zugeordnet. Darin liegt ein Teil des Problems des patriarchalischen Systems. Indem der private Raum als staatsfreie und damit rechtsfreie Sphäre postuliert wird, kann derjenige, der mächtiger ist, seine Macht ungehindert ausüben. Frauen wird der Schutz des Rechts in der Sphäre, in der sie sich traditionell aufhalten, versagt[106]. Zudem waren diese gesellschaftlichen Bereiche auch bisher keineswegs »staatsfrei«. Seit langem normiert das staatliche Recht die Vorbedingungen, unter denen sich das Leben im privaten Bereich entfalten kann[107]. Schon bei der Schaffung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG ging man daher selbstverständlich davon aus, daß dieser auch und gerade Auswirkungen im Verhältnis zwischen den Einzelnen haben sollte[108]. Dies gilt auch für den neu geschaffenen Verfassungsauftrag.

III. *Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG nach der Verfassungsänderung*

Die Einfügung einer neuen Vorschrift in eine Verfassung kann dazu führen, daß sich der Inhalt der bisherigen, mit der neuen in engem systematischem Zusammenhang stehenden Normen ändert. Im vorliegenden Fall ist dies allerdings nicht der Fall. Die Verfassungsänderung gibt keinen Anlaß, das in dieser Arbeit entwickelte Verständnis des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG als Dominierungsverbot zu modifizieren. Es wird im Gegenteil bestärkt.
Wie schon 1949 wurde die Aufnahme der neuen Verfassungsvorschrift zur Gleichberechtigung in erster Linie von Frauen und Frauenverbänden erkämpft und durchgesetzt. Die Zweckrichtung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist eindeutig. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist nicht symmetrisch in dem Sinne, daß er Frauen in gleicher Weise wie Männern nützen soll, sondern verbessert werden soll die Lage der Frau. Außerdem stellt Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG klar, daß der sozialen Wirklichkeit erhebliche Bedeutung bei der Analyse der Gleichberechtigung zukommt. Die tatsächlichen Nachteile sollen beseitigt, die Gleichberechtigung in der Realität durchgesetzt werden. Systematische Gründen legen es nahe, die im gleichen Absatz angesiedelte Vorschrift des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG in diesem Kontext zu interpretieren[109]. Der h.M., die Art. 3 Abs. 2

106 Taub/Schneider, Perspectives, S. 117 ff.; Olsen, Geschlecht, S. 312; zum menschenrechtlichen Diskurs: Charlesworth/Chinkin/Wright, Feminist Approaches, insb. S. 625 ff.
107 Dies übersieht Hofmann, Gleichberechtigung, S. 261 f.
108 Der Parlamentarische Rat sah von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG das gesamte bürgerliche, insbesondere das Familienrecht, ebenso erfaßt wie das Wirtschaftsleben (etwa die Frage der Lohngleichheit), siehe oben S. 323 ff; vgl. zur Frage der Drittwirkung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG: Suelmann, Horizontalwirkung.
109 Entgegen der Auffassung von Starck, Anmerkung, S. 198, Fn. 9, ist auch Art. 117 Abs. 1 GG kein Argument, um aus der historischen Auslegung zu schließen, daß sich Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG allein auf die formale Gleichheit beziehe. Daß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG *auch* den

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Satz 1 GG als Differenzierungsverbot deutet, gelingt dies nicht. Um die neue Problemkonstellation dogmatisch zu verarbeiten, bleibt ihr nur der Rekurs auf Ausnahmen oder Durchbrechungen. Grundlage ihres Verständnisses bleibt Symmetrie und die Beschränkung auf die (formale) Rechtsgleichheit[110]. Stattdessen sprechen – nach der Verfassungsänderung um so mehr – Gründe für einen Paradigmenwechsel[111]. Das Dominierungsverbot basiert auf einer solchen grundlegenden Veränderung der Sichtweise. Seine Grundlage ist die Zielrichtung zugunsten der benachteiligten Gruppe und die Beachtung der tatsächlichen Macht- und Lebensverhältnisse[112]. Das Dominierungsverbot, nicht das Differenzierungsverbot, stellt die passende subjektiv-rechtliche Seite des objektiv-rechtlichen Verfassungsauftrages dar[113].

Zudem erweist sich in allen anderen Interpretationen der Gleichberechtigungsvorschriften jeweils (mindestens) eine der drei Vorschriften als überflüssig. Die (früher) herrschende Meinung kann zwar Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG einen eigenen Gehalt zuweisen, dafür aber erscheinen ihr Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 GG als inhaltsgleich; diese Auffassung wurde bereits oben zurückgewiesen[114]. Für die neueren Ansätze hingegen, die in Art. 3 Abs. 2

Inhalt hat, Frauen benachteiligendes, an das Merkmal Geschlecht anknüpfendes Recht zu beseitigen, ist unbestritten. Damals wurde die Beseitigung solcher Rechtsvorschriften als vordringlich zur Herstellung der Gleichberechtigung angesehen. Daraus folgt aber nicht, daß dies der einzige Inhalt von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG sei. Auch Fuchsloch (mittelbare Geschlechtsdiskriminierung, S. 150 f.) lehnt unter Berufung auf Art. 117 Abs. 1 GG ein Verständnis als Dominierungsverbot ab. Art. 117 Abs. 1 GG setze voraus, daß auch nach dem Geschlecht differenzierende Regelungen Art. 3 Abs. 2 GG unterfielen. Dieser Einwand übersieht, daß das Dominierungsverbot Differenzierungen zu Lasten von Frauen durchaus miterfaßt (siehe oben S. 373).

110 Fuchsloch (mittelbare Geschlechtsdiskriminierung, insbesondere S. 133 ff.) will das individualrechtliche Diskriminierungsverbot, welches sie in Art. 3 Abs. 3 GG verortet, auf das Verbot mittelbarer Diskriminierung erweitern (in diese Richtung auch Wisskirchen, mittelbare Diskriminierung, S. 67 f.). Damit verliert das Diskriminierungsverbot aber seinen Kern. Es geht dann gerade nicht mehr um das Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht, sondern auch um das Verbot von Maßnahmen, die die Geschlechter in der Realität unterschiedlich betreffen. Dies kann m.E. aber nur aus der Gruppenperspektive erklärt werden. Eine besondere Schutzwirkung für Frauen nimmt Fuchsloch (aaO, S. 146 f.) denn auch an, will sie aber lediglich auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigen. Zur Begründung dafür rekurriert sie auf den Zweck des Diskriminierungsverbots, der darin liegen soll, »die Schlechterstellung der Angehörigen einer bestimmten Gruppe zu untersagen« (aaO, S. 144). Mir scheint es überzeugender, diese Einsicht schon bei der Bestimmung des Schutzbereiches statt erst auf der Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen (oben S. 312 f.). Im Ergebnis werden sich die unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen wohl kaum auswirken.

111 Um einen Wechsel der Sichtweise geht es auch bei der Diskussion um feministische Rechtswissenschaft, vgl. dazu Baer, Objektiv, m.w.Nachw. Für den Bereich der sexuellen Belästigung zeigt Baer, Würde, auf, daß diese gleichheitsrechtlich statt würdebezogen verstanden werden muß; zu einer am Gleichheitssatz orientierten Analyse der Pornographie vgl. MacKinnon, Only Words.

112 Vgl. MacKinnon, Gleichheit.

113 Siehe zur Gegenüberstellung von Differenzierungs- und Dominierungsverbot oben S. 310 ff.

114 S. 339 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Satz 1 GG bereits einen Verfassungsauftrag verankert sahen, erweist sich Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG als überflüssig. Eine solche Interpretation entspricht freilich einer Auffassung, die bereits in der Diskussion um die Verfassungsänderung vertreten wurde. Von einigen wurde betont, daß der Verfassungsänderung allein klarstellende Funktion zukomme[115]. Ähnlich hat sich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner bisher einzigen nach der Verfassungsänderung ergangenen Entscheidung geäußert[116]. Da nach dieser Auffassung außerdem der abwehrrechtliche Gehalt von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG im Hinblick auf das Merkmal Geschlecht übereinstimmen, kommt streng genommen überhaupt nur Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG Bedeutung zu. Dieses Ergebnis ist unter systematischem Blickwinkel äußerst unbefriedigend. Dagegen führt ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG als Dominierungsverbot zu einer systematisch überzeugenden Auslegung aller drei Vorschriften, die sich mit dem Verhältnis von Männern und Frauen befassen. Das Dominierungsverbot (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG) und das Differenzierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) als Abwehrrechte und der Verfassungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) ergänzen sich gegenseitig.

D. *Konsequenzen für Quotenregelungen*

Seit fast einem Jahrzehnt hält der Streit um die rechtliche Zulässigkeit von Quotenregelungen unvermindert an[117]. In Deutschland werden auf Grund staatlicher Regelung[118] vor allem zwei Typen von Quotenregelungen[119] einge-

115 Min. Alm-Merk (Nds.), 10. Sitzung GVK vom 24.9.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 23 f.; Abg. Rahardt-Vahldieck (CDU/CSU), aaO, S. 33; BT-Drucks. 12/6000, S. 50.

116 BVerfGE 92, 91, 109.

117 Siehe aus der neueren Literatur beispielsweise: Battis/Schulte-Trux/Weber, Frauenquoten; Becker, Frauenquoten; Bumke, Art. 3 GG; Breuer, Antidiskriminierungsgesetzgebung; Colneric, Quotenregelungen; Degen, Frauenförderung; Düwell, Frauenförderung; Ebsen, Quotierung; Ebsen, HdBVerfR, Rdn. 45; Fisahn, Quotenregelungen; Francke/Sokol/Gurlit, Frauenquoten; Fuchsloch, Erforderliche Beseitigung; Fuchsloch/Weber, Geschlechterquoten; Herrmann, Quotenregelung; Hochreuter, Berufung von Frauen; Hofmann, Bevorzugung; Huba/Schloßareck, Berufung von Frauen; Huster, Frauenförderung; Kaufmann, Gleichberechtigung; Köbl, Gleichheit; König, Grundgesetzänderung, S. 841 ff.; Kokott, Gleichstellung, S. 1051 f.; Kruse, Frauenquoten; Ladeur, Gleichberechtigung; Majer, Qualifikation; Pfarr, Frauenquote; Raasch, Frauenquoten; Sachs, Quotenregelung; Schlachter, Berufliche Gleichberechtigung; Schlachter, Gleichberechtigung, S. 56 ff.; Schneider, Gleichstellung; Sudhof, Gesellschaft; vgl. aus eher philosophischer Sicht die Beiträge in Rössler, Quotierung; Gräfrath, Frauenquote; Heimbach-Steins, Gerechtigkeit; Rosenfeld, affirmative action.

118 Hinzu kommen Quotenregelungen in Parteien, vgl. hierzu aus der neueren Literatur insbesondere Deller, Parteien.

119 Seit neuestem wird in einigen Ländern auch versucht, die Vergabe öffentlicher Aufträge an Frauenförderpläne zu knüpfen, vgl. § 13 LGG Berlin, § 14 LGG BB.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

setzt, für die sich die Begriffe »Entscheidungs-« und »Ergebnisquote« eingebürgert haben. Vielfach wird die Entscheidungsquote auch als »leistungsbezogene Quote« bezeichnet. Sie wurde als erste in ein Frauenfördergesetz aufgenommen[120] und überwiegt auch heute noch in den meisten Gleichstellungsgesetzen[121]. Eine solche Vorschrift lautet beispielsweise: »Soweit im Zuständigkeitsbereich der Ernennungsbehörde in der angestrebten Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, sind Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt einzustellen, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen«[122]. Große Erfolge wurden mit diesem Typ der Quote bisher nicht erzielt. Das Hessische Gleichberechtigungsgesetz setzt daher auf den anderen Weg, die Ergebnisquote[123]. §§ 4, 5 HGlG verpflichten die Dienststellen zur Aufstellung von Frauenförderplänen. Diese müssen verbindliche Zielvorgaben bezogen auf den Anteil der Frauen bei Einstellungen und Beförderungen in Bereichen enthalten, in denen Frauen unterrepräsentiert sind. Grundsätzlich sind in jedem Frauenförderplan mehr als die Hälfte der zu besetzenden Personalstellen zur Besetzung durch Frauen vorzusehen, außer es wird glaubhaft dargelegt, daß nicht genügend Frauen mit der notwendigen Qualifikation zu gewinnen sind. Werden die Zielvorgaben nicht eingehalten, bedarf bis zu ihrer Erfüllung jede weitere Einstellung oder Beförderung eines Mannes der Zustimmung einer übergeordneten Behörde (§ 10 Abs. 4 HGlG). Ein subjektiver Anspruch der Bewerberinnen auf Einstellung ist dagegen nicht vorgesehen. Die Ergebnisquote beabsichtigt, die Personalentscheider dazu zu motivieren, aktiv nach guten Frauen zu suchen, um die von ihnen selbst im Frauenförderplan gesteckten Ziele zu erreichen[124]. Ob diese Hoffnung trägt, ist noch nicht abzusehen. Der Ansatz ist zu neu, als daß sich über seine Wirksamkeit jetzt schon urteilen ließe.

Zum fehlenden Erfolg der leistungsbezogenen Quote hat sicherlich auch beigetragen, daß viele Verwaltungsgerichte sie für rechtswidrig erachteten[125]. Im

120 Art. 1 Nr. 1 Frauenfördergesetz NRW.

121 Siehe z.B. § 8 Abs. 1 LGG Berlin, § 4 LGG Bremen, § 6 GStG Hamburg, § 5 NGG (Niedersachsen), § 7 LGG Rheinland-Pfalz, § 4 GStG Schleswig-Holstein; vgl. auch § 4 Abs. 2 FFG Sachsen-Anhalt.

122 § 8 Abs. 4 Satz 2 Landesbeamtengesetz NRW.

123 Ähnlich §§ 5, 6 LGG Brandenburg, zum hessischen Gesetz: Schiek, Gleichberechtigungsgesetz.

124 So die (damalige) hessische Frauenministerin im Spiegel-Gespräch, Der Spiegel 39/1992, S. 112, 114.

125 OVG Berlin, DÖV 1992, 672; OVG Lüneburg, DÖV 1995, 962; OVG Münster, NVwZ 1991, 501; DVBl. 1992, 1372; DÖD 1993, 89; VG Gelsenkirchen vom 28.3.1989 – 1 L 363/89; VG Hannover, Nds. Rpfl. 1995, 3; VG Schleswig, NVwZ 1995, 724; a.A.: VG Bremen, NJW 1988, 3224; VG Oldenburg, Nds. Rpfl. 1995, 29 sowie die überwiegende arbeitsgerichtliche Rechtsprechung: BAG, PersR 1994, 89; LAG Bremen, Streit 1993, 116; LAG Hamm, PersR 1994, 142; ArbG Dortmund, PersR 1993, 282; ArbG Berlin vom 10.1.1996, Rs. 19 Ca 22.236/95.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

folgenden soll daher die rechtliche Zulässigkeit von Quoten überprüft werden. Hierbei sind zunächst die europarechtlichen Vorgaben zu klären (I.). Auf verfassungsrechtlicher Ebene[126] ist die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 GG zu untersuchen (II.).

I. *Europarechtliche Vorgaben*

Bis vor kurzem war von vielen auf den positiven Einfluß des Europarechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, insbesondere im Arbeitsrecht, hingewiesen worden[127]. So war vor einigen Jahren noch erörtert worden, ob deutsche Gerichte für den Fall, daß sie Quotenregelungen für verfassungswidrig erachteten, zur Vorlage an den EuGH verpflichtet seien. Dahinter stand die Vorstellung, daß die Möglichkeit von Frauenfördermaßnahmen europarechtlich gefordert sein könnte[128]. Mit dem Urteil des EuGH vom 17.10.1995[129] (Kalanke-Urteil) hat sich diese positive Einschätzung verändert. Das Urteil wurde von Frauenpolitikerinnen als »frauenpolitischer Zynismus«, als »Rückschritt in die fünfziger Jahre« oder als »Urteil nach Macho-Art« angegriffen[130]. Da der EuGH bei der Urteilsfällung mit elf Männern besetzt war, wurde er selbst als »Musterbeispiel für die Notwendigkeit der Frauenquote« bezeichnet[131]. Auch die Europäische Kommission übte Kritik[132].

Der EuGH hatte über zwei Vorlagefragen des Bundesarbeitsgerichts zu entscheiden. Diese betrafen die Regelung einer leistungsbezogenen Quote in § 4 Landesgleichstellungsgesetz Bremen. Die bremische Regelung sah im Gesetz ausdrücklich keine Härteklausel – anders als etwa die nordrhein-westfälische Regelung – vor. Das Bundesarbeitsgericht hatte die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung grundsätzlich bejaht, hatte aber im Wege der verfassungs-

126 Die Vereinbarkeit landesrechtlicher Regelungen mit (einfachem) Bundesrecht bleibt hier ausgeklammert. Angemerkt sei nur, daß viel dafür spricht, die beamtenrechtlichen Regelungen gleichlaufend mit den verfassungsrechtlichen Garantien auszulegen, vgl. dazu Battis/Schulte-Trux/Weber, Frauenquoten, S. 1165 f.; Fuchsloch, Erforderliche Beseitigung, S. 445; a.A. Kruse, Frauenquoten, S. 1004 ff.

127 Siehe beispielsweise Colneric, Verbot der Frauendiskriminierung; Fuchsloch, mittelbare Geschlechtsdiskriminierung, S. 27 ff.; Langenfeld, Gleichbehandlung; Schlachter, Gleichberechtigung, S. 98 ff.; vgl. auch Ebsen, Koordinierung.

128 Vgl. Colneric, Vorlagepflicht; Koenigs, Vorlagepflicht; Colneric, Replik; Ende, Vorlagepflicht; Sudhof, Gesellschaft, S. 755 f.

129 Rs. C-450/93; vgl. dazu Colneric, Frauenquoten; Schiek, Kalanke; Scholz, Anmerkung; Starck, Anmerkung; Loritz, Anmerkung.

130 Süddeutsche Zeitung vom 18.10.1995, S. 1.

131 Wieczorek-Zeul, in: Handelsblatt vom 20./21.10.1995, S. 4.

132 Süddeutsche Zeitung vom 18.10.1995, S. 1; die Kommission hatte die angegriffene Regelung in ihrem Schriftsatz an den Gerichtshof vom 23.3.1994 in der Rechtssache C-450/93 für zulässig erachtet.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

konformen Auslegung angenommen, daß Ausnahmen in Härtefällen gemacht werden müßten. Die europarechtliche Zulässigkeit hing von der Auslegung der Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen ab. Art. 2 Abs. 1 der Richtlininie sieht vor, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen darf. Nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie steht die Richtlinie nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen beeinträchtigen, entgegen.

Der EuGH entschied, daß Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert seien, den weiblichen Bewerben automatisch der Vorrang eingeräumt werde. Zur Begründung führt der Gerichtshof aus, daß ein automatischer Vorrang der Frauen eine Diskriminierung der Männer im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie bewirke[133]. Eine solche nationale Regelung sei auch nicht nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie zulässig. Diese Vorschrift sei als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen[134]. Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräume, gehe über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreite damit die Grenzen der in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie vorgesehen Ausnahme[135].

Die Entscheidung des EuGH begrenzt den Spielraum der Mitgliedstaaten für Frauenfördermaßnahmen über das europarechtlich zulässige Maß hinaus. Der EuGH hat eine Diskriminierung der Männer durch die bremische Regelung ohne nähere Prüfung behauptet und dabei unberücksichtigt gelassen, daß die bremische Regelung nicht das Ziel verfolgt, Gleichheit einzuschränken, sondern diese erst her- und sicherzustellen[136]. Die Maßnahme erfüllt damit schon tatbestandlich nicht den Begriff der Diskriminierung. Eindeutig ergibt sich dies aus Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie. Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie stellt klar, daß Fördermaßnahmen zur Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 2 Abs. 1 der Richt-

133 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 15, 16.
134 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 21.
135 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 22.
136 Näher zu diesem Argument unten II.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

linie widersprechen. Zweck der Regelung ist es, den Mitgliedstaaten den Freiraum für die Erprobung verschiedener Modelle der Frauenförderung zu geben. Der EuGH verengt die Reichweite dieser klarstellenden Vorschrift über Gebühr und nimmt ihr damit ihren Sinn. Seine Interpretation läuft zudem dem Grundgedanken des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3 Abs. 2 EGV zuwider. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Frage positiver Maßnahmen zur Herstellung der Gleichberechtigung auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können sollte.

Doch selbst unter Beachtung der Kalanke-Entscheidung des EuGH ist der Raum für Quotenregelungen weiter, als vielfach angenommen wird[137]. Die Analyse der Reichweite der Kalanke-Entscheidung stößt freilich auf eine Schwierigkeit. Im Tatbestand nimmt der EuGH zur Kenntnis, daß das BAG die bremische Vorschrift verfassungskonform so auslegt, daß sie eine Härteklausel enthält. Im Tenor stellt der EuGH aber fest, daß eine nationale Regelung, die Frauen *automatisch*[138] den Vorrang einräume, europarechtswidrig sei. Auch in den Gründen spricht der EuGH immer nur davon, daß es nicht angehe, Frauen »automatisch«[139] oder »absolut und unbedingt«[140] den Frauen Vorrang einzuräumen. Damit kann aber nur eine Vorschrift gemeint sein, die – wie der Wortlaut des bremischen Gesetzes – keine Härteklausel enthält. Die Einbeziehung einer Härteklausel in die Entscheidungsfindung der Behörde verhindert eine automatische, absolute und unbedingte Bevorzugung. Denn die Härteklausel verlangt – auch wenn sie als Ausnahmevorschrift restriktiv auszulegen sein mag – eine Abwägung im Einzelfall.

Über die Europarechtsmäßigkeit leistungsbezogener Quoten mit Härteklausel hat der EuGH – bisher – entgegen der Auffassung des OVG Nordrhein-Westfalen[141] – nicht entschieden[142]. Die Mitteilung im Tatbestand, nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts enthalte das Gesetz eine Härteklausel, war für die Entscheidung des EuGH offenbar nicht von Bedeutung. Denn die – im Wege der Auslegung seitens des BAG gewonnene Härteklausel – fand keinen Eingang in die dem EuGH gestellten Fragen; die Vorlagefragen waren anhand des Gesetzeswortlauts formuliert worden[143]. Die Härteklausel wurde weder

137 Irreführend sind insoweit etwa viele Schlagzeilen in der Presseberichterstattung über die Kalanke-Entscheidung, die den Eindruck erwecken, der EuGH habe alle Formen von Quotenregelungen für europarechtswidrig erklärt, so etwa: Die Welt vom 18.10.1995, S. 1: »Frauenquoten verstoßen gegen EU-Recht«; ähnlich auch Handelsblatt vom 18.10.1995, S. 1; Tagesspiegel vom 18.10.1995, S. 1; Focus 43/1995, S. 20.

138 Hervorhebung durch die Verf.

139 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 16, 24.

140 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 22.

141 Beschluß vom 19.12.1995 – 6 B 2688/95.

142 So auch Colneric, Frauenquoten, S. 268; Schiek, Kalanke, S. 513 f.; BAG vom 5.3.1996 – 1 AZR 590/92 (A), S. 20 ff.

143 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im Tenor noch in den Entscheidungsgründen erwähnt oder gar erörtert. Ausschlaggebend für die Bindungswirkung einer Entscheidung ist aber der Tenor (ergänzt durch tragende Gründe)[144]. In diesem Sinne interpretiert auch der deutsche Richter am EuGH Dr. Hirsch die EuGH-Entscheidung. In einem Interview äußerte er Skepsis gegenüber der Auslegungsmöglichkeit des bremischen Gesetzes und führte aus, daß der EuGH nicht das Bremer Gesetz auszulegen, sondern entsprechend der Formulierung des Vorlagebeschlusses zu entscheiden gehabt hätte, ob eine Regelung ohne formulierte Ausnahmemöglichkeit mit dem Europarecht vereinbar sei[145].

Gegen ein solches Verständnis der Entscheidung spricht auch nicht die als zusätzliches Argument angeführte Passage zu Ergebnis- und Chancengleichheit. Der Gerichtshof führt aus, daß die Regelung insofern, als sie darauf abziele, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviele Frauen wie Männer vertreten seien, an die Stelle der in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis setze, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte[146]. Isoliert betrachtet, wäre es denkbar, diesen Absatz – etwa in Anknüpfung an die Ausführungen des Generalanwalts Tesauro[147] – dahin zu verstehen, daß alle Formen von Quotenregelungen als nicht der Förderung der Chancengleichheit dienend, sondern ergebnisorientiert erschienen und europarechtlich unzulässig wären. Im Kontext der Entscheidung kommt diesem Absatz eine solche Bedeutung nicht zu. Sonst müßte man dem EuGH unterstellen, daß er ausdrücklich zwar nur automatische Quotenregelungen für europarechtswidrig erklärt, implizit damit aber alle Formen von Quotenregelungen meint. Mit diesem – nicht leicht verständlichen – Absatz spricht sich der EuGH vielmehr nur gegen Regelungen aus, die statt Förderung der Chancengleichheit Ergebnisse herstellen sollen. Damit ist weiter zu prüfen, ob die Bremer Regelung als Förderung der Chancengleichheit anzusehen ist. Zu dieser Frage äußert sich der EuGH nicht; er kann es auch nicht, denn für die Auslegung nationalen Rechts ist er nicht zuständig. Man kann der EuGH-Entscheidung daher allenfalls entnehmen, daß die Bremer Regelung nur solange angewendet werden darf, als sie noch als Förderung von Chancengleichheit zu interpretieren ist. Dies ist solange der Fall, wie Frauen benachteiligt werden[148]. Mehr als eine zeitliche Begrenzung der An-

144 EuGHE 1978, 855, 859 (Bosch II).
145 Zeitung des Deutschen Jurisitinnenbundes Nr. 4, Dez. 1995, S. 1, 2.
146 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 23.
147 Schlußantäge des Generalanwalts Tesauro vom 6.4.1995, Rs. C-450/93, Rdn. 9 ff.
148 Vgl. dazu unten II.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wendbarkeit der Maßnahmen und eine Beschränkung ihres Ausmaßes kann damit nicht gemeint sein.
Wegen der ungeklärten Frage der europarechtlichen Zulässigkeit von leistungsbezogenen Quoten mit Härteklausel hat das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen beschlossen, diese Frage mit Bezug auf § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen dem EuGH vorzulegen[149]. Entgegen der Auffassung des VG Gelsenkirchen müßte der EuGH die Europarechtmäßigkeit der leistungsbezogenen Quote mit Härteklausel aber jedenfalls bejahen. Unbestreitbar sollen nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie Frauenfördermaßnahmen zulässig sein. Wenn darunter nicht einmal so moderate Quotenregelungen wie die nordrhein-westfälische fallen sollten, liefe diese Ausnahme leer. Europarechtlich ist daher – selbst unter Beachtung der EuGH-Entscheidung – für alle Quotenregelungen Raum, die Frauen nicht automatisch den Vorrang einräumen. Darunter fallen leistungsbezogene Quoten mit Härteklausel ebenso wie Zielvorgaben.
Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Entscheidung des EuGH nicht auf Grund von Primärrecht erging. Den Organen der Union steht es daher frei, die Richtlinie 76//207/EWG zu ändern[150].

II. *Quotenregelungen und Art. 3 GG*

Nach dem oben entwickelten Verständnis ist Art. 3 Abs. 2 GG gegenüber Art. 3 Abs. 3 GG im Hinblick auf Frauenfördermaßnahmen spezieller[151]. Durch die Einfügung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG wird diese Auffassung bestätigt und bestärkt. Denn der (objektive) Schutzzweck[152] des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG, der zur Begründung der Spezialität herangezogen wurde, ist nun ausdrücklich und eindeutig als Verfassungsauftrag im Grundgesetz normiert. Damit wird um so deutlicher, daß der Sachbereich des Geschlechterverhältnisses in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG abschließend in der Weise geregelt ist, daß der in Art. 3 Abs. 2 GG normierten tatsächlichen (materialen) Gleichberechtigung in gewissem Umfang Vorrang gegenüber der merkmalsbezogenen (formalen) Gleichheit des Art. 3 Abs. 3 GG zukommt.

149 Beschluß vom 21.12.1995 – 1 K 6303/94.
150 Dem Deutschen Bundestag liegt insoweit schon ein Antrag der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vor: BT-Drucks. 13/3250.
151 Siehe oben S. 372 ff; für Spezialität auch Raasch, Frauenquoten, S. 242 ff.
152 Darauf, daß insoweit eine objektiv-rechtliche Interpretation der Norm erforderlich war, hat Bumke, Art. 3 GG, S. 132, Fn. 53, zu Recht hingewiesen.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Auffassung, Art. 3 Abs. 2 GG komme gegenüber Art. 3 Abs. 3 GG Spezialität zu, ist heftigen Angriffen ausgesetzt. So wird ihr vorgeworfen, sie definiere »reale Interessengegensätze und konkurrierende Rechtspositionen begriffsstrategisch weg«[153]. Dieser Einwand geht fehl. Spezialität bedeutet keineswegs, daß alle Maßnahmen, die unter dem Stichwort Frauenförderung erdacht werden könnten, verfassungsrechtlich zulässig sind. Im Gegenteil wurde bereits oben ausgeführt[154], daß Art. 3 Abs. 2 GG Spezialität nur soweit beanspruchen kann, wie sein Schutzzweck reicht. So wurden Grenzen für zulässige Frauenfördermaßnahmen in dreifacher Hinsicht aufgezeigt: Frauenfördermaßnahmen müssen sich am Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG ausrichten und ausweisen, sie sind nur zeitlich begrenzt zulässig und in ihrem Ausmaß beschränkt[155]. Dieser letzte Aspekt soll im folgenden weiter verdeutlicht werden.

1. Als besonderer Gleichheitssatz kann Art. 3 Abs. 2 GG Regelungen, die Männer und Frauen unterschiedlich behandeln, nur dann und nur insoweit verlangen, als Ungleichheiten in der tatsächlichen Ausgangslage zwischen beiden Gruppen bestehen[156]. Quotenregelungen für Frauen sind daher nur dann zulässig, wenn sie im Hinblick auf Nachteile, die gegenüber Frauen bestehen, zu rechtfertigen sind.
Eine solche Verknüpfung muß aktuell bestehen. Die Bezugnahme auf die Vergangenheit genügt nicht. Verfolgten also Quotenregelungen den Zweck, die Enkelinnen der Opfer gegenüber den Enkeln der Täter zu bevorzugen, wären sie eindeutig verfassungswidrig. In dieser Weise werden Quotenregelungen aber auch nur von Quotengegnern »legitimiert«, um ihnen damit in Wahrheit jegliche Legitimation abzusprechen[157].
Viele Quotengegner stellen sich indes überhaupt nicht die Frage, ob Quotenregelungen als Nachteilsausgleich – für aktuelle Nachteile – gerechtfertigt werden können; sie tun die Existenz von Benachteiligung mit leichter Hand im wesentlichen damit ab, daß sie darauf verweisen, es sei doch alles schon deutlich besser als früher[158]. Damit ist zwar belegt, daß sich die Lage der Frauen verbessert hat, nicht aber ist damit widerlegt, daß sie nicht immer noch

153 Fisahn, Quotenregelungen, S. 355; ähnlich heftig auch Huster, Besprechung, S. 115.
154 S. 378.
155 Oben S. 378 f.
156 Huster, Besprechung, S. 115, übersieht, daß ein Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz daher auch keine zusätzlichen Gesichtspunkte brächte. Zudem ist ein solcher Rückgriff ausgeschlossen, weil der Sachbereich des Verhältnisses zwischen den Geschlechtern in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG abschließend geregelt ist.
157 Siehe etwa OVG Münster, NVwZ 1991, S. 501, 502.
158 Huster, Frauenförderung, S. 114 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wesentlich durch Benachteiligung geprägt wird[159]. Frauen wachsen in einer patriarchalisch geprägten Gesellschaft auf[160], sie werden weiterhin strukturell benachteiligt[161]. Ihre Benachteiligung beruht auf dem Zusammenwirken ganz unterschiedlicher Faktoren, die sich als einzelne kaum isolieren lassen. Es ist daher häufig ausgeschlossen, konkrete Benachteiligungen kausal auf bestimmte, genau identifizierbare Diskriminierungen zurückzuführen[162]. Dabei bezieht sich das keineswegs nur auf allgemeine gesellschaftliche Zustände, sondern wirkt sich häufig auch auf konkrete Auswahlentscheidungen aus. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen.

Ganz überwiegend werden auch heute noch Personalentscheidungen – zumal wenn es um höhere Positionen geht – von Männern getroffen. Es käme einem Wunder gleich, wenn all diejenigen, die bis vor kurzem noch gelernt hatten, daß eigentliche Aufgabe der Frau die Mutterschaft sei und daß Frauen ungeeignet seien, um verantwortungsvolle Positionen wahrzunehmen, diese Auffassung innerhalb kürzester Zeit abgelegt hätten. Dagegen spricht jegliches psychologisches Wissen. Zudem wird die Auffassung, Mütter sollten sich – jedenfalls für einen langen Zeitraum – primär oder gar ausschließlich der Erziehung ihrer Kinder widmen, heute noch von einem beachtlichen Teil der Bevölkerung vertreten[163]. Auch ist es gesellschaftlich weiterhin üblich und (in bestimmten Kreisen) anerkannt, die altbekannten Vorurteile über die Unterschiede zwischen den Geschlechtern kundzutun[164]. Daß es also – und in nicht geringem Umfang – auch heute noch Männer gibt, die Frauen Führungsqualitäten absprechen, läßt sich wohl kaum bestreiten. Freilich haben diese Männer

159 Geradezu abenteuerlich mutet die Behauptung von Generalanwalt Tesauro an: »Der Umstand, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts die gleiche Qualifikation haben, bringt nämlich definitionsgemäß mit sich, daß die Bewerber die gleichen Chancen hatten und haben« (Schlußanträge in der Rechtssache C-450/93 – Kalanke, Rdn. 13). Nach dieser Logik kann es Diskriminierung nicht geben oder gegeben haben.

160 Daß diesem Umfeld nicht zu entrinnen ist, zeigt etwa der unterhaltsame Bericht von Grabrucker, Typisch Mädchen.

161 Benda, Notwendigkeit, S. 7.

162 Zurückzuweisen ist daher die Auffassung von Scholz, Frauenförderung nur dann zuzulassen, wenn individuelle Benachteiligungen im Lebenslauf der geförderten Frauen tatsächlich festzustellen sind, Anmerkung, S. 953.

163 30% der West- und 34% der Ostdeutschen sind der Ansicht, daß für die Betreuung der kleinen Kinder in erster Linie die Mutter zuständig sein sollte (IPOS-Studie, S. 39). Zudem meinen 63% der Westdeutschen, daß es der Entwicklung eines Kindes schadet, wenn es vor dem Kindergartenalter außerhalb der Familie betreut wird; in Ostdeutschland sind dies nur 39% (IPOS-Studie, S. 44).

164 Um nur auf drei neuere Veröffentlichungen in juristischen Fachzeitschriften (NJW, ZRP und DöD) hinzuweisen: Kallmeyer, Alleinverdiener-Hausfrauen-Ehe, S. 2330; Quambusch, Benachteiligung (der Aufsatz von Quambusch forderte aber auch einigen Widerspruch heraus: von Hasseln, Mann-O-Mann; Müller-Piepenkötter u.a., Durchsetzung; Krohn/Lukat, Mythos; Wedekind, Noch einmal); Deter, Frauenrechte, S. 26, hält die Forderung, für eine wirkliche Wahlfreiheit zwischen Erwerbstätigkeit und Familientätigkeit Sorge zu tragen, für eine »Apotheose des Emanzipationsgedankens«.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

inzwischen gelernt. Sie äußern solche Aussagen in Runden, in denen sie Gleichgesinnte wähnen, allgemein oder unter vier Augen. Es wäre pure Dummheit, wenn Männer eine konkrete Absage gegenüber einer Bewerberin in dieser Weise – und zudem beweisbar – begründeten. § 611 a BGB zeitigt insoweit Wirkung. Aber allein der Umstand, daß Diskriminierung nicht mehr auf den üblichen Wegen beweisbar ist, bedeutet nicht, daß sie deswegen nicht mehr existierte.

Frauen werden aber selbst in Fällen, in denen jede Diskriminierungsabsicht fehlt, häufig benachteiligt. So wird etwa die Qualifikation von Frauen oft schlechter beurteilt als die von Männern. Auch dies ist leicht erklärlich. Jeder legt bei der Beurteilung von Fähigkeiten Maßstäbe an, die sich am eigenen Erfahrungshorizont ausrichten. Die Beurteilung eines Personenkreises, dessen Sozialisation von der typisch männlichen Biographie abweicht, bietet daher viele Fehlerquellen. Zudem werden häufig Kriterien verwendet, die für die konkrete Stelle zwar nicht erforderlich, aber bisher üblich sind und von Frauen weniger gut erfüllt werden können. So wird weiterhin davon ausgegangen, daß der »normale Arbeitnehmer« von Aufgaben in der Reproduktionssphäre völlig entlastet sein muß. Er muß – jedenfalls in Führungspositionen – unbegrenzt belastbar und rund um die Uhr verfügbar sein. Frauen sind dies typischerweise nicht. Bei Müttern ist dies offensichtlich, aber auch viele kinderlose Frauen sind durch familiäre Aufgaben, wie etwa die Pflege alter Eltern, stärker gebunden. Die »fehlende Belastbarkeit« der Frauen wird im Hinblick auf ihre Eignung – gerade bei Führungspositionen – negativ bewertet, bei jungen Frauen wird sie häufig, auch wenn sie (noch) nicht besteht, antizipiert.

Frauen erleiden auch heute noch erhebliche Nachteile in ihrem beruflichen Werdegang. Unter gleichheitsrechtlichem Blickwinkel wäre es selbstverständlich am besten, wenn die Fälle, in denen Frauen bei der Auswahlentscheidung diskriminiert werden, als Einzelfälle sanktioniert werden könnten. Doch ist dies nicht möglich. Bewußte Diskriminierung wird allenfalls in Ausnahmefällen der abgelehnten Bewerberin in beweisbarer Form zur Kenntnis gebracht, und unbewußte Diskriminierung zeichnet sich gerade dadurch aus, daß sie häufig nicht einmal dem Handelnden, geschweige denn Dritten bewußt ist. Eine Sanktionierung im Einzelfall scheidet daher aus. Es gibt daher nur zwei Möglichkeiten, mit dieser Situation umzugehen. Man kann entweder die Frauen weiter benachteiligt sein lassen, oder man kann – wie etwa durch Quotenregelungen – gegensteuern. Überspitzt formuliert lautete die Rechtfertigung für leistungsbezogene Quoten folgendermaßen: Frauen, denen gleiche Qualifikation wie einem Mann attestiert wird, sind in Wahrheit häufig besser qualifiziert. Und Zielvorgaben gehen individuell und konkret auf den jeweili-

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gen Bereich bezogen davon aus, daß – wenn es diskriminierungsfrei zuginge – bei der Besetzung einer Anzahl von Stellen ein bestimmter Prozentsatz auf Frauen entfallen müßte. Werden weniger Frauen als im Frauenförderplan vorgesehen eingestellt oder befördert, gilt dies als Indikator für Diskriminierung und rechtfertigt Sanktionen.
Beide Handlungsalternativen haben ihre Nachteile. Im ersten Fall, in dem man nichts zur Beseitigung der Benachteiligung unternimmt, läßt man die Opfer schutzlos, im zweiten Fall werden durch Quotenregelungen einige Frauen »unverdient«, da nicht diskriminiert, bevorzugt. Welches Modell man wählt, ist eine politische Entscheidung und hängt entscheidend davon ab, ob man Diskriminierung als Ausnahmeerscheinung oder als häufiges Phänomen ansieht. Verfassungsrechtlich ist gegen eine Einschätzung des Gesetzgebers dahingehend, daß Diskriminierung verbreitet und umfassend ist, nichts zu erinnern. Im Gegenteil spricht der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG dafür, daß Diskriminierungsopfer jedenfalls nicht praktisch schutzlos gestellt werden dürfen. Quoten bezwecken keine Privilegierung von Frauen, sondern stellen einen Versuch dar sicherzustellen, daß nicht (länger) schlechtere Männer besseren Frauen vorgezogen werden[165].
Die Rechtfertigung von Quotenregelungen als Nachteilsausgleich führt zu Beschränkungen ihrer Zulässigkeit. Es sind nicht beliebige Maßnahmen zur Frauenförderung zulässig. Eine Maßnahme etwa, die – selbst für eine begrenzte Zeit – *alle* Positionen Frauen vorbehält, wäre verfassungswidrig. Denn Quotenregelungen dürfen nur so ausgestaltet werden, daß sie sich noch als Nachteilsausgleich, d.h. als Maßnahme zur Förderung tatsächlicher Chancengleichheit, verstehen lassen.

2. Auf ein weiteres Argument in der Quotendiskussion sei kurz eingegangen. Denen, die Quotenregelungen für zulässig halten, wird häufig vorgeworfen, sie opferten das Individuum der Gruppe. Dies sei nicht zulässig, da die Grundrechte Individualrechte seien[166]. Dieses Argument trägt nicht. Daß Grundrechte Individualrechte sind, bedeutet allgemein gesprochen nur, daß sie dem Einzelnen zustehen; welchen Inhalt sie haben, ist damit nicht ausgesagt. Aber auch enger bezogen auf Gleichheitsrechte führt dieser Einwand in die Irre. Er übersieht, daß gleichheitsrechtliche Ansprüche gegenüber dem Gesetzgeber immer gruppenbezogenes Denken beinhalten. Wie könnte es auch anders sein? Es ist ausgeschlossen, daß eine Rechtsnorm nur Individuen

165 Sacksofsky, Stellungnahme GVK, S. 98.
166 Vgl. etwa: Sachs, HStR, § 126, Rdn. 124; Brohm, Soziale Grundrechte, S. 220; Huster, Frauenförderung, S. 126 f.; Hofmann, Gleichberechtigung, S. 263.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

betrifft; sie behandelt Einzelne immer in ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe. Gerade dies kommt auch im Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz zum Ausdruck, das dabei selbstverständlich von der Ungleichbehandlung von Personengruppen spricht[167]. Die Behauptung des »Vorrangs des Individualrechts vor dem Gruppenrecht« ist also keineswegs allgemeiner Natur, sondern bezieht sich allein auf das Geschlechterverhältnis[168]. Dann aber ist er kein Argument mehr, sondern selbst nur These. Weshalb diese These nicht zutrifft, sei hier nur noch einmal kurz zusammengefaßt[169].

Der Begriff des Individualrechts wie er in der Quotendiskussion verwendet wird, bedeutet nichts anderes als das Differenzierungsverbot, mithin also formale Gleichheit. Das Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht führt unter heutigen Bedingungen – nach Abschaffung der Frauen benachteiligenden Differenzierungen und bei ungleicher Ausgangslage der Geschlechter – allein zu positiven Schutzwirkungen für Männer. Damit werden die tatsächlichen Vorteile der Männer zementiert. Das Bestehen auf formaler Gleichheit verhindert die Schaffung tatsächlicher Gleichheit. Dennoch wäre das Insistieren auf formaler Gleichheit dann gerechtfertigt, wenn sich zeigen ließe, daß formale Gleichheit zum unabdingbaren Kern der Menschenrechte gehört. Doch dies ist nicht der Fall. Auch heute noch wird das Merkmal Geschlecht in manchem Zusammenhang völlig unangefochten verwendet, wie etwa bei der Differenzierung der Toiletten oder der Bekleidungsvorschriften[170] nach dem Geschlecht. Zum unabdingbaren Menschenwürdekern gehört nur, daß eine Differenzierung nach dem Geschlecht dann verboten ist, wenn sie Menschen abwertet, sie ausgrenzt oder stigmatisiert, wenn ihnen damit der Respekt und die Anerkennung versagt werden soll[171]. Bei Frauenfördermaßnahmen, die die Herstellung gleicher Ausgangsbedingungen anstreben, ist dies gegenüber Männern offensichtlich nicht der Fall. Diskriminierung hat etwas mit Macht zu tun[172]. Gleichheitsrechtlichen Schutzes bedürfen daher die Personen, bei denen eine solche Gefahr der Abwertung besteht. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, daß diese Gefahr nicht auf individuellen Merkmalen, sondern auf ihrer Zugehörigkeit zu der benachteiligten Gruppe

167 Vgl. BVerfGE 55, 72, 88; 88, 87, 96; 91, 389, 401; st. Rspr.
168 Er kann sich freilich auch auf ethnische Minderheiten beziehen. Doch stellen sich dabei strukturell die gleichen Fragen, vgl. dazu Sacksofsky, Schwarze und Frauen, S. 218 ff. In Deutschland ist diese Argumentation derzeit allein im Hinblick auf Frauen relevant.
169 Vgl. oben S. 274 ff., 310 ff., S. 333 ff.; vgl. auch Sacksofsky, Schwarze und Frauen, S. 231 ff.
170 »Oben ohne« ist in der Öffentlichkeit nur Männern gestattet.
171 Vgl. Dworkin, Principle, S. 300 ff; Rights, S. 225 ff.
172 Darauf weist McKinnon zu Recht immer wieder hin.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

basiert[173]. Wer dies leugnet, übersieht die grundlegende Funktionsweise von Diskriminierung[174].
Hinzu kommt ein grundrechtstheoretisches Argument. Grundrechte dienen dem Schutz von Minderheiten. Sie sollen bestimmte unveräußerliche Grundpositionen der Einzelnen Mehrheitsentscheidungen gegenüber absichern. Eines solchen Schutzes bedarf aber nur eine Gruppe, der die Macht fehlt, ihre Interessen durchzusetzen. Sie ist Minderheit in diesem Sinne. Die Angehörigen der Mehrheit sind durch ihre Repräsentation im Parlament hinreichend gesichert[175]. Der absolute Vorrang des sogenannten Individualrechts vor dem sogenannten Gruppenrecht ist weder inhaltlich zu rechtfertigen noch grundrechtstheoretisch geboten.

3. Eine weitere Bestätigung findet die Auffassung, daß Art. 3 Abs. 2 GG im oben beschriebenen Sinne im Hinblick auf Frauenfördermaßnahmen spezieller ist, im Vergleich mit anderen Lösungsvorschlägen.
Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verlangt positive Maßnahmen zugunsten der Durchsetzung der Gleichberechtigung. Zwar schreibt diese Vorschrift nicht im einzelnen vor, welche Maßnahmen der Staat zu ergreifen hat. Es wäre aber abwegig anzunehmen, daß zu dem Bündel an verfassungsgeforderten oder jedenfalls verfassungsrechtlich zulässigen Maßnahmen nicht auch Frauenfördermaßnahmen gehören sollten, also solche Maßnahmen, die an das Merkmal Geschlecht anknüpfen. Damit ist offensichtlich, daß jedenfalls in gewissem Umfang das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG auf Grund des Verfassungsauftrags aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eingeschränkt werden kann. Die herkömmliche Auffassung, die jegliche Form von Frauenfördermaßnahmen ablehnt, ist überholt[176].
Heute wird zur Lösung des Konflikts zwischen Diskriminierungsverbot und Verwirklichung des Verfassungsauftrages überwiegend auf Abwägung, die Herstellung praktischer Konkordanz, verwiesen[177]. Dieser Weg entspricht der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[178]. Es fehlt aber zu-

173 Siehe oben S. 335.
174 Beispielsweise haben junge (zumal verheiratete) Frauen schlechtere Chancen bei vielen Bewerbungen unabhängig davon, ob sie persönlich in ihrem Lebensplan Kinder vorgesehen haben oder nicht. In die Beurteilung ihrer »Rentabilität« fließen die typischen Erwartungen mit ein.
175 Die derzeit in Kraft befindlichen Gleichstellungsgesetze sind von Gesetzgebern beschlossen worden, die zumeist zu über drei Vierteln aus Männern bestehen.
176 So auch König, Grundgesetzänderung, S. 844.
177 Siehe etwa: Bumke, Art. 3 GG, S. 132; Fisahn, Quotenregelungen, S. 356; Vogel, Verfassungsreform, S. 415 f.; Schneider, Gleichstellung, S. 32 ff; Schlachter, Gleichberechtigung, S. 63 ff; Schiek, Nachtarbeitsverbot, S. 161.
178 BVerfGE 92, 91, 109 (»im Wege der Abwägung«); siehe oben S. 388 f.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

meist an einer dogmatischen Strukturierung dieser Abwägung. Die verfassungsrechtliche (und -gerichtliche) Überprüfung von Frauenfördermaßnahmen läuft damit Gefahr, allein von den persönlichen Einschätzungen und politischen Prioritäten der Beteiligten abhängig zu sein. Versucht man die »Abwägung« methodisch zu disziplinieren, muß am Anfang die Einsicht stehen, daß es sich im vorliegenden Fall um eine besondere Konstellation handelt. Es sind nicht – wie üblicherweise – vollkommen verschiedene Grundrechtspositionen, wie etwa der Schutz der persönlichen Ehre und die Meinungsfreiheit, gegeneinander abzuwägen. Im vorliegenden Fall ist allein ein Sachbereich, nämlich die Gleichheit von Männern und Frauen, betroffen. Eine Abwägung kann daher nur überzeugen, wenn sie eine genaue Analyse des Sachbereichs vornimmt. Geschieht dies, müßte man sich dieselben Fragen nach dem Verhältnis von formaler und tatsächlicher Gleichheit zwischen den Geschlechtern stellen, die nach der hier vertretenen Auffassung zum Ergebnis der Spezialität geführt haben. So könnte man auch im Wege der Abwägung zu den hier vorgestellten Ergebnissen kommen[179]. Dann würde es sich lediglich um eine unterschiedliche dogmatische Konstruktion ohne Auswirkungen auf das Ergebnis handeln. Da dabei das Verhältnis zweier denselben Lebensbereich betreffenden Normen zueinander generell bestimmt wird, ist es m.E. klarer, diese Fragen innerhalb der dogmatischen Kategorie der Spezialität als dem Auffangbegriff der Abwägung zu stellen.

Daß Quotenregelungen in bestimmtem Ausmaß verfassungsrechtlich zulässig sind, beantwortet freilich nicht die Frage, ob sie auch sinnvoll sind. Hier ist nach den Erfahrungen der letzten Jahre durchaus Skepsis angezeigt. Der ungeheure Aufwand vieler engagierter Frauen und einiger Männer hat (bisher) nur wenig tatsächliche Erfolge erzielt. Angelika Wetterer hat dies für die Situation der Wissenschaftlerinnen in Zeiten der Frauenförderung mit »rhetorische Präsenz – faktische Marginalität« treffend umschrieben[180]. Aufgabe der Frauenpolitik in den nächsten Jahren wird es daher sein darüber nachzudenken, ob die Wirksamkeit der bisherigen Instrumente der Frauenförderung verbessert werden kann, oder ob grundsätzlich neue Instrumente entwickelt werden müssen.

179 In diese Richtung wohl König, Grundgesetzänderung, S. 844.
180 So der Titel ihres Aufsatzes.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Literaturverzeichnis für die ersten vier Kapitel

Abendroth, Wolfgang: Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Alfred Herrmann (Hrsg.), Aus Geschichte und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag von Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279-300.

Abram, Morris B.: Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers, in: 99 Harvard L. Rev. (1986), S. 1312-1326.

Ackerman, Bruce A.: Beyond Carolene Products, in: 98 Harvard L. Rev. (1985), S. 713-746.

Adelman, Ronald W.: Voluntary Affirmative Action Plans by Public Employers: the Disparity in Standards between Title VII and the Equal Protection Clause, in: 56 Fordham L. Rev. (1987), S. 403-430.

Aldag, Heinrich: Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung. Eine öffentlichrechtliche Abhandlung auf rechtsvergleichender Grundlage, Berlin 1925.

Alessandra, Anita M.: When Doctrines Collide: Disparate Treatment, Disparate Impact, and *Watson v. Fort Worth Bank & Trust,* in: 137 U. Pennsylvania L. Rev. (1989), S. 1755-1790.

Alexy, Robert: Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: Der Staat 1990, S. 49-68.
zit.: Grundrechte.

ders.: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.
zit. Theorie.

Alstyne, William van: Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution, in: 46 U. Chicago L. Rev. (1979), S. 775-810.

Andritzky, Frank W./Andritzky, Joseph G.: Affirmative Action: The Original Meaning, in: 17 Lincoln L. Rev. (1987), S. 247-273.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl., Berlin 1933.

Apelt, Willibalt: Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes, in: JZ 1951, S. 353-359.

Arndt, Adolf: Gedanken zum Gleichheitssatz, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Zweiter Band, Tübingen 1966, S. 179-185.
zit.: Gleichheitssatz.

ders.: Das nicht erfüllte Grundgesetz. Ein Vortrag, Tübingen 1960.
zit.: Grundgesetz.

Arnold, Egon: Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht. Ein Kommentar zu der Rechtssituation seit dem 1. April 1953, Berlin - Frankfurt 1954.

Bachof, Otto: Anmerkung zum Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 22. April 1953 - 3 U 51/53 -, in: DVBl. 1953, S. 601-603.
zit.: Anmerkung.

ders.: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12 (1954), S. 37-79.
zit.: Sozialer Rechtsstaat.

Badura, Peter: Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat 1975, S. 17-48.
zit.: Soziale Grundrechte.

ders.: Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, München 1986.
zit.: Staatsrecht.

Bäumer, Gertrud: Die Frau im Deutschen Staat, Berlin 1932.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ballhausen, Anne/Brandes, Uta/Karrer, Marva/Schreiber, Robert: Zwischen traditionellem Engagement und neuem Selbstverständnis - weibliche Präsenz in der Öffentlichkeit. Eine empirische Untersuchung zur politischen und sozialen Partizipation von Frauen, Bielefeld 1986.
Bartholet, Elizabeth: Application of Title VII to Jobs in High Places, in: 95 Harvard L. Rev. (1982), S. 947-1027.
Battis, Ulrich: Der Einfluß sozialstaatlicher Tendenzen auf die Entscheidungsstrukturen der öffentlichen Verwaltung, in: Personalvertretung 1988, S. 26-34.
zit.: Einfluß.
ders.: Entwicklung des Beamtenrechts im Jahre 1989, in: NJW 1990, S. 1214-1219.
zit.: Entwicklung.
Baur, Fritz: Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 5. Mai 1959 - V Blw 47/58 -, in: JZ 1959, S. 441-444.
Beauvoir, Simone de: Das andere Geschlecht. Sitte und Sexus der Frau, (Le Deuxième Sexe 1949), Reinbek 1968.
Bebel, August: Die Frau und der Sozialismus. (Die Frau in der Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.), 10. Aufl., Stuttgart 1891.
Becker, Carl L.: The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas, New York 1942.
Becker, Mary E.: Prince Charming: Abstract Equality, in: 1987 Supreme Court Rev., S. 201-247.
Beitzke, Günther: Die elterliche Gewalt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: JR 1959, S. 401-405.
zit.: Elterliche Gewalt.
ders.: Gleichberechtigung und Familienrechtsreform, in: JZ 1952, S. 744-746.
zit.: Gleichberechtigung.
ders.: Gleichheit von Mann und Frau, in: Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Zweiter Band, Berlin 1954, S. 199-242.
zit.: Gleichheit.
Bell, Derrick A. Jr.: *Bakke,* Minority Admissions, and the Usual Price of Racial Remedies, in: 67 California L. Rev. (1979), S. 3-19.
zit.: Bakke.
ders.: In Defense of Minority Admissions Programs: A Response to Professor Graglia, in: 119 U. Pennsylvania L. Rev. (1970), S. 364-370.
zit.: Defense.
ders.: Race, Racism and American Law, 2. Aufl., Boston - Toronto 1980.
zit.: Race.
Belton, Robert: Discrimination and Affirmative Action: An Analysis of Competing Theories of Equality and *Weber,* in: 59 North Carolina L. Rev. (1981), S. 531-598.
Benda, Ernst: Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst. Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei - Leitstelle Gleichstellung der Frau - der Freien und Hansestadt Hamburg, 1986.
zit.: Notwendigkeit.
ders.: Der soziale Rechtsstaat, in: ders. u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, S. 477-553.
zit.: Sozialer Rechtsstaat.
Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin - New York 1983.
Berens, Wolfgang: Zur Entscheidungsrelevanz einer Durchschnittsgröße. Oder: Judex non calculat, in: BB 1987, S. 2089-2091.
Bertelsmann, Klaus: Gleichbehandlung von jungen Frauen und Männern bei der Ausbildung und im Beruf, in: RdJB 1988, S. 89-100.
zit.: Gleichbehandlung bei der Ausbildung.
ders.: Gleichbehandlung zwischen Frauen und Männern nach bundesdeutschem und EG-Recht, in: BB 1983, S. 1805-1809.
zit.: Gleichbehandlung.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bethge, Herbert: Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 1985, S. 351-382.
zit.: Aktuelle Probleme.
ders.: Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, München 1977.
zit.: Grundrechtskollisionen.
Beyerlin, Ulrich: Anmerkung zu der Entscheidung des U.S. Supreme Court vom 2. Juli 1980 im Fall *Fullilove v. Klutznick,* in: EuGRZ 1980, S. 606-608.
zit.: Anmerkung.
ders.: »Umgekehrte Rassendiskriminierung« und Gleichbehandlungsgebot in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung. Zum *Bakke*-Urteil des U.S. Supreme Court vom 28. Juni 1978, in: ZaöRV 1979, S. 496-554.
zit.: Umgekehrte Rassendiskriminierung.
Bickel, Alexander M.: The Morality of Consent, New Haven - London 1975.
Bieback, Karl-Jürgen: Sozialstaatsprinzip und Grundrechte, in: EuGRZ 1985, S. 657-669.
Binder-Wehberg, Friedelind: Ungleichbehandlung von Mann und Frau. Eine soziologische und arbeitsrechtliche Untersuchung, Berlin 1970.
Binkert, Gerhard: Konzeptionelle Probleme bei arbeitsrechtlichen Teilreformen, in: JZ 1979, S. 747-752.
Blechschmidt, Frank L.: Die rechtliche Beurteilung von »Frauenquoten« und ihre Durchsetzbarkeit in der politischen Praxis, in: RuP 1989, S. 40-44.
Bleckmann, Albert: Staatsrecht II - Die Grundrechte, 3. Aufl., Köln - Berlin - Bonn - München 1989.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: Norbert Achterberg/Werner Krawietz/Dieter Wyduckel (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, S. 317-331.
zit.: Eigenart.
ders.: Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Horst Ehmke/Carlo Schmid/Hans Scharoun (Hrsg.), Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt 1969, S. 53-76.
zit.: Rechtsstaatsbegriff.
ders.: Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 1990, S. 1-31.
zit.: Grundsatznormen.
ders.: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, S. 1529-1539.
zit.: Grundrechtstheorie.
ders.: Kritik der Wertbegründung des Rechts. Überlegungen zu einem Kapitel »Rechtsphilosophie«, in: Reinhard Löw (Hrsg.), Oikeiosis. Festschrift für Robert Spaemann, Weinheim 1987, S. 1-21.
zit.: Kritik der Wertbegründung.
ders.: Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, in: NJW 1976, S. 2089-2099.
zit.: Verfassungsinterpretation.
ders.: Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: ders./Jürgen Jekewitz/Thilo Ramm (Hrsg.), Soziale Grundrechte. 5. Rechtspolitischer Kongreß der SPD vom 29. Februar bis 2. März 1980 in Saarbrücken. Dokumentation: Teil 2, Heidelberg - Karlsruhe 1981, S. 7-16.
zit.: Soziale Grundrechte.
ders.: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 47 (1988), S. 95-97.
zit.: Diskussionsbeitrag.
Böckenförde, Werner: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters. Ein Beitrag zur Frage der Justitiabilität von Art. 3 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes, Berlin 1957.
Bosch, F. W.: Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt, in: SJZ 1950, Sp. 625-646.
zit.: Gleichberechtigung.
ders.: Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juli 1959, in: FamRZ 1959, S. 406-416.
zit.: Zum Urteil.
Braun, Lily: Die Frauenfrage. Ihre geschichtliche Entwicklung und wirtschaftliche Seite, Leipzig 1901.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Brest, Paul: Affirmative Action and the Constitution: Three Theories, in: 72 Iowa L. Rev. (1987), S. 281-285.
zit.: Affirmative Action.
ders.: Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle, in: 90 Harvard L. Rev. (1976), S. 1-54.
zit.: Foreword.
Brilmayer, Lea: Carolene, Conflicts, and the Fate of the »Insider-Outsider«, in: 134 U. Pennsylvania L. Rev. (1986), S. 1291-1334.
Brockhaus: Enzyklopädie in zwanzig Bänden, Siebenter Band, 17. Aufl., Wiesbaden 1969.
Brockhaus Wahrig: Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden, Dritter Band, Stuttgart 1981.
Brooks, Roy L.: The Affirmative Action Issue: Law, Policy, and Morality, in: 22 Connecticut L. Rev. (1990), S. 323-372.
Brown, Barbara E./Emerson, Thomas I./Falk, Gail/Freedman, Ann E.: The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women, in: 80 Yale L. J. (1971), S. 871-985.
zit.: Equal Rights Amendment.
Brown, Barbara E./Freedman, Ann E./Katz, Harriet N./Price, Alice M.: Women's Rights and the Law. The Impact of the ERA on State Laws, New York - London 1977.
zit.: Women's Rights.
Brown, Judith Olans/Baumann, Phyllis Tropper/Melinck, Elaine Millar: Equal Pay for Jobs of Comparable Worth: An Analysis of the Rhetoric, in: 21 Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev. (1986), S. 127-170.
zit.: Equal Pay.
Brown, Judith Olans/Parmet, Wendy E./Baumann, Phyllis Tropper: The Failure of Gender Equality: An Essay in Constitutional Dissonance, in: 36 Buffalo L. Rev. (1987), S. 573-644.
zit.: Gender Equality.
Browne, Kingsley R.: Biology, Equality, and the Law: The Legal Significance of Biological Sex Differences, in: 38 Southwestern L. J. (1984), S. 617-702.
Brünneck, W. von: Gutachten. Bemerkungen zum Bundesbeamtenrecht, in: BB 1950, S. 482-483.
Brugger, Winfried: Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1987.
zit.: Grundrechte.
ders.: Recht und Rasse in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung, in: JZ 1989, S. 809-817.
zit.: Recht und Rasse.
Bulla, Gustav-Adolf: Hausarbeitstag und Gleichberechtigung, in: BB 1954, S. 100-103.
Bumiller, Herbert-Wilhelm: Zur Entwicklung und Durchsetzung des Gedankens der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Deutschland des 19. und 20. Jahrhunderts, Diss. iur. Freiburg 1953.

Caemmerer, Ernst von: Zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht, in: AöR 76 (1950), S. 144-161.
Canter, Karl: Gleichberechtigung und Richterrecht, in: NJW 1953, S. 850-851.
Capaldi, Nicholas: Out of Order. Affirmative Action and the Crisis of Doctrinaire Liberalism, Buffalo, N.Y. 1985.
Carter, Robert L.: The Warren Court and Desegregation, in: 67 Michigan L. Rev. (1968), S. 237-248.
Chamallas, Martha: Evolving Conceptions of Equality Unter Title VII: Disparate Impact Theory and the Demise of the Bottom Line Principle, in: 31 UCLA L. Rev. (1983), S. 314-383.
Chen, Edward: The Case for Minority Participation in Reverse Discrimination Litigation, in: 67 California L. Rev. (1979), S. 191-229.
Choper, Jesse H.: Continued Uncertainty as to the Constitutionality of Remedial Racial Classifications: Identifying the Pieces of the Puzzle, in: 72 Iowa L. Rev. (1987), S. 255-274.
Clague, Monique Weston: The Affirmative Action Schowdown of 1986: Implications for Higher Education, in: 14 J. of College and University Law (1987), S. 171-257.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Coen, Martin: Gleichberechtigung durch Ungleichbehandlung? - Beschäftigungsvorteile zu Gunsten benachteiligter Gruppen am Beispiel der USA -, in: DB 1987, S. 2041-2045.
Coester-Waltjen, Dagmar: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in den Vereinigten Staaten, in: JZ 1976, S. 257-263.
zit.: Gleichberechtigung.
dies.: Zielsetzung und Effektivität eines Antidiskriminierungsgesetzes, in: ZRP 1982, S. 217-222.
zit.: Zielsetzung.
Cohen, Marshall/Nagel, Thomas/Scanlon, Thomas (Hrsg.): Equality and Preferential Treatment. A Philosophy & Public Affairs Reader, Princeton 1977.
Colker, Ruth: Anti-Subordination Above All: Sex, Race, And Equal Protection, in: 61 New York U. L. Rev. (1986), S. 1003-1066.
Colneric, Ninon: Gleichberechtigung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: BB 1988, S. 968-976.
Constitutional Scholar's Statement on Affirmative Action After *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, in: 98 Yale L.J. (1989), S. 1711-1713.
zit.: Statement.
dies.: Reply to Professor Fried, in: 99 Yale L.J. (1989), S. 163-166.
zit.: Reply.
Creifelds: Die Rechtstellung der weiblichen Beamten in der Gesetzgebung der Bundesrepublik, in: JR 1950, S. 481-485.
Crenshaw, Kimberlé Williams: Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law, in: 101 Harvard L. Rev. (1988), S. 1331-1387.

Däubler-Gmelin, Herta: Frauenarbeitslosigkeit. Oder Reserve zurück an den Herd!, Reinbek 1977.
zit.: Frauenarbeitslosigkeit.
Däubler-Gmelin, Herta/Pfarr, Heide M./Weg, Marianne (Hrsg.): »Mehr als nur gleicher Lohn!«. Handbuch zur beruflichen Förderung der Frau, Hamburg 1985.
zit.: Mehr als gleicher Lohn.
Dann, Otto: Gleichheit und Gleichberechtigung. Das Gleichheitspostulat in der alteuropäischen Tradition und in Deutschland bis zum ausgehenden 19. Jahrhundert, Berlin 1980.
Days, Drew S.: Fullilove, in: 96 Yale L. J. (1987), S. 453-485.
Delgado, Richard: The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature, 132 U. Pennsylvania L. Rev. (1984), S. 561-578.
Dethloff, Nina/Walther, Susanne: Der Ehename im Lichte von Persönlichkeitsrecht und Gleichberechtigung, in: EuGRZ 1987, S. 41-47.
Deutscher Juristentag: Gleichberechtigung der Frau: Aufgaben und Schwierigkeiten. Eine Erörterung der Überlegungen über ein »Antidiskriminierungsgesetz«. Schlußveranstaltung, in: Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages (1982), Band II, S. O3-O49.
Dittrich, Elisabeth: Vorurteile statt Vorteile. Über die relative Unwirksamkeit der Frauenförderung im richterlichen und staatsanwaltlichen Dienst, in: DRiZ 1990, S. 72-73.
Dix, Alexander: Gleichberechtigung durch Gesetz. Die britische Gesetzgebung gegen die Diskriminierung der Frau im Arbeitsleben - ein Modell für die Bundesrepublik Deutschland?, Baden-Baden 1984.
zit.: Gleichberechtigung.
ders.: Wie man ein wirkungsloses Gesetz macht. Zur Kritik des geplanten arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots, in: Marielouise Janssen-Jurreit (Hrsg.), Frauenprogramm, S. 354-364.
zit.: Wirkungsloses Gesetz.
Dixon, Robert G. Jr.: *Bakke:* A Constitutional Analysis, in: 67 California L. Rev. (1979), S. 69-86.
Dobberthien, Marliese: Kritik des Frauenarbeitsschutzes, in: ZRP 1976, S. 105-110.
Doehring, Karl: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Frankfurt 1984.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dölle, Hans: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht. Eine rechtspolitische Skizze auf rechtsvergleichender Grundlage, in: Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstage überreicht von Freunden, Verehrern und Schülern, Stuttgart - Köln 1950, S. 19-46.
zit.: Gleichberechtigung (1).
ders.: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, in: JZ 1953, S. 353-362.
zit.: Gleichberechtigung (2).
Doemming, Klaus-Berto von/Füsslein, Rudolf Werner/Matz, Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: JöR NF 1 (1951), S. 1-926.
Douglas, Carol Anne: Love & Politics. Radical Feminist and Lesbian Theories, San Francisco 1990.
Dowd, Nancy E.: Maternity Leave: Taking Sex Differences into Account, in: 54 Fordham L. Rev. (1986), S. 699-765.
zit.: Maternity Leave.
dies.: Work and Family: The Gender Paradox and the Limitations of Discrimination Analysis in Restructuring the Workplace, in: 24 Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev. (1989), S. 79-172.
zit.: Work and Family.
Dreier, Ralf: Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: ders./Schwegmann, Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 13-47.
Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich (Hrsg.): Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumente einer Kontroverse, Baden-Baden 1976.
Dreyfuss, Joel/Lawrence, Charles III: The Bakke Case. The Politics of Inequality, New York - London 1979.
Dürig, Günter: Art. 3 II - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen, in: FamRZ 1954, S. 2-5.
zit.: Art. 3 II.
ders.: Ein Trauerspiel in (bisher) 4 Akten, in: JZ 1953, S. 740-741.
zit.: Glosse.
Dworkin, Ronald: A Matter of Principle, Cambridge, Mass. 1985.
zit.: Principle.
ders.: Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass. 1978.
zit.: Rights.

Eastland, Terry/Bennett, William J.: Counting by Race. Equality from the Founding Fathers to *Bakke* and *Weber,* New York 1979.
Ebsen, Ingwer: Quotierung politischer Entscheidungsgremien durch Gesetz?, in: JZ 1989, S. 553-561.
zit.: Quotierung.
ders.: Verbindliche Quotenregelungen für Frauen und Männer in Parteistatuten, Heidelberg 1988.
zit.: Verbindliche Quotenregelungen.
Eckertz-Höfer, Marion: Frauen kommen ... Art. 3 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot, in: Willy Brandt/Helmut Gollwitzer/Johann Friedrich Henschel (Hrsg.), Ein Richter, ein Bürger, ein Christ. Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden 1987, S. 447-481.
Ehmke, Horst: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53-102.
Ehrlich, Gerd W.: Die Frage der schwarzen Minorität in den Vereinigten Staaten - Rechtliche Gleichberechtigung und politische Wirklichkeit, in: JuS 1989, S. 959-961.
Eich, Rolf-Achim: Das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz, in: NJW 1980, S. 2329-2334.
Eisenberg, Theodore: Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication, in: 52 New York U. L. Rev. (1977), S. 36-171.
Ely, John Hart: The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination, in: 41 U. Chicago L. Rev. (1974), S. 723-741.
zit.: Reverse Discrimination.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ders.: Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, Cambridge, Mass. - London 1980.
zit.: Democracy.
ders.: Legislative And Administrative Motivation In Constitutional Law, in: 79 Yale L. J. (1970), S. 1205-1341.
zit.: Motivation.
Enquete-Kommission Frau und Gesellschaft (II). Bericht 1980 der Enquete-Kommission und Aussprache 1981 im Plenum des Deutschen Bundestages, Zur Sache I/81, Bonn 1981.
Esser, Josef: Grundsatz und Norm. In der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, Tübingen 1956.
Expertenanhörung: Quotierung - Reizwort oder Lösung? Expertenanhörung der Hessischen Landesregierung am 2. Mai 1985. Herausgegeben vom Hessendienst der Staatskanzlei in Zusammenarbeit mit der Bevollmächtigten der Hessischen Landesregierung für Frauenangelegenheiten, Wiesbaden 1985.

Falkenberg, Rolf-Dieter: Teilzeitarbeit, insbesondere im öffentlichen Dienst, in: ZTR 1990, S. 97-103.
Fallon, Richard H. Jr.: To Each According to His Ability, From None According to His Race: The Concept of Merit in the Law of Antidiscrimination, in: 60 Boston U. L. Rev. (1980), S. 815-877.
Fallon, Richard H. Jr./Weiler, Paul C.: *Firefighters v. Stotts:* Conflicting Models of Racial Justice, in: 1984 Supreme Court Rev., S. 1-68.
Farrell, Robert C.: Integrating by Discriminating: Affirmative Action that Disadvantages Minorities, in: 62 U. Detroit L. Rev. (1985), S. 553-594.
Feindt, Erich: Frauenförderung im öffentlichen Dienst - Regelung in Hamburg, in: DÖD 1984, S. 140-145.
zit.: Frauenförderung.
ders.: Von der Gleichberechtigung zur Gleichbehandlung der Frauen im öffentlichen Dienst, in: DÖD 1983, S. 73-84.
zit.: Gleichberechtigung.
Feldstein, Merrill D.: *Watson v. Fort Worth Bank & Trust:* Reallocating the Burdens of Proof in Employment Discrimination Litigation, in: 38 American U. L. Rev. (1989), S. 919-951.
Finger, Hans-Joachim: Versorgungsabschlag neu geregelt, in: ZBR 1985, S. 50-51.
Finley, Lucinda M.: Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate, in: 86 Columbia L. Rev. (1986), S. 1118-1182.
Fisch, Marla: *Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts:* A Clash Between Affirmative Action and Seniority, in: 21 New England L. Rev. (1985-86), S. 117-145.
Fiss, Owen: Groups and the Equal Protection Clause, (1976), abgedruckt in: Marshall Cohen u.a. (Hrsg.), Equality and Preferential Treatment, S. 84-154.
zit.: Groups.
ders.: One Century of Antidiscrimination, in: 15 Capital U. L. Rev. (1986), S. 395-409.
zit.: Century.
ders.: A Theory of Fair Employment Laws, in: 38 U. Chicago L. Rev. (1971), S. 235-314.
zit.: Fair Employment.
Forsthoff, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12 (1954), S. 8-36
zit.: Sozialer Rechtsstaat.
ders.: Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München 1971.
zit.: Staat der Industriegesellschaft.
ders.: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Hans Barion/ders./Werner Weber (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern, Berlin 1959, S. 35-62.
zit.: Umbildung.
Frauengruppe Faschismusforschung: Mutterkreuz und Arbeitsbuch. Zur Geschichte der Frauen in der Weimarer Republik und im Nationalsozialismus, Frankfurt 1981.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Freedman, Ann E.: Sex Equality, Sex Differences, and the Supreme Court, in: 92 Yale L. J. (1983), S. 913-968.
Freeman, Alan David: Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine, in: 62 Minnesota L. Rev. (1978), S. 1049-1119.
zit.: Legitimizing.
ders.: Racism, Rights, and the Quest for Equality of Opportunity: A Critical Legal Essay, in: 23 Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev. (1988), S. 295-392.
zit.: Racism.
Frentz, Eva-Christine: Der Beitrag des Bundesgesetzgebers und der Rechtsprechung zur Erfüllung des Verfassungsauftrages aus Art. 3 Abs. 2 GG, in: SchlHA 1989, S. 2-8.
Frevert, Ute: Frauen-Geschichte zwischen Bürgerlicher Verbesserung und Neuer Weiblichkeit, Frankfurt 1986.
Friauf, Karl Heinrich: Gleichberechtigung der Frau als Verfassungsauftrag, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1981.
zit.: Verfassungsauftrag.
ders.: Grundrechtsprobleme bei der Durchführung von Maßnahmen zur Gleichberechtigung, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1981.
zit.: Grundrechtsprobleme.
Fried, Charles: Affirmative Action After *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*: A Response to the Scholar's Statement, in: 99 Yale L.J. (1989), S. 155-162.
Friedan, Betty: The Feminine Mystique, (1963), New York 1984.
Friesenhahn, Ernst: Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Band II, S. G1-G37.
Frohn, Hansgeorg: Frauenförderung im öffentlichen Dienst, in: DÖD 1990, S. 105-111.
Fürst, Walther/Günther, Hellmuth: Grundgesetz. Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in den Grundzügen, 3. Aufl., Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1982.
Fuss, Ernst-Werner: Gleichheitssatz und Richtermacht. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 GG, in: JZ 1959, S. 329-339.

Gallwas, Hans-Ullrich: Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte. Ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen, Berlin 1970.
zit.: Faktische Beeinträchtigungen.
ders.: Grundrechte, Frankfurt 1985.
zit.: Grundrechte.
Gamillschegg, Franz: Frauenarbeitsschutz, Gleichbehandlung, Begünstigung der Frau, in: Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung. Festschrift Rudolf Strasser zum 60. Geburtstag, Wien 1983, S. 209-221.
zit.: Frauenarbeitsschutz.
ders.: Die mittelbare Benachteiligung der Frau im Arbeitsleben, in: Oswin Martinek u.a. (Hrsg.), Arbeitsrecht und soziale Grundrechte. Festschrift Hans Floretta zum 60. Geburtstag, Wien 1983, S. 171-185.
zit.: Mittelbare Benachteiligung.
Garbe-Emden, Kristina: Frauendiskriminierung sanktionslos - Europäischer Gerichtshof rügt deutschen Gesetzgeber, in: KJ 1984, S. 332-335.
zit.: Frauendiskriminierung.
dies.: Gleichberechtigung durch Gesetz - Ziele, Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Probleme eines Antidiskriminierungsgesetzes, Diss. iur. Hannover 1984.
zit.: Gleichberechtigung.
Geiger, Willi: Grundrechte und Rechtsprechung, München 1959.
Gerhard, Ute: Anderes Recht für Frauen? Feminismus als Gegenkultur, in: Vokmar Gessner/Winfried Hassemer (Hrsg.), Gegenkultur und Recht, Baden-Baden 1985, S. 209-226.
zit.: Anderes Recht.
dies., Menschenrechte auch für Frauen. Der Entwurf der Olympe de Gouges, in: KJ 1987, S. 127-149.
zit.: Menschenrechte.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gerhard, Ute/Limbach, Jutta (Hrsg.): Rechtsalltag von Frauen, Frankfurt 1988.
Gerhard, Ute/Schwarzer, Alice/Slupik, Vera (Hrsg.): Auf Kosten der Frauen. Frauenrechte im Sozialstaat, Weinheim - Basel 1988.
Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl., München 1971.
Gilligan, Carol: In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development, Cambridge, Mass. 1982.
Ginsburg, Ruth Bader: Sex Equality and the Constitution, in: 52 Tulane L. Rev. (1978), S. 451-475.
Gitter, Wolfgang: Gleichberechtigung der Frau: Aufgaben und Schwierigkeiten. Eine Erörterung von Überlegungen über ein »Antidiskriminierungsgesetz«, in: NJW 1982, S. 1567-1571.
zit.: Gleichberechtigung.
ders.: Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag. Teilgutachten Sozialrecht. Zum Thema: Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages (1974), Band I, S. D105-D161.
zit.: Gutachten.
Goerlich, Helmut: Leistungsprinzip und Vorzugsregeln. Entscheidungsanmerkung zu VG Freiburg Urteil vom 19.1.1988 - 6K 90/87, in: ZBR 1989, S. 240-243.
zit.: Leistungsprinzip.
ders.: Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1973.
zit.: Wertordnung.
Goldbach, Gisela: Artikel 3 Abs. II GG und seine Auswirkungen im öffentlichen Recht, Diss. iur. Köln 1953.
Goldman, Alan H.: Affirmative Action, in: Marshall Cohen u.a. (Hrsg.), Equality and preferential treatment, S. 192-209.
Goldstein, Leslie Friedman: The Constitutional Rights of Women. Cases in Law and Social Change, New York - London 1979.
Grabitz, Eberhard: Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte, Tübingen 1976.
Graglia, Lino A.: Special Admission of the »Culturally Deprived« to Law School, in: 119 U. Pennsylvania L. Rev. (1970), S. 351-363.
Greenawalt, Kent: Discrimination and Reverse Discrimination, New York 1983.
Greven-Aschoff, Barbara: Die bürgerliche Frauenbewegung in Deutschland 1894 - 1933, Göttingen 1981.
Grewe, Wilhelm: Zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht, in: AöR 76 (1950), S. 161-164.
Grimm, Christian: Freiwilliger Waffendienst für Frauen? Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Anmerkungen zur aktuellen Diskussion, in: ZRP 1987, S. 394-395.
Grimm, Dieter: Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, Frankfurt 1988.
Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm: Deutsches Wörterbuch, Vierter Band I. Abteilung 4. Teil, Fotomechanischer Nachdruck der Erstausgabe 1949, München 1984.
Gunther, Gerald: Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, in: 86 Harvard L. Rev. (1972), S. 1-48.
Gusy, Christoph: Der Gleichheitssatz, in: NJW 1988, S. 2505-2512.
zit.: Gleichheitssatz.
ders.: Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes, in: JuS 1982, S. 30-36.
zit.: Gleichheitsschutz.

Hacker, Helen Mayer: Women as Minority Group, in: 30 Social Forces (1951/52), S. 60-69.
Häberle, Peter: Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1971), S. 43-141.
zit.: Grundrechte im Leistungsstaat.
ders.: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und »prozessualen« Verfassungsinterpretation, in: JZ 1975, S. 297-305.
zit.: Offene Gesellschaft.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ders.: Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl., Heidelberg 1983.
zit.: Wesensgehaltgarantie.
ders.: Diskussionsbeitrag, in: Christoph Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, S. 83-86.
zit.: Diskussionsbeitrag.
Hagemeyer, Maria: Das Familienrecht seit dem 1. April 1953, in: NJW 1953, S. 601-605.
Hamann, Andreas/Hamann, Andreas Jr./Lenz, Helmut: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl., Neuwied - Berlin 1970.
Hanau, Peter: Der gleiche Zugang zur Beschäftigung in der Privatwirtschaft nach deutschem Recht, in: Franz Gamillschegg u.a. (Hrsg.), In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund, München 1980, S. 457-476.
zit.: Gleicher Zugang.
ders.: Die umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsleben, in: Festschrift für Wilhelm Herschel, München 1982, S. 191-222.
zit.: Umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung.
Hauser, Wolfgang: Anmerkung zu der Entscheidung des U.S. Supreme Court vom 27. Juni 1979 im Fall *United Steelworkers v. Weber,* in: EuGRZ 1979, S. 504-506.
zit.: Anmerkung.
ders.: Rassengleichheit oder Chancengleichheit? Die *Bakke*-Entscheidung des U.S. Supreme Court, in: EuGRZ 1978, S. 542-548.
zit.: Rassengleichheit.
Hedemann, J.W.: Was wird mit der Gleichberechtigung?, in: JR 1953, S. 197-199.
Henke, Wilhelm: Juristische Systematik der Grundrechte, in: DÖV 1984, S. 1-11.
Herbst, Leonore: Die lautlose Diskriminierung der Frau im Beamtenrecht, in: DÖV 1974, S. 547-551.
Hermes, Georg: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.
Hernandez, Berta E.: Title VII v. Seniority: The Supreme Court Giveth and the Supreme Court Taketh Away, in: 35 American U. L. Rev. (1986), S. 339-385.
Hesse, Konrad: Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1978, S. 427-438.
zit.: Bestand und Bedeutung (1).
ders.: Die Grundrechte - Bestand und Bedeutung, in: Ernst Benda u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, S. 79-106.
zit.: Bestand und Bedeutung (2).
ders.: Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in: AöR 77 (1951/52), S. 167-224.
zit.: Gleichheitsgrundsatz.
ders.: Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, in: AöR 109 (1984), S. 174-198.
zit.: Gleichheitssatz.
ders.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., Heidelberg 1988.
zit.: Grundzüge.
ders.: Diskussionsbeitrag, in: Christoph Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, S. 75-78.
zit.: Diskussionsbeitrag.
Heyen, Erk Volkmar: Allgemeines und gleiches Wahlrecht durch gleiche Quoten? - Nachlese zum SPD-Beschluß einer geschlechtsparitätischen Mandatsverteilung -, in: DÖV 1989, S. 649-654.
Hirschberg, Lothar: Die Bekämpfung der Rassendiskriminierung im Arbeitsrecht der USA, in: RIW/AWD 1980, S. 346-353.
zit.: Rassendiskriminierung.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ders.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981.
zit.: Verhältnismäßigkeit.
Hofmann, Jochen: Die Entwicklung der Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR, in: Lutz Frauendorf (Hrsg.), Die Stellung der Frau im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1982, S. 1-45.
zit.: Entwicklung der Gleichberechtigung.
ders.: Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG in Rechtsprechung und Lehre, Berlin 1986.
zit.: Gleichberechtigungsgebot (1).
ders.: Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II GG, in: JuS 1988, S. 249-258.
zit.: Gleichberechtigungsgebot (2).
Hohmann-Dennhardt, Christine: Antidiskriminierungsgesetz contra Grundgesetz? Zum Abbau rechtlicher Schutzwälle gegen emanzipatorische Reformen, in: ZRP 1979, S. 241-248.
zit.: Antidiskriminierungsgesetz.
dies.: Ungleichheit und Gleichberechtigung. Zur kompensatorischen Funktion von Frauenquoten in Rechts- und Sozialpolitik, Heidelberg 1982.
zit.: Ungleichheit.
Hollerbach, Alexander: Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung »Die Umbildung des Verfassungsgesetzes« in der Festschrift für Carl Schmitt, in: AöR 85 (1960), S. 241-270.
Hübner, Konrad: Gleiche Rechte für Mann und Frau, in: Günther Beitzke/ders., Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Zwei Abhandlungen, Tübingen 1950, S. 43-96.
Hughes, Graham: Reparations for Blacks?, in: 43 New York U. L. Rev. (1968), S. 1063-1074.

Ipsen, Hans Peter: Gleichheit, in: Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Zweiter Band, Berlin 1954, S. 111-195.

Jacobson, Marjorie: Pregnancy and Employment: Three Approaches to Equal Opportunity, in: 68 Boston U. L. Rev. (1988), S. 1019-1045.
Jaeger, Renate: Probleme der Gleichbehandlung im Sozialrecht - Zur Situation nach EG-Recht und bundesdeutschem Recht, in: NZA 1990, S. 1-13.
Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, Köln - Berlin - Bonn - München 1985.
zit.: Verhältnismäßigkeit (1).
ders.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: DVBl. 1985, S. 97-102.
zit.: Verhältnismäßigkeit (2).
Jansen, Bernhard: Grundrechtsschutz und Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Sozialbereich, in: Jürgen Schwarze/Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Grundrechtsschutz im nationalen und internationalen Recht. Festschrift Werner von Simson zum 75. Geburtstag, Baden-Baden 1983, S. 235-247.
Jansen, Mechthild (Hrsg.): Halbe-Halbe. Der Streit um die Quotierung, Berlin 1986.
Janssen-Jurreit, Marielouise (Hrsg.): Frauenprogramm - Gegen Diskriminierung. Gesetzgebung - Aktionspläne - Selbsthilfe. Ein Handbuch, Reinbek 1979.
zit.: Frauenprogramm.
dies.: Sexismus. Über die Abtreibung der Frauenfrage, Frankfurt 1979.
zit.: Sexismus.
dies.: USA: Gemeinsamer Kampf von Frauen und Minderheiten. Haben die Bürgerrechtsgesetze Amerika verändert?, in: dies. (Hrsg.), Frauenprogramm, S. 268-286.
zit.: USA.
Jarass, Hans D.: Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 110 (1985), S. 363-397.
Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, München 1989.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., (Neudruck der Ausgabe von 1905), Tübingen 1919.
Jellinek, Walter: Zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht, in: AöR 76 (1950), S. 137-144.
Jenny, David: Zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes, in: recht 1987, S. 91-99.
Jones, James E. Jr./Murphy, William P./Belton, Robert: Cases and Materials on Discrimination in Employment, 5. Aufl., St. Paul, Minn. 1987.
Jost, Kenneth: Mother Versus Child, in: ABA J. 1989, S. 84-85.

Kaltwasser, Jutta: Frauenförderpläne als frauendiskriminierende Maßnahme im Arbeitsleben, in: Streit 1987, S. 96-97.
zit.: Frauenförderpläne.
dies.: Im Zweifel gegen die Konkurrentin ... Anmerkung zum Urteil des VG Bremen vom 26.11.1987 (3 A 392/86), in: Streit 1988, S. 61-62.
zit.: Anmerkung.
Kaplan, John: Equal Justice in an Unequal World: Equality for the Negro - the Problem of Special Treatment, in: 61 Northwestern U. L. Rev. (1966), S. 363-410.
Karriere oder Kochtopf? Frauen zwischen Beruf und Familie, Opladen 1984.
Karst, Kenneth L.: Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment, in: 91 Harvard L. Rev. (1977), S. 1-68.
Kaufmann, Erich: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 2-24.
Kay, Herma Hill: Text, Cases and Materials on Sex-Based Discrimination, 2. Aufl., St. Paul, Minn. 1981.
Kellmann, Christof: Das Apotheken-Urteil und die Gleichberechtigung (zu Hofmann, JuS 1988, 249 ff.), in: JuS 1988, S. 671-672.
Kempen, Bernhard: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und der nordrhein-westfälische Entwurf eines Frauenförderungsgesetzes, in: ZTR 1988, S. 287-292.
Kennedy, Randall L.: *McCleskey v. Kemp:* Race, Capital Punishment, and the Supreme Court, in: 101 Harvard L. Rev. (1988), S. 1388-1443.
zit.: McCleskey.
ders.: Persuasion and Distrust. A Comment on the Affirmative Action Debate, in: 99 Harvard L. Rev. (1986), S. 1327-1346.
zit.: Persuasion.
Ketscher, Kirsten: Geschlechtsquotensystem als ein Mittel zur Verbesserung der rechtlichen Stellung von Frauen, in: Streit 1989, S. 83-87.
Kloepfer, Michael: Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980.
Knigge, Arnold: Gesetzliche Neuregelung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz, in: BB 1980, S. 1272-1276.
Knöpfel, Gottfried: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG, in: NJW 1960, S. 553-558.
Knüppel, Hans-Christian: Ist der Versorgungsabschlag nach § 14 Abs. 1 BeamtVG verfassungsgemäß?, in: ZBR 1988, S. 58-61.
Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, Frankfurt 1977.
Koffka, Else: Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung über die »Gleichberechtigung von Mann und Frau«, in: JR 1953, S. 3-5.
Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Band 1, 2. Aufl., Neuwied 1989.
zit.: AK-GG.
Kommers, Donald P.: Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, in: Christoph Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, S. 31-50.
Kowal, Monica: Frauenquotierungen beim Zugang zum Öffentlichen Dienst und Art. 3 II GG, in: ZRP 1989, S. 445-449.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Krieger, Linda J./Cooney, Patricia N.: The Miller-Wohl Controversy: Equal Treatment, Positive Action and the Meaning of Women's Equality, in: 13 Golden Gate U. L. Rev. (1983), S. 513-572.
Kriele, Martin: Freiheit und Gleichheit, in: Ernst Benda u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, S. 129-168.
zit.: Freiheit und Gleichheit.
ders.: Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976.
zit.: Rechtsgewinnung.
ders.: Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer, in: JA 1984, S. 629-638.
zit.: Vorbehaltlose Grundrechte.
Krimphove, Ludger: Frauenförderung durch Gesetz, in: DÖD 1990, S. 164-166.
Kröger, Klaus: Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, Baden-Baden 1978.
Krüger, Hildegard: Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht, in: NJW 1953, S. 1772-1776.
zit.: Gleichberechtigung.
dies.: Die Nichtverwirklichung der Gleichberechtigung im Regierungsentwurf zur Familienrechtsreform, in: JZ 1952, S. 613-617.
zit.: Nichtverwirklichung.
Krüger, Hildegard/Breetzke, Ernst/Nowack, Kuno: Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar, München - Berlin 1958.
zit. Gleichberechtigungsgesetz.
Kubasek, Nancy K./Giampetro, Andrea M.: Affirmative Action Plans: Legal Hurdles Have Been Removed; Do Philosophical Hurdles Still Remain?, in: 17 Lincoln L. Rev. (1987), S. 233-248.

Lally-Green, Maureen E.: Affirmative Action: Are the Equal Protection and Title VII Tests Synonymous?, in: 26 Duquesne L. Rev. (1987), S. 295-378.
Lamber, Julia: Discretionary Decisionmaking: The Application of Title VII's Disparate Impact Theory, in: 1985 U. Illinois L. Rev., S. 869-920.
zit.: Discretionary Decisionmaking.
dies.: Observations on the Supreme Court's Recent Affirmative Action Cases, in: 62 Indiana L. J. (1987), S. 243-261.
zit.: Observations.
Lange, Helene: Kampfzeiten. Aufsätze und Reden aus vier Jahrhunderten, 2 Bände, Berlin 1928.
Lange, Klaus: »Frauenquoten« in politischen Parteien, in: NJW 1988, S. 1174-1183.
zit.: Frauenquoten.
ders.: Quote ohne Gesetz? - Zur Quotenentscheidung des OVG Münster, in: NVwZ 1990, S. 135-137.
zit.: Quote.
Langkau-Herrmann, Monika/Langkau, Jochem/Weinert, Rainer/Nejedlo, Raja: Frauen im öffentlichen Dienst, Bonn 1983.
Laubach, Birgit: Ein bißchen Quotierung ... , in: KJ 1988, S. 315-317.
Law, Sylvia A.: Rethinking Sex and the Constitution, in: 132 U. Pennsylvania L. Rev. (1984), S. 955-1040.
Lawrence, Charles R.: The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism, in: 39 Stanford L. Rev. (1987), S. 317-388.
Lee, Rex E.: Missing Pieces: A Commentary on Choper, in: 72 Iowa L. Rev. (1987), S. 275-280.
Leibholz, Gerhard: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 1. Aufl., Berlin 1925.
zit.: Gleichheit.
ders.: Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, in: DVBl. 1951, S. 193-200.
Leisner, Walter: Der Gleichheitsstaat. Macht durch Nivellierung, Berlin 1980.
Lerche, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, Köln - Berlin - München - Bonn 1961.
Link, Christoph (Hrsg.): Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposion zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz am 21. November 1981, Baden-Baden 1982.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Littleton, Christine A.: Reconstructing Sexual Equality, in: 75 California L. Rev. (1987), S. 1279-1337.
Lockhart, William B./Kamisar, Yale/Choper, Jesse H./Shiffrin, Steven H.: Constitutional Law. Cases - Comments - Questions, 6. Aufl., St. Paul, Minn. 1986.
Loewenstein, Karl: Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1959.
Löwisch, Manfred: Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag. Teilgutachten Arbeitsrecht. Zum Thema: Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages (1974), Band I, S. D11-D104.
Lorde, Audre: Sister Outsider, Trumansburg, New York 1984.
Lübbe-Wolff, Gertrude: Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.

Maaß, Rainald: Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz - Ein Neuansatz?, in: NVwZ 1988, S. 14-21.
MacKinnon, Catharine A.: Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law, Cambridge, Mass. - London 1987.
zit.: Feminism.
dies.: Introduction to Symposium on Sexual Harassment, in: 10 Capital U. L. Rev. (1981), S. i-viii.
zit.: Introduction
dies.: Sexual Harassment of Working Women. A Case of Sex Discrimination, New Haven - London 1979.
zit.: Sexual Harassment.
dies.: Toward a Feminist Theory of the State, Cambridge, Mass. - London 1989.
zit.: Feminist Theory.
Maidowski, Ulrich: Umgekehrte Diskriminierung. Quotenregelungen zur Frauenförderung im öffentlichen Dienst und in den politischen Parteien, Berlin 1989.
Maier, Irene: Die Gleichberechtigung der Frau im Arbeitsleben. Zum 50. Deutschen Juristentag 1974 in Hamburg, in: NJW 1974, S. 1685-1689.
Maier-Reimer, Hedwig: Die Gleichberechtigung der Frau, in: DRZ 1950, S. 289-294.
Mangoldt, Hermann von: Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, in: AöR 75 (1949), S. 273-290.
zit.: Grundrechte.
ders.: Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl., Berlin - Frankfurt 1953.
zit.: Grundgesetz.
Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin - Frankfurt 1957.
Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 3. Aufl., München 1985.
zit.: vM/K/S.
Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert u.a.: Grundgesetz. Kommentar, Loseblattausgabe, München 1958 ff. (Stand 1989).
zit.: M/D/H/S.
Maunz, Theodor/Zippelius, Reinhold: Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 26. Aufl., München 1985.
McCloud, Sheryl Gordon: Feminism's Idealist Error, in: 14 New York U. Rev. of Law and Social Change (1986), S. 277-321.
McCrudden, Christopher: Comparable Worth: A Common Dilemma, in: 11 Yale J. of International Law (1986), S. 396-436.
McNulty, Molly: Pregnancy Police: The Health Policy and Legal Implications of Punishing Pregnant Women for Harm to Their Fetuses, in: 16 New York U. Rev. of Law and Social Change (1987-88), S. 277-319.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Meixner, H. E.: Personalpolitische Herausforderungen der Frauenförderung in der Verwaltung. Chancen und Grenzen der Quotenphilosophie am Beispiel der Nachwuchsgewinnung, in: Personalvertretung 1990, S. 162-170.
Mengel, Hans-Joachim: Anmerkung zur Entscheidung des U.S. Supreme Court vom 25.3.1987 im Fall *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County,* in: EuGRZ 1989, S. 407.
zit.: Anmerkung.
ders.: Anmerkung zur Entscheidung des U.S. Supreme Court vom 23.1.1989 im Fall *City of Richmond v. Croson,* in: EuGRZ 1989, S. 409-410.
zit.: Anmerkung.
ders.: Maßnahmen »Positiver Diskriminierung« und Grundgesetz, in: JZ 1982, S. 530-538.
zit.: Maßnahmen.
Mennel, Annemarie: Frauen, Steuern, Staatsausgaben. Subventionen für das Patriarchat, in: Ute Gerhard u.a. (Hrsg.), Auf Kosten der Frauen, S. 79-116.
zit.: Frauen, Steuern.
dies.: Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag. Teilgutachten Steuerrecht. Zum Thema: Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages (1974), Band I, S. D165-D203.
zit.: Gutachten.
Menschik, Jutta: Feminismus. Geschichte, Theorie, Praxis, 2. Aufl., Köln 1979.
Merten, Detlef: Handlungsgrundrechte als Verhaltensgarantien - zugleich ein Beitrag zur Funktion der Grundrechte -, in: VerwArch 73 (1982), S. 103-121.
Meyer, Hermine Herta: The History and Meaning of the Fourteenth Amendment. Judicial Erosion of the Constitution Through the Misuse of the Fourteenth Amendment, New York - Washington - Atlanta - Hollywood 1977.
Meyers Großes Universallexikon in 15 Bänden, Band 5, Mannheim - Wien - Zürich 1982.
Mikat, P.: Zur Problematik des natürlichen Entscheidungsrechtes des Mannes in Ehe und Familie, in: FamRZ 1960, S. 301-310.
Millett, Kate: Sexus und Herrschaft. Die Tyrannei des Mannes in unserer Gesellschaft, (Sexual Politics 1969), 3. Aufl., München 1980.
Minow, Martha: When Difference has its Home: Group Houses for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference, in: 22 Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev. (1987), S. 111-189.
zit.: Difference.
dies.: Foreword: Justice Engendered, in: 101 Harvard L. Rev. (1987), S. 10-95.
zit.: Justice.
Mitteis, Heinrich: Die Anpassung des Familienrechts an das Bonner Grundgesetz, in: SJZ 1950, Sp. 243-247.
Mockenhaupt, Ines-Maria: Gleicher Lohn für »gleiche« Arbeit oder für »vergleichbare« Arbeit - Eine Gegenüberstellung zweier unterschiedlicher Wege zum Abbau der Lohndifferenz zwischen Männern und Frauen in den USA -, in: ZfA 1984, S. 31-63.
Morais, Nina: Sex Discrimination and the Fourteenth Amendment: Lost History, in: 97 Yale L. J. (1988), S. 1153-1172.
Moss, Kary: Substance Abuse During Pregnancy, in: 13 Harvard Women's L. J. (1990), S. 278-299.
Müller, Friedrich: Juristische Methodik, 3. Aufl., Berlin 1989.
Müller, Georg: Der Gleichheitssatz, in: VVDStRL 47 (1988), S. 37-62.
Müller, Jörg Paul: Zur sogenannten subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte, in: Der Staat 1990, S. 33-48.
Müller, Jörg Paul/Müller, Stefan: Grundrechte. Besonderer Teil, Bern 1985.
Müller-Freienfels, Wolfram: Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes, in: JZ 1957, S. 685-696.
Münch, Ingo von (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 3. Aufl., München 1985.
zit.: vM-GG.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Murray, Charles: Affirmative Racism. How Preferential Treatment Works Against Blacks, in: The New Republic vom 31. 12. 1984, S. 18-23.
Myrdal, Gunnar: An American Dilemma. The Negro Problem and Modern Democracy, New York - London 1944.

Nagel, Thomas: Equal Treatment and Compensatory Discrimination, in: Marshall Cohen u.a. (Hrsg.), Equality and Preferential Treatment, S. 3-18.
Nave-Herz, Rosemarie: Die Geschichte der Frauenbewegung in Deutschland, Hannover 1982.
Nawiasky, Hans: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 25-43.
Nelson, Robert: To Infer or Not to Infer a Discriminatory Purpose: Rethinking Equal Protection Doctrine, in: 61 New York U. L. Rev. (1986), S. 334-362.
Neuhaus, H.: Zur zivilrechtlichen Gleichstellung der Ehefrau außerhalb des BGB, in: JZ 1952, S. 523-524.
Norton, Eleanor Holmes: Equal Employment Law: Crisis in Interpretation - Survival Against the Odds, in: 62 Tulane L. Rev. (1988), S. 681-715.
Nowak, John E./Rotunda, Ronald D./Young, J. Nelson: Constitutional Law, 3. Aufl., St. Paul, Minn. 1986.

Oebbecke, Janbernd: Quotierung auf Landeslisten - Zur Zulässigkeit des Reißverschlußverfahrens bei der Aufstellung von Landeslisten für die Bundestagswahl -, in: JZ 1988, S. 176-181.
Olsen, Frances E.: The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, in: 96 Harvard L. Rev. (1983), S. 1497-1578.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl., München - Berlin 1957.
17. Aufl., München - Berlin 1958.
Parlamentarischer Rat: Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland. (Entwürfe). Formulierungen der Fachausschüsse, des Allgemeinen Redaktionsausschusses, des Hauptausschusses und des Plenums, Bonn 1948/1949.
Parlamentarischer Rat: Stenographische Berichte, Bonn 1948/49.
Parlamentarischer Rat: Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948/1949.
Parodi, Silvana: Zum »Frauenfeuerwehrdienst« nach dem Grundgesetz, in: DÖV 1984, S. 799-804.
Perry, Michael J.: The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination, in: 125 U. Pennsylvania L. Rev. (1977), S. 540-589.
Pfarr, Heide M.: Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben als Beispiel für die Durchsetzung sozialpolitischer Normen des Gemeinschaftsrechts, in: Hagen Lichtenberg (Hrsg.), Sozialpolitik in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1986, S. 179-194.
zit.: Gleichbehandlung.
dies.: Gleichstellung der Frau in der Europäischen Gemeinschaft aus der Sicht Beteiligter, in: Streit 1986, S. 19-23.
dies.: Herstellung und Sicherung von Chancengleichheit durch Recht - dargestellt am Beispiel der Frauen, in: Winfried Hassemer/Wolfgang Hoffmann-Riem/Jutta Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, S. 255-273.
zit.: Herstellung.
dies.: Mittelbare Diskriminierung von Frauen. Die Rechtsprechung des EuGH, in: NZA 1986, S. 585-589.
zit.: Mittelbare Diskriminierung.
dies.: Quoten und Grundgesetz. Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung, Baden-Baden 1988.
zit.: Quoten.
dies.: Quotierung und Rechtswissenschaft, in: Däubler-Gmelin u.a. (Hrsg.), »Mehr als nur gleicher Lohn«, S. 86-97.
zit.: Quotierung

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Pfarr, Heide M./Bertelsmann, Klaus: Diskriminierung im Erwerbsleben. Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1989.
zit.: Diskriminierung.
dies.: Gleichbehandlungsgesetz. Zum Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, (Hrsg. vom Hessendienst der Staatskanzlei in Zusammenarbeit mit der Bevollmächtigten der Hessischen Landesregierung für Frauenangelegenheiten), Kassel 1985.
zit.: Gleichbehandlungsgesetz.
dies.: Lohngleichheit. Zur Rechtsprechung bei geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1981.
zit.: Lohngleichheit.
Pfarr, Heide M./Fuchsloch, Christine: Verfassungsrechtliche Beurteilung von Frauenquoten, in: NJW 1988, S. 2201-2206.
Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Christen als Verfassungsfeinde? - VG Freiburg, NJW 1981, 2829, in: JuS 1984, S. 345-351.
zit.: Christen.
dies.: Grundrechte. Staatsrecht II, 5. Aufl., Heidelberg 1989.
zit.: Grundrechte.
Podlech, Adalbert: Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971.
Polyviou, Polyvios G.: The Equal Protection of the Laws, London 1980.
Posner, Richard A.: The *Bakke* Case and the Future of »Affirmative Action«, in: 67 California L. Rev. (1979), S. 171-189.
zit.: Bakke Case.
ders.: The *DeFunis* Case and the Constitutionality of Preferential Treatment for Racial Minorities, in: 1974 Supreme Court Rev., S. 1-32.
zit.: DeFunis Case.
Püttjer, Hanna: Frauenförderung durch die staatliche Verwaltung bei der Lehrkörperergänzung der Hochschulen, in: DÖD 1989, S. 279-283.
Pusch, Luise F. (Hrsg.): Feminismus. Inspektion der Herrenkultur. Ein Handbuch, Frankfurt 1983.

Raasch, Sibylle: Chancengleichheit für Frauen auf dem Arbeitsmarkt, in: DuR 1985, S. 319-334.
zit.: Chancengleichheit.
dies.: Perspektiven für die Gleichberechtigung der Frau im EG-Binnenmarkt '92, in: KJ 1990, S. 62-78.
zit.: Perspektiven.
Ramm, Thilo: Gleichberechtigung und Hausfrauenehe, in: JZ 1968, S. 41-46 und 90-94.
Ramsauer, Ulrich: Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, in: VerwArch 72 (1981), S. 89-106.
Rebstein-Metzger, Emmy: Gutachten über die Frage: Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter ansprechenden Art. 119 Abs. 1 Satz 2 RVerf. einer Änderung?, in: Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages (1931), Band I, S. 540-591.
Reich-Hilweg, Ines: Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 GG) in der parlamentarischen Auseinandersetzung 1948 - 1957 und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1953 - 1975, Frankfurt 1979.
Reinicke, D.: Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung, in: NJW 1953, S. 681-685.
Ridder, Helmut: Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Ein Plädoyer, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Zweiter Band, Tübingen 1966, S. 219-236.
Robbers, Gerhard: Der Gleichheitssatz, in: DÖV 1988, S. 749-758.
Roellecke, Gerd: Bewerberüberhang und »Doppel-Verdiener-Ehen« im öffentlichen Dienst. Eine verfassungsrechtliche Anfrage, Berlin - New York 1988.
zit.: Bewerberüberhang.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ders.: Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Zweiter Band, Tübingen 1976, S. 22-49.
zit.: Verfassungsinterpretation.
Rossum, Ralph A.: Reverse Discrimination. The Constitutional Debate, New York - Basel 1980.
Rümelin, Max: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1928, Tübingen 1928.
Rüpke, Giselher: Gesetzgeberisches Ermessen und richterliches Prüfungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz, Diss. iur. Göttingen 1961.
Rupp, Hans Heinrich: Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101 (1976), S. 161-201.

Sachs, Michael: Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen? Probleme einer Entscheidungspraxis des BVerfG, dargestellt am Beispiel des Beschlusses zum nordrhein-westfälischen Hausarbeitstagsgesetz, in: NVwZ 1982, S. 657-662.
zit.: Unvereinbarerklärung.
ders.: Frauenquoten im öffentlichen Dienst - VG Bremen NJW 1988, 3224 -, in: Jura 1989, S. 465-473.
zit.: Frauenquoten im öffentlichen Dienst.
ders.: Gleichberechtigung und Frauenquoten, in: NJW 1989, S. 553-558.
zit.: Frauenquoten.
ders.: Grenzen des Diskriminierungsverbots. Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Artikel 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz, München 1987.
zit.: Grenzen.
ders.: Die Merkmale verfassungsgesetzlicher Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des alten Reiches bis zum Grundgesetz, in: Der Staat 1984, S. 549-576.
ders.: Die Nichtberücksichtigung von Verfassungssätzen durch das Bundesverfassungsgericht - Anmerkungen zum Beschluß des BVerfG vom 10.10.1978 - 2 BvL 3/78, in: BayVBl. 1980, S. 641-645.
zit.: Nichtberücksichtigung.
ders.: Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, in: DÖV 1984, S. 411-419.
zit.: Struktur.
Sachverständigenanhörung am 21./22. Januar 1982 in Bonn zum Thema: »Kann die Situation der Frauen durch ein Antidiskriminierungsgesetz verbessert werden?«, Der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit/Der Bundesminister des Innern (Hrsg.).
Säcker, Franz Jürgen: Referat auf dem 50. Deutschen Juristentag - Arbeitsrechtliche Abteilung. Zum Thema: Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages (1974), Band II, S. L9-L49.
Salzwedel, Jürgen: Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Karl Carstens/Hans Peters (Hrsg.), Festschrift Hermann Jahrreiss zu seinem siebzigsten Geburtstag, Köln - Berlin - Bonn - München 1964, S. 339-353.
Sandalow, Terrance: Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role, in: 42 U. Chicago L. Rev. (1975), S. 652-703.
Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840.
Scales, Ann C.: Towards a Feminist Jurisprudence, in: 56 Indiana L. J. (1981), S. 375-444.
Scanlan, James P.: The Bottom Line Limitation to the Rule of *Griggs v. Duke Power Company,* in: 18 J. of Law Reform (1985), S. 705-739.
Scheffler, Erna: Referat auf dem 38. Deutschen Juristentag - Bürgerlichrechtliche Abteilung. Zum Thema: Die Gleichberechtigung der Frau. In welcher Weise empfiehlt es sich, gemäß Art. 117 GG das geltende Recht an Art. 3 Abs. 2 GG anzupassen?, in: Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages (1950), S. B3-B30.
zit.: Referat.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dies.: Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung, in: DRiZ 1953, S. 85-88.
zit.: Auslegung.
Scheld, Rudolf: »Richterliche Gleichberechtigung«?, in: JZ 1953, S. 450-451.
Schenk, Herrad: Die feministische Herausforderung. 150 Jahre Frauenbewegung in Deutschland, München 1980.
zit.: Feministische Herausforderung.
dies.: Geschlechtsrollenwandel und Sexismus. Zur Sozialpsychologie geschlechtsspezifischen Verhaltens, Weinheim - Basel 1979.
zit.: Geschlechtsrollenwandel.
Schlink, Bernhard: Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
zit.: Abwägung.
ders.: Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: Der Staat 1980, S. 73-107.
zit.: Methodendiskussion.
ders.: Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat 1989, S. 161-172.
zit.: Entthronung.
ders.: Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 457-468.
zit.: Freiheit.
ders.: Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht, in: Der Staat 1976, S. 335-366.
zit.: Identifikation.
Schmidt-Aßmann, Eberhard: Leistungsgrundsatz des Art. 33 II GG und soziale Gesichtspunkte bei der Regelung des Zugangs zum Beamtenverhältnis, in: NJW 1980, S. 16-21.
Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., Neuwied - Darmstadt 1983.
Schmidt-Rimpler, Walter/Gieseke, Paul/Friesenhahn, Ernst/Knur, Alexander: Die Lohngleichheit von Männern und Frauen. Zur Frage der unmittelbaren Einwirkung des Art. 3 Abs. 2 und 3 des Grundgesetzes auf Arbeits- und Tarifverträge, in: AöR 76 (1950), S. 165-186.
Schmitt Glaeser, Walter: Abbau des tatsächlichen Gleichberechtigungsdefizits der Frauen durch gesetzliche Quotenregelungen, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1982.
zit.: Abbau.
ders.: Die Sorge des Staates um die Gleichberechtigung der Frau, in: DÖV 1982, S. 381-389.
zit.: Sorge.
Schnapp, Friedrich E.: Grenzen der Grundrechte, in: JuS 1978, S. 729-735.
zit.: Grenzen.
ders.: Zur Gleichstellung der Frau im Arbeits- und Sozialrecht, in: JR 1974, S. 316-320.
zit.: Gleichstellung.
Schnapper, Eric: Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment, in: 71 Virginia L. Rev. (1985), S. 753-798.
zit.: Affirmative Action.
ders.: Perpetuation of Past Discrimination, in: 96 Harvard L. Rev. (1983), S. 828-864.
zit.: Perpetuation.
Schneider, Hans: Verfassungsrechtliche Vorfragen zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: NJW 1953, S. 889-891.
zit.: Verfassungsrechtliche Vorfragen.
ders.: Zwischenbilanz im Gleichberechtigungsstreit, in: JZ 1953, S. 590-592.
zit.: Zwischenbilanz.
Schoch, Friedrich: Der Gleichheitssatz, in: DVBl. 1988, S. 863-882.
Scholler, Heinrich: Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969.
Scholz, Rainer: Gibt es eine rechtliche Benachteiligung des Mannes?, Bonn 1983.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schröder, Hannelore (Hrsg.): Die Frau ist frei geboren. Texte zur Frauenemanzipation, Band I: 1789-1870, München 1979.
Band II: 1870-1918, München 1981.
Schultz, Vicki: Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument, in: 103 Harvard L. Rev. (1990), S. 1750-1843.
Schwabe, Jürgen: Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.
Schwanecke, Inge Beate: Die Gleichberechtigung der Frau unter der Weimarer Reichsverfassung, Diss. iur. Heidelberg 1977.
Schwartz, Bernard: Behind *Bakke.* Affirmative Action and the Supreme Court, New York - London 1988.
Schwartz, Herman: The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases: It's all Over but the Shouting, in: 86 Michigan L. Rev. (1987), S. 524-576.
Schwarzer, Alice: So fing es an! 10 Jahre Frauenbewegung, Köln 1981.
Seeland, Rolf: Das Gleichberechtigungssystem in den USA und in den Mitgliedstaaten der EG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Männern und Frauen im Arbeitsleben, in: ZVglRWiss 81 (1982), S. 286-319.
Seißer, Peter: Das Verhältnis des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz) zu besonderen Gleichheitssätzen - Eine kritische Untersuchung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts -, Diss. iur. München 1969.
Selig, Joel L.: Affirmative Action in Employment: The Legacy of a Supreme Court Majority, in: 63 Indiana L. J. (1987), S. 301-368.
Siebert, Wolfgang: Elterliche Gewalt und Gleichberechtigung, in: NJW 1955, S. 1-6.
Sindler, Allan P.: *Bakke, DeFunis* and Minority Admissions. The Quest for Equal Opportunity, New York - London 1978.
Slupik, Vera: Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis. Zur Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in Recht und Wirklichkeit, Berlin 1988.
zit.: Parität.
dies.: Der Entwurf eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz. Überlegungen zum geplanten arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot, in: KJ 1980, S. 58-68.
zit.: Entwurf.
dies.: Gleichberechtigungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot im Grundgesetz, in: JR 1990, S. 317-324.
zit.: Gleichberechtigungsgrundsatz.
dies.: Verrechtlichung der Frauenfrage - Befriedungspolitik oder Emanzipationschance. Die aktuelle Diskussion eines Antidiskriminierungsgesetzes, in: KJ 1982, S. 348-366.
zit.: Verrechtlichung.
Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 119-276.
Sokol, Bettina: Feministische Rechtspolitik - rechtliche Diskriminierung und Gleichberechtigungskonzepte, in: Streit 1989, S. 3-12.
zit.: Feministische Rechtspolitik.
dies.: Frauenquoten für Rundfunkanstalten - untersucht am Beispiel des Entwurfs für ein Frauenförderungsgesetz in Nordrhein-Westfalen und des Westdeutschen Rundfunks Köln, in: ZUM 1989, S. 162-171.
zit.: Frauenquoten.
Spelman, Elizabeth V.: Inessential Woman. Problems of Exclusion in Feminist Thought, Boston 1988.
Starck, Christian: Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Christoph Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, S. 51-73.
zit.: Anwendung.
Steglich, Burkhard W.: Ungleichheit als Kriterium zur Beurteilung neuerer Zivilrechtsprechung, Diss. iur. Kiel 1983.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Stein, Ekkehart: Staatsrecht, 11. Aufl., Tübingen 1988.
zit.: Staatsrecht.
Steinbeiß-Winkelmann, Christine: Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung. Funktion und Regelungsgehalt verfassungsrechtlicher Freiheitsgarantien im Licht neuerer Grundrechtstheorien, Frankfurt - Bern - New York 1986.
Steinberger, Heide: Rassendiskriminierung und Oberster Gerichtshof in den Vereinigten Staaten von Amerika. Ein Beispiel richterlicher Fortentwicklung von Verfassungsrecht, Köln - Berlin 1969.
Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984. Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988.
Stettner, Rupert: Der Gleichheitssatz, in: BayVBl. 1988, S. 545-552.
Stober, Rolf: Frauenquoten im öffentlichen Dienst?, in: ZBR 1989, S. 289-296.
Stone, Geoffrey R./Seidman, Louis M./Sunstein, Cass R./Tushnet, Mark V.: Constitutional Law, Boston - Toronto 1986.
Stonefield, Sam: Non-Determinative Discrimination, Mixed Motives, and the Inner Boundary of Discrimination Law, in: 35 Buffalo L. Rev. (1986), S. 85-175.
Strauss, David A.: The Myth of Colorblindness, in: 1986 Supreme Court Rev., S. 99-134.
Suerbaum, Joachim: Affirmative Action. Positive Diskriminierung im amerikanischen und deutschen Recht, in: Der Staat 1989, S. 419-442.
Suhr, Dieter: Gleiche Freiheit. Allgemeine Grundlagen und Reziprozitätsdefizite in der Geldwirtschaft, Augsburg 1988.
Sullivan, Kathleen M.: Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases, in: 100 Harvard L. Rev. (1986), S. 78-98.

Taub, Nadine: Book Review: Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination. By Catharine A. MacKinnon, in: 80 Columbia L. Rev. (1980), S. 1686-1695.
zit.: Book Review.
dies.: From Parental Leaves to Nurturing Leaves, in: 13 New York U. Rev. of Law & Social Change (1984-85), S. 381-405.
zit.: Parental Leaves.
Thoma, Richard: Grundbegriffe und Grundsätze, in: Gerhard Anschütz/ders. (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Zweiter Band, Tübingen 1932, S. 108-159.
zit.: Grundbegriffe.
ders.: Grundrechte und Polizeigewalt, in: Heinrich Triepel (Hrsg.), Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925, S. 183-223.
zit.: Grundrechte.
ders.: Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rats beschlossenen und veröffentlichen Grundrechtskatalogs, Parlamentarischer Rat, Drucksache 244.
zit.: Kritische Würdigung.
ders.: Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz, in: DVBl. 1951, S. 457-459.
zit.: Ungleichheit.
Thompson, Elizabeth L.: The Criminalization of Maternal Conduct During Pregnancy: A Decisionmaking Model for Lawmakers, in: 64 Indiana L. J. (1989), S. 357-374.
Thomson, Judith Jarvis: Preferential Hiring, in: Marshall Cohen u.a. (Hrsg.), Equality and Preferential Treatment, S. 19-39.
Tribe, Laurence H.: American Constitutional Law, 2. Aufl., Mineola, New York 1988.
zit.: Constitutional Law.
ders.: Constitutional Choices, Cambridge, Mass. 1985.
zit.: Constitutional Choices.
ders.: God Save this Honorable Court. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History, New York 1985.
zit.: Honorable Court.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ders.: Perspectives on *Bakke:* Equal Protection, Procedural Fairness, or Structural Justice?, in: 92 Harvard L. Rev. (1979), S. 864-877.
zit.: Perspectives on Bakke.
ders.: The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, in: 89 Yale L. J. (1980), S. 1063-1080.
zit.: Puzzling Persistence.
Triepel, Heinrich: Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, Berlin - Leipzig 1924.
Tussman, Joseph/tenBroek, Jacobus: The Equal Protection of the Laws, in: 37 California L. Rev. (1949), S. 341-381.
Twellmann, Margrit: Die Deutsche Frauenbewegung. Im Spiegel repräsentativer Frauenzeitschriften. Ihre Anfänge und erste Entwicklung, 2 Bände, Meisenheim 1972.

Unger, Roberto Mangabeira: The Critical Legal Studies Movement, Cambridge, Mass. - London 1986.

Wahl, Rainer: Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.): Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914), 2. Aufl., Königstein/Ts. 1981, S. 346-371.
Wasserstrom, Richard A.: Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics, in: 24 UCLA L. Rev. (1977), S. 581-622.
Weber, Ingrid: Die Gleichstellung der Frau im Erwerbsleben - Neue Chancen durch Quotenregelungen? Bestandsaufnahme der geltenden Rechtslage - Möglichkeiten zum Abbau des faktischen Gleichheitsdefizits, in: DB 1988, S. 45-50.
Weber, Marianne: Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Eine Einführung, Tübingen 1907.
zit.: Ehefrau.
dies.: Referat zum Thema: Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter ansprechenden Art. 119 Abs. 1 Satz 2 der Reichsverfassung einer Änderung?, in: Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages (1931), Band II,
S. 94-106.
zit.: Referat.
Weber-Fas, Rudolf: Das Grundgesetz. Einführung in das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1983.
Wendt, Rudolf: Der Gleichheitssatz, in: NVwZ 1988, S. 778-786.
West, Robin: Jurisprudence and Gender, in: 55 U. Chicago L. Rev. (1988), S. 1-72.
Whalen, Charles/Whalen Barbara: The Longest Debate. A Legislative History of the 1964 Civil Rights Act, Cabin John, Md. - Washington, D.C. 1985.
Wieland, Joachim: Die Freiheit des Rundfunks. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Artikel 12 Absatz 1 GG, Berlin 1984.
Williams, Wendy W.: Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate, in: 13 New York U. Rev. of Law & Social Change (1984-85), S. 325-380.
Wolff, Hans J.: Rechtsgrundsätze und verfassunggestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Otto Bachof u.a. (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33-52.
Wollenschläger, Michael: Die Maßnahmen des Gesetzgebers zur Herbeiführung der Gleichstellung von Mann und Frau im Arbeitsleben, in: Manfred Just u.a. (Hrsg.), Recht und Rechtsbesinnung. Gedächtnisschrift für Günther Küchenhoff, Berlin 1987, S. 409-421.
Woodward, Bob/Armstrong, Scott: The Brethren. Inside the Supreme Court, New York 1979.

Zacher, Hans F.: Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, in: AöR 93 (1968), S. 341-383.
zit.: Soziale Gleichheit.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ders.: Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1980.
zit.: Sozialpolitik.
Zeidler, Wolfgang: Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem BBG, in: DÖV 1952, S. 4-7.
Ziegler, Albert: Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie. Ein Beitrag zur Frage der Gleichberechtigung von Mann und Frau, Heidelberg - Löwen 1958.
Ziegler, Ursula: Versorgungsgerechtigkeit für Beamtinnen bei Beurlaubung und Teilzeitbeschäftigung zur Kindererziehung, in: RiA 1987, S. 49-51.
Zimmermann-Schwartz, Claudia: Neues von der Frauenförderung, in: NWVBl 1989, S. 396-398.
zit.: Frauenförderung.
dies.: Quotierung - ein rechtlich mögliches Instrument zur Förderung von Frauen im öffentlichen Dienst? Weiterentwicklungsmöflichkeiten des Frauenförderungskonzeptes Nordrhein-Westfalen, in: NWVBl 1987, S. 65-70.
zit.: Quotierung.
Zippelius, Reinhold: Der Gleichheitssatz, in: VVDStRL 47 (1989), S. 7-36.
Zöllner, Wolfgang: Gleichberechtigung und Gleichstellung der Geschlechter, in: Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift Rudolf Strasser, Wien 1983, S. 223-240.
Zuck, Rüdiger: Die quotierte Frau, in: MDR 1988, S. 459-461.
Zuleeg, Manfred: Gleicher Zugang von Mann und Frau als europarechtliches Problem, Europa-Institut der Universität des Saarlandes 1985.
Zweigert, Konrad: Gleichberechtigung - judge made?, in: JZ 1953, S. 248-249.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Literaturverzeichnis für den Nachtrag*

Baer, Susanne: Objektiv – neutral – gerecht? Feministische Rechtswissenschaft am Beispiel sexueller Diskriminierung im Erwerbsleben, in: KritV 1994, S. 154-178.
zit.: Objektiv.

dies.: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995.
zit.: Würde.

Battis, Ulrich/Eisenhardt, Anne: Neue Gesetzgebung zur Gleichberechtigung, in: ZRP 1994, S. 18-24.
zit.: Gleichberechtigung.

Battis, Ulrich/Schulte-Trux, Anke/Weber, Nicole: »Frauenquoten« und Grundgesetz, in: DVBl. 1991, S. 1165-1174.
zit.: Frauenquoten.

Becker, Hans Joachim: Frauenquoten im öffentlichen Dienst? Anmerkungen zum Vorlagebeschluß des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 23. Oktober 1990, in: RiA 1991, S. 292-296.
zit.: Frauenquoten.

Benda, Ernst: Stellungnahme in der 5. Öffentlichen Anhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 5. November 1992, in: Jutta Limbach/Marion Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation –, Baden-Baden 1993, S. 179-187.
zit.: Stellungnahme GVK.

Benhabib, Seyla/Butler, Judith/Cornell, Drucilla/Fraser, Nancy: Der Streit um Differenz. Feminismus und Postmoderne in der Gegenwart, Frankfurt 1993.
zit. Differenz.

Böttger, Barbara: Das Recht auf Gleichheit und Differenz. Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3 II Grundgesetz, Münster 1990.
zit.: Recht.

Breuer, Anne: Antidiskriminierungsgesetzgebung – Chance oder Irrweg? Zur Verfassungsmäßigkeit und Geeignetheit gesetzgeberischer Maßnahmen zur Förderung der Gleichberechtigung, Frankfurt a.M. – Bern – Paris 1991.
zit.: Antidiskriminierungsgesetzgebung.

Brohm, Winfried: Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung. Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes, in: JZ 1994, S. 213-220.
zit.: Soziale Grundrechte.

Bumke, Ulrike: Art. 3 GG in der aktuellen Verfassungsreformdiskussion: zur ergänzenden Änderung des Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz, in: Der Staat 1993, S. 117-139.
zit.: Art. 3 GG.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.): Bericht der Regierung der Bundesrepublik Deutschland für die 4. Weltfrauenkonferenz 1995, Stand: August 1994.
zit.: BMFSFJ-Bericht.

* Soweit nicht bereits im Literaturverzeichnis für die ersten vier Kapitel enthalten.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Butler, Judith: Bodies that Matter. On the Discursive Limits of »Sex«, New York – London 1993.
zit.: Bodies.
Butler, Judith: Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity, New York – London 1990.
zit.: Gender.
Charlesworth, Hilary/Chinkin, Christine/Wright, Shelley: Feminist Approaches to International Law, in: 85 The American J. of International Law (1991), S. 613-645.
zit.: Feminist Approaches.
Colneric, Ninon: Frauenquoten auf dem Prüfstand des EG-Rechts, BB 1996, S. 265-269.
zit.: Frauenquoten.
dies.: Quotenregelungen zur Frauenförderung. Anmerkungen zu dem Beschluß des BAG vom 22.6.93 – 1 AZR 590/93, in: PersR 1994, S. 45-47.
zit.: Quotenregelungen.
dies.: Replik auf Folkmar Koenigs, in: BB 1991, S. 1635.
zit.: Replik.
dies.: Verbot der Frauendiskriminierung im EG-Recht – Bilanz und Perspektiven, in: Wolfgang Däubler/Manfred Bobke/Karl Kehrmann (Hrsg.): Arbeit und Recht. Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, Köln 1992, S. 627-647.
zit.: Verbot der Frauendiskriminierung.
dies.: Vorlagepflicht nach EG-Recht bei Normenkontrolle über Frauenquote, in: BB 1991, S. 1118-1119.
zit.: Vorlagepflicht.
Degen, Barbara: Frauenförderung und Verfassungsrecht, in: PersR 1991, S. 205-207.
zit.: Frauenförderung.
Deller, Cornelia: Die Zulässigkeit von satzungsrechtlichen und gesetzlichen Quotenregelungen zugunsten von Frauen in politischen Parteien, diss. iur. Köln 1994.
zit.: Parteien.
Deter, Gerhard: Frauenrechte in den Verfassungsentwürfen der neuen Länder, in: ZRP 1993, S. 22-29.
zit.: Frauenrechte.
Deutscher Bundestag – Ausschuß für Frauen und Jugend: Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern – BT-Drucks. 12/5468 – und dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung von Frau und Mann – BT-Drucks. 12/5717 –, Protokoll der 57. und 58. Sitzung des Ausschusses für Frauen und Jugend vom 11. und 12. November 1993.
zit.: Öffentliche Anhörung.
Düwell, Franz Josef: Probleme der Frauenförderung im öffentlichen Dienst. Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 1.12.1992 z s 140-ICa 2881/92, in: PersR 1993, S. 251-253.
zit.: Frauenförderung.
Ebsen, Ingwer: Gleichberechtigung von Männern und Frauen, in: Ernst Benda/ Werner Maihofer/ Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin – New York 1994, S. 262-291.
zit.: HdBVerfR.
ders.: Leistungsbezogene Quotierung für den öffentlichen Dienst. Ein Beispielsfall kompensatorischer Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, in: Jura 1990, S. 515-523.
zit.: Quotierung.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ders.: Zur Koordinierung der Rechtsdogmatik beim Gebot der Gleichberechtigung von Männern und Frauen zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Verfassungsrecht, in: RdA 1993, S. 11-16.
zit.: Koordinierung.

Ende, Monika: Nochmals: Vorlagepflicht des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH bei der Normenkontrolle über Frauenquote, in: BB 1992, S. 489-490.
zit.: Vorlagepflicht.

Faludi, Susan: Backlash. The Undeclared War Against American Women, New York 1991.

Fisahn, Andreas: Rechtmäßigkeit von »Quotenregelungen« nach Änderung des Art. 3 II GG, in: Neue Justiz 1995, S. 352-356.
zit.: Quotenregelungen.

Francke, Robert/Sokol, Bettina/Gurlit, Elke: Frauenquoten in öffentlicher Ausbildung. Zur Verfassungsmäßigkeit geschlechterbezogener Quotenregelungen in öffentlichen Berufsausbildungen, Baden-Baden 1991.
zit.: Frauenquoten.

Friesen, Juliane Freifrau von: Bericht der Kommission »Gleichberechtigung und Gleichstellung von Frauen und Männern in Beruf, Politik und Gesellschaft« und des Arbeitsstabes »Arbeits- und Sozialrecht«, erstattet am 6. Oktober 1995 anläßlich der 31. Jahrestagung des Deutschen Juristinnenbundes in Schwerin.
zit.: DJB-Gleichstellungskommissionsbericht.

Fuchsloch, Christine: Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung. Ableitung, Analyse und exemplarische Anwendung auf staatliche Berufsausbildungsförderung, Baden-Baden 1995.
zit.: Mittelbare Geschlechtsdiskriminierung.

dies.: Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung?, in: NVwZ 1991, S. 442-445.
zit.: Erforderliche Beseitigung.

dies./Weber, Ingrid: Geschlechterquoten im öffentlichen Dienst, in: ArbuR 1994, S. 409-416.
zit.: Geschlechterquoten.

Gerhard, Ute: Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht, München 1990.
zit. Angleichung.

dies./Jansen, Mechthild/Maihofer, Andrea/Schmid, Pia/Schultz, Irmgard (Hrsg.): Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, Frankfurt 1990.
zit.: Differenz.

Grabrucker, Marianne: Typisch Mädchen...Prägung in den ersten drei Lebensjahren. Ein Tagebuch, Frankfurt a.M. 1985.
zit.: Typisch Mädchen.

dies.: Vater Staat hat keine Muttersprache, Frankfurt a.M. 1993.
zit. Muttersprache.

Gräfrath, Bernd: Wie gerecht ist die Frauenquote? Eine praktisch-philosophische Untersuchung, Würzburg 1992.
zit.: Frauenquote.

Hasseln, Sigrun von: Mann-O-Mann oder: Was hat Er, was ich nicht habe? Widerspricht Gleichstellung dem »besonderen deutschen Mannesgefühl« – aus männlicher Angst?, in: DÖD 1994, S. 273-280.
zit.: Mann-O-Mann.

Hassels, Angela/Hommerich, Christoph: Frauen in der Justiz. Eine empirische Analyse der Berufssituationen, Karriereverläufe und Karrierechancen von Richterinnen, Staatsanwältinnen und Rechtspflegerinnen, Bundesanzeiger vom 17.4.1993, Nr. 72a, Bonn 1993.
zit.: Studie.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dies.: Frauen in der Justiz. Eine empirische Analyse der Berufssituationen, Karriereverläufe und Karrierechancen von Richterinnen, Staatsanwältinnen und Rechtspflegerinnen, in: DRiZ 1992, S. 431-437.
zit.: DRiZ.

Heimbach-Steins, Marianne: Gerechtigkeit durch Quoten? Sozialethische Überlegungen zu einem Reizthema der Frauenpolitik, in: Stimmen der Zeit 1994, S. 819-831.
zit.: Gerechtigkeit.

Herrmann, Elke: Vereinbarkeit der Quotenregelung zur Frauenförderung mit nationalem und europäischem Recht, in: SAE 1995, S. 229-241.
zit.: Quotenregelung.

Hochreuter, Anna: Die Berufung von Frauen. Zu Huba/Schloßareck, JuS 1992, 676 ff., in: JuS 1993, S. 981-982.
zit.: Berufung von Frauen.

Hofmann, Hans: Bevorzugung von Frauen bei Stellenbesetzungen?, in: NVwZ 1995, S. 662-663.
zit.: Bevorzugung.

ders.: Die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung in dem neueren Art. 3 II S. 2 GG, in: FamRZ 1995, S. 257-264.
zit.: Gleichberechtigung.

Huba, Hermann/Schloßareck, Fred: Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Die Berufung von Frauen, JuS 1992, S. 676-680.
zit.: Berufung von Frauen.

Huster, Stefan: Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität. Zu einigen Grundfragen der Rechtfertigung von Quotenregelungen, in: AöR 118 (1993), S. 109-130.
zit.: Frauenförderung.

ders.: Die Quotenfrage – Dogmatik und Dogmatismus der BefürworterInnen und KritikerInnen. Besprechung von Sibylle Raasch, Frauenquote und Männerrechte; Ute Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung; Bernd Gräfrath, Wie gerecht ist die Frauenquote?; Beate Rössler (Hrsg.), Quotierung und Gerechtigkeit, in: KJ 1995, S. 107-119.
zit.: Besprechung.

Institut für praxisorientierte Sozialforschung, IPOS: Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Wirklichkeit und Einstellungen in der Bevölkerung. Ergebnisse der ersten vergleichenden Repräsentativumfrage zur Gleichberechtigung, Bundesministerium für Frauen und Jugend, Materialien zur Frauenpolitik 16/92, Februar 1992.
zit.: IPOS-Studie.

Irigaray, Luce: Das Geschlecht, das nicht eins ist, Berlin 1979.
zit.: Geschlecht.

dies.: Die Zeit der Differenz. Für eine friedliche Revolution, Frankfurt a.M. – New York 1991.
zit.: Differenz.

Isensee, Josef: Mit blauem Auge davongekommen – das Grundgesetz, in: NJW 1993, S. 2583-2587.
zit.: Mit blauem Auge.

Kallmeyer, Harald: Alleinverdiener-Hausfrauen-Ehe und Gleichberechtigung – Gedanken zum Familienrecht und Arbeitsrecht, in: NJW 1994, S. 2329-2331.
zit.: Alleinverdiener-Hausfrauen-Ehe.

Kaufmann, Claudia: Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen – (k)ein Widerspruch?, in: Kathrin Klett/Danielle Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag. Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Basel – Frankfurt a.M. 1993, S. 157-172.
zit.: Gleichberechtigung.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Köbl, Ursula: Gleichheit und Differenz – Frauenförderung im Zielkonflikt?, in: Meinhard Heinze/Alfred Söllner (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewährung. Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, München 1994, S. 521-546.
zit.: Gleichheit.

Koenigs, Folkmar: Vorlagepflicht nach EG-Recht bei Normenkontrolle über Frauenquote. Erwiderung auf Colneric, BB 1991 S. 118, in: BB 1991, S. 1634-1635.
zit.: Vorlagepflicht.

Kokott, Juliane: Zur Gleichstellung von Mann und Frau – Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: NJW 1995, S. 1049-1057.
zit.: Gleichstellung.

König, Doris: Die Grundgesetzänderung in Art. 3 Abs. 2 GG. Ein Fortschritt auf dem Weg zur tatsächlichen Gleichberechtigung?, in: DÖV 1995, S. 837-846.
zit.: Grundgesetzänderung.

Körner-Dammann, Marita: Veränderte Erwerbs- und Familienstrukturen als Voraussetzung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, in: NJW 1994, S. 2056-2063.
zit.: Erwerbs- und Familienstrukturen.

Krohn, Petra/Lukat, Flora: Der alte Mythos wirkt noch immer ... Einige Überlegungen zum Artikel »Die Benachteiligung der Frau durch Gleichstellung« von Prof. Dr. E. Quambusch in DÖD 1993, Seite 193-204, in: DÖD 1994, S. 3-5.
zit.: Mythos.

Kruse, Anne: Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten im öffentlichen Dienst. Zugleich eine Anmerkung zum Vorlagebeschluß des OVG NW vom 23.10.1990, in: DÖV 1991, S. 1002-1011.
zit.: Frauenquoten.

Ladeur, Karl-Heinz: Gleichberechtigung und »Gleichstellung« von Mann und Frau im öffentlichen Dienst. Das Exempel des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes, in: ZBR 1992, S. 39-47.
zit.: Gleichberechtigung.

Langenfeld, Christine: Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1990.
zit.: Gleichbehandlung.

Limbach, Jutta: Der aufhaltsame Aufstieg der Frauen in der Wissenschaft, Dokumentationsreihe der Freien Universität Berlin, Heft 23, Berlin 1994.
zit.: Frauen in der Wissenschaft.

dies.: Ein Nachwort: Der Kompromiß, in: dies./Marion Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation –, Baden-Baden 1993, S. 299-301.
zit.: Nachwort.

dies.: Frauen in bester Verfassung, in: dies./Marion Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation –, Baden-Baden 1993, S. 11-19.
zit.: Frauen in bester Verfassung.

dies./Eckertz-Höfer, Marion (Hrsg.): Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation –, Baden-Baden 1993.
zit.: Frauenrechte.

Loritz, Karl-Georg: Anmerkung zur EuGH-Entscheidung vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), in: EuZW 1995, S. 763-765.
zit.: Anmerkung.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

MacKinnon, Catharine A.: Auf dem Weg zu einer neuen Theorie der Gleichheit, in: KritV 1994, S. 363-376.
zit.: Gleichheit.
dies.: Only Words, Cambridge, Mass. 1993.
zit.: Only Words.
Maihofer, Andrea: Geschlecht als Existenzweise. Macht, Moral, Recht und Geschlechterdifferenz, Frankfurt a.M. 1995.
zit.: Geschlecht.
dies.: Stellungnahme in der 5. Öffentlichen Anhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 5. November 1992, in: Jutta Limbach/Marion Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation –, Baden-Baden 1993, S. 194-202.
zit.: Stellungnahme GVK.
Majer, Diemut: »Gleiche«, »gleichwertige« oder »erforderliche« Qualifikation. Zum Zusammenhang zwischen Antidiskriminierungsrecht und Art. 33 Abs. 2 GG, in: KJ 1991, S. 151-167.
zit.: Qualifikation.
Mauer, Jutta: Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz, in: BB 1994, S. 1283-1286.
zit.: 2. Gleichberechtigungsgesetz.
Merten, Detlef: Über Staatsziele, in: DÖV 1993, S. 368-377.
zit.: Staatsziele.
Müller-Piepenkötter, Roswitha/Neuhaus, Claudia/Oellers, Ina/Wohlgemuth, Gisela: Zur Durchsetzung der »geschlechtsspezifischen Interessenlagen« im Recht und in der Verwaltung. Konsequenzen aus dem Beitrag von Quambusch in DÖD 1993, 193 ff., in: DÖD 1994, S. 1-3.
zit.: Durchsetzung.
Minow, Martha: Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law, Ithaca – London 1990.
zit.: Difference.
Olsen, Francis: Das Geschlecht des Rechts, in: KJ 1990, S. 303-317.
zit.: Geschlecht.
Pfarr, Heide: Die Frauenquote, in: NZA 1995, S. 809-813.
zit.: Frauenquote.
dies.: Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz, in: RdA 1995, S. 204-211.
zit.: 2. Gleichberechtigungsgesetz.
Plett, Constanze: Ein Generationensprung? Zum Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Zweites Gleichberechtigungsgesetz – 2. GleiBG), in: DuR 1993, S. 104-110.
zit.: Generationensprung.
Quambusch, Erwin: Die Benachteiligung der Frau durch Gleichstellung. Zur Vernachlässigung der Fakten bei der Frauenförderung, in: DÖD 1993, S. 193-204.
zit.: Benachteiligung.
Raasch, Sibylle: Frauenquoten und Männerrechte, Baden-Baden 1991.
zit.: Frauenquoten.
Rosenfeld, Michel: Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry, New Haven – London 1991.
zit.: affirmative action.
Rössler, Beate (Hrsg.): Quotierung und Gerechtigkeit. Eine moralphilosophische Kontroverse, Frankfurt a.M. – New York 1993.
zit.: Quotierung.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sachs, Michael: Besondere Gleichheitsgarantien, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1992, S. 1017-1083.
zit.: HStR.

ders.: Die Quotenregelung und der Rentenalterbeschluß des BVerfG, in: NVwZ 1991, S. 437-442.
zit.: Quotenregelung.

Sacksofsky, Ute: Das eheliche Namensrecht – der unendlichen Geschichte dritter Akt, in: KritV 1995, S. 94-111.
zit.: Namensrecht.

dies.: Sind Schwarze und Frauen gleicher als weiße Männer? Verfassungsrechtliche Gleichheitsgarantien und Fördermaßnahmen zugunsten bisher benachteiligter Gruppen, in: Cord Jakobeit/Ute Sacksofsky/Peter Welzel (Hrsg.): Die USA am Beginn der neunziger Jahre. Politik Wirtschaft Recht, Opladen 1993, S. 217-239.
zit.: Schwarze und Frauen

dies.: Stellungnahme in der 5. Öffentlichen Anhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 5. November 1992, in: Jutta Limbach/Marion Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation –, Baden-Baden 1993, S. 95-98, 203-216.
zit.: Stellungnahme GVK.

Sannwald, Rüdiger: Die Reform des Grundgesetzes, in: NJW 1994, S. 3313-3320.
zit.: Reform.

Savage, David G.: Turning Right. The Making of the Rehnquist Supreme Court, New York u.a. 1992.
zit.: Turning Right.

Schiek, Dagmar: Die EuGH-Entscheidung »Kalanke« – Folgerungen für antidiskriminierende Maßnahmen im öffentlichen Dienst, in: PersR 1995, S. 512-519.
zit.: Kalanke.

dies.: Das Hessische Gleichberechtigungsgesetz, in: PersR 1994, S. 201-209.
zit.: Gleichberechtigungsgesetz.

dies.: Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen. Gleichberechtigung durch Deregulierung?, Baden-Baden 1992.
zit.: Nachtarbeitsverbot.

dies.: »Vereinbarkeit von Beruf und Familie« – vereinbar mit der arbeitsmarktlichen Gleichstellung von Frauen?, in: KJ 1994, S. 511-531.
zit.: Vereinbarkeit.

Schlachter, Monika: Berufliche Gleichberechtigung und Frauenförderung. Übersicht zur Rechtslage und Ausblick auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum 2. Gleichberechtigungsgesetz, in: JA 1994, S. 72-80.
zit.: Berufliche Gleichberechtigung.

dies.: Wege zur Gleichberechtigung. Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten, München 1993.
zit.: Gleichberechtigung.

Schneider, Hans-Peter: Die Gleichstellung von Frauen in Mitwirkungsgremien der öffentlichen Verwaltung. Dargestellt am Beispiel des Landes Schleswig-Holstein, Baden-Baden 1991.
zit.: Gleichstellung.

Scholz, Rupert: Anmerkung zur EuGH-Entscheidung vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), in: WiB 1995, S. 951-953.
zit.: Anmerkung.

Schultz, Dagmar: Das Geschlecht läuft immer mit: die Arbeitswelt der Professorinnen und Professoren, Pfaffenweiler 1990.
zit.: Geschlecht.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schunter-Kleemann, Susanne: Die Familienpolitik der Europäischen Gemeinschaft, in: WSI-Mitteilungen 1991, S. 103-114.
zit.: Familienpolitik.
Simon, Helmut: Stellungnahme in der 5. Öffentlichen Anhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 5. November 1992, in: Jutta Limbach/Marion Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation –, Baden-Baden 1993, S. 231-237.
zit.: Stellungnahme GVK.
Starck, Christian: Anmerkung zur EuGH-Entscheidung vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), in: JZ 1996, S. 197-199.
zit.: Anmerkung.
Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 1995.
zit.: Statistisches Jahrbuch 1995.
Sudhof, Margaretha: Gesellschaft, Diskriminierung, Quote – »Solange«: Das Recht vor der Gleichheit. Zugleich Anmerkung zu BAGE 61, 212 und 219 sowie OVG Münster v. 23.10.90 – 12 B 2298/90, JZ 1991, S. 751-756.
zit.: Gesellschaft.
dies.: Replik auf Stefan Huster, in: KJ 1995, S. 119-121.
zit.: Replik.
Suelmann, Heinz-Gerd: Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, Baden-Baden 1994.
zit.: Horizontalwirkung.
Taub, Nadine/Schneider, Elizabeth M.: Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law, in: David Kairys (Hrsg.), The Politics of Law. A Progressive Critique, New York 1982, S. 117-139.
zit.: Perspectives.
Vogel, Hans-Jochen: Verfassungsreform und Geschlechterverhältnis. Zur Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG durch ein Staatsziel Frauenförderung, in: Eckart Klein (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1994, S. 395-420.
zit.: Verfassungsreform.
Wedekind, Birgit: Noch einmal: Die Benachteiligung der Frau durch Gleichstellung? Eine Erwiderung auf Quambusch, DÖD 1993, 193 ff., in: DÖD 1994, S. 6-11.
zit.: Noch einmal.
Wetterer, Angelika: »Man marschiert als Frau auf Neuland« – Über den schwierigen Weg der Frauen in die Wissenschaft, in: Uta Gerhardt/Yvonne Schütze (Hrsg.): Frauensituation. Veränderungen in den letzten 20 Jahren, Frankfurt a.M. 1988, S. 273-291.
zit.: Neuland.
dies.: Rhetorische Präsenz – faktische Marginalität. Zur Situation von Wissenschaftlerinnen in Zeiten der Frauenförderung, in: Zeitschrift für Frauenforschung, 12. Jg., 1994, S. 93-110.
Wisskirchen, Gerlind: Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, des Europäischen Gerichtshofs und des U.S. Supreme Court, Berlin 1994.
zit.: Mittelbare Diskriminierung.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sachverzeichnis

Hauptfundstellen sind *kursiv* hervorgehoben

Abstammung 139, 213, 310, 324, 326
Abtreibung 203
Abwehrrecht 76, 161 f., *199 ff., 354 ff.*
- vgl. Grundrechte, Gleichheitsrechte

Adäquanztheorie 140 f.
Adoption 62 f.
Äquivalenztheorie 139 f.
affirmative action
- Begriff *233 ff.*
- und Gleichheitsbegriff *264 ff., 272 ff.*
- Argumente für und gegen *266 ff.*
- und Schutz bestimmter Gruppen 287
- und prozeß-orientierte Theorie 283 f.
- bei Universitätszulassung 238 ff.
- bei Prozeßvergleichen 250 f., 254 f., 258
- bei Entlassungen 251, 252 f., 263
- Rechtsprechung des Supreme Court *237 ff., 384 ff.*
- und disparate impact 229
- und gesellschaftliche Diskriminierung 243 f., 252, 263
- vgl. auch Quoten, equal protection-Klausel, Civil Rights Act, scrutiny

affirmative duty 221 f.
Aggressivität 81
Alimentationsprinzip 43 f.
Alleinvertretungsrecht des Vaters 31 ff.
allgemeine Handlungsfreiheit 22, 185, 355
Alter 213
Amendment
- fünftes 208, *385 f.*
  - vgl. equal protection-Klausel
- vierzehntes s. equal protection-Klausel

Anpassungsfrist 29, 114, 192, 344
Antidiskriminierungsgesetz 159 f.
Antidominierungsprinzip 285 ff.
Arbeitslosigkeit 21, 158, 381
Arbeitsschutz 51, 85, 116, *131 f.*, 155, *363 f.*
- USA 289

Arbeitsteilung, geschlechtsspezifische 34, *81 ff., 119 ff., 189 f.*
- vgl. Unterschiede

Arbeitszeitordnung 51, 85
- vgl. Arbeitsschutz, Nachtarbeitsverbot

Argumentationslast 146 f.
Ausländereigenschaft 212
Ausländerrecht 56, 59, 85 f.
Auslegung *317 ff.*
- Wandel 46
- USA 247
- vgl. auch Entstehungsgeschichte, Wortlaut, Systematik, Teleologie, Grundrechtsinterpretation

Ausstrahlungswirkung 201 f.
Auszahlungsmodalität 58
Autorität 109, 199

Bakke *238 ff.*
Baum 151 f.
Beamtenrecht 118 f.
- vgl. Hinterbliebenenversorgung

Begründungsverbot *146 ff.*, 280
Beitragsrückerstattung 45
Benachteiligung
- in der Rechtsprechung des BVerfG *52 ff.*
- und Dominierungsverbot *362 ff.*
- und Bevorzugung 373
- vgl. Differenzierungsverbot, Dominierungsverbot, Diskriminierung, Gleichberechtigungsdefizit

Berufsfreiheit 176, 184
Beschäftigungsverbote s. Arbeitsschutz
Beweislast 226, 231, 279
Bildungseinrichtungen
- getrennte 219 ff.
- vgl. Studienplätze, affirmative action

Bindung an die Grundrechte 114, 194, 200, 306
- USA 208 ff.

Brown 219 ff.
Bürgerkrieg, amerikanischer 216
Bürgerrechtsgesetze
- nach 1866 216 f.
- nach 1957 222 f., s. auch Civil Rights Act

Bundesstaat
- und Grundrechtsschutz in USA 216

Carolene Products *277 ff.*
Chancengleichheit 135, 164, 172
- und Ergebnisgleichheit *399 ff.*, 410
- USA 265

Christliche Lehre 104, 105, 108, 111

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Civil Rights Act von 1964
- Titel VI *222*, 240 f.
- Titel VII *223, 225 ff., 247 ff.*, 251 f., 255 ff., 294
- vgl. affirmative action, disparate impact

conditio sine qua non 139 f.

Daseinsvorsorge s. Leistungsverwaltung
Defloration 129
Demokratie 277 f., 306, 313 f., 339, 380
Differenz 400
Differenzierungsgebot *64 f.*, 177
Differenzierungsverbot
- Inhalt *25 ff.*
- Funktion und Schutzzweck *310 ff., 339 ff.*
- Konsequenzen und Schutzwirkung 156 f., 190 f., 340 f.
- Auslegung *318 ff.*
- Kritik *339 ff.*
- absolutes 155 f., 299, 339
- Begrenzungsmodelle *28 ff., 135 ff.*, 341
- und Anknüpfung 26, 28 ff., 50 f., 96
- und Benachteiligung 26 f., 52 ff., 96
- und Symmetrie 26, 75, 96 f., 242, 339, 373
- und formale Gleichstellung 27, 80 ff., 97, 126, 134 ff.
- und Quoten 168 f., 197 f.
- USA 224, 241 f., 250, 262, 274, 299
- Begründung *275 ff.*

Diskriminierung
- überkommene Form der 315, 373
- neue Fragestellungen 19 ff., 190 ff., 316
  - USA 212, 224 ff.
  - vgl. mittelbare Benachteiligung disparate impact, Quoten, affirmative action
- strukturelle 189, 272 f., 287, 371, 413 ff.
- vgl. Rassendiskriminierung, Gleichberechtigungsdefizit, Benachteiligung

Diskriminierungsabsicht 226 f., 231 ff., 279 ff., 413 f.
- vgl. mittelbare Benachteiligung, disparate impact

Diskriminierungsverbot 75, *341 f.*
- gesetzliches in USA 222 f.
- vgl. Differenzierungsverbot

disparate impact 283, 287 f., 299
- und Titel VII *225 ff.*
- und equal protection-Klausel *231 ff.*
- vgl. mittelbare Benachteiligung

disparate treatment 225 f., 230 f.
diversity 244, 261
Dominierungsverbot
- Inhalt und Funktion *312 ff.*
- Auslegung *318 ff.*, 403 ff.
- als Abwehrrecht *351 ff.*
- dogmatische Präzisierung *349 ff.*
- Ungleichbehandlung *359 ff.*
- Rechtfertigung *366 ff.*
- Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3 GG *372 ff., 411 ff.*
- und Asymmetrie 337 f., 352, 403
- und geschützte Gruppe 360 f.
- und Quoten 378 ff., *411 ff.*
- vgl. Gleichberechtigungssatz, Antidominierungsprinzip

Doppel-Verdiener 21, 325, 353
Dred Scott 215 f., 218
Drittwirkung der Grundrechte 118, 351, 403
- USA 217

Ehe und Familie
- und Gleichberechtigung 29, 85, 108 ff., 119 ff., 180 f.
- vgl. Hausfrauenehe, Unterhaltsleistungen, Güterrecht, Scheidung, elterliche Sorge

Ehegatten-Mitarbeit *93 f.*
Ehename *57 f.*, 121 ff., 387
Eigentum 184 f.
Eignung s. Qualifikation, Leistungsprinzip
Einheit der Verfassung 172 f.
Einschätzungsprärogative 78, 365
elterliche Sorge 31 ff., 88, 121
Emancipation Proclamation 216
Entscheidungsfreiheit der Ehegatten 42, 180 f.
Entscheidungsrecht des Mannes 110 ff., 120 f., 123, 124 f.
- vgl. Stichentscheid

Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers s. Gestaltungsfreiheit
Entstehungsgeschichte
- als Auslegungsmittel 323
- des Gleichberechtigungssatzes 73, 106, 162, *323 ff.*
  - vgl. Parlamentarischer Rat
- des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG *392 ff.*
- USA 240 f., 247, 275, 286, 295

equal protection-Klausel
- Inhalt und Dogmatik *208 ff.*, 223 f.
- Funktion 274 ff., 285 ff.
- und fundamental rights 211
- und disparate impact *231 ff.*
- und affirmative action *241 ff.*, 248 ff., 252 ff., 258 ff.
- und Rassendiskriminierung 212
- und Geschlechterdiskriminierung 213, 232, *289 ff.*
- prozeß-orientierte Deutung 277 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

– vgl. strict scrutiny, intermediate scrutiny, rational basis test, Klassifizierung, suspect classification, Rassendiskriminierung, Supreme Court
Equal Rights Amendment 294 f.
equal treatment/special treatment 299 f.
Erforderlichkeit s. Notwendigkeit
Ergebnisgleichheit s. Chancengleichheit
Erwerbstätigkeit, Recht auf 84, 119
Erziehungsurlaub 156, 353
ethnische Herkunft *212,* 229, 268, 289
Europäische Gemeinschaft 159, 191, 407 ff.
Executive Order
– Nr. 10925 von 1961 236
– Nr. 112246 von 1965 236

Familienname s. Ehename
feministische Rechtstheorie 300 ff., 402 f., 404
Feuerwehrabgabe *387 ff.*
Feuerwehrdienst 85, 325
finaler Zugriff 365
– vgl. Diskriminierungsabsicht, mittelbare Benachteiligung, disparate impact
Finalität *142 ff.*
Frauendiskriminierung
– und Rassendiskriminierung in USA *288 ff.*
– vgl. Gleichberechtigungsdefizit, Gleichberechtigungssatz, Diskriminierung, Differenzierungsverbot, Dominierungsverbot
Frauenfördergesetz s. Gleichberechtigungsgesetz
Frauenfördermaßnahmen *167 ff., 197 ff., 374 ff.,* 340 f., *405 ff.*
– s. auch Quoten
Frauenquoten s. Quoten
Freiheit und Gleichheit 357 f.
Fremdrentengesetz 35, 48, 89

Geeignetheit 176 f., 369
geistige Behinderung 213, 276
Gerechtigkeit 107, 126, 194, 215, 266, 306 f.
geschlechtsbedingt 33 f., 49
Gesellschaft
– diskriminierungsfreie 265, 269, 298
– matriarchalische 360
– patriarchalische 86, 188, 243, 301, 403
– pluralistische 277, 313
Gesetzgebungsauftrag 192, 344
– vgl. auch Anpassungsfrist, Verfassungsauftrag
Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers 25, 41, 45, 164, 165, 311, 380
– USA 211, 263

Gewaltenteilung 273 f., 339
Gewichtung 58 ff.
gleichberechtigt
– Begriff *319 ff.*
– historischer Kontext *336 f.*
Gleichberechtigung
– Verfassungsrechtliche Garantie der
– Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG s. Gleichberechtigungssatz
– Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG s. Gleichberechtigung, Auftrag zur Durchsetzung
– in Landesverfassungen *382*
– Auftrag zur Durchsetzung
– Auslegung *399 ff.*
– Entstehung *392 ff.*
– Reichweite *402 f.*
– und subjektives Recht 398, *401 f.*
– tatsächliche 76, *157 ff.,* 343 ff., 381 ff.
– USA 235, 301
– vgl. Gleichberechtigungsdefizit, Gleichberechtigungssatz
Gleichberechtigungsdefizit 157 f, 163, 164, 187, 381 ff.
– Ursachen *188 ff.,* 413 f.
– vgl. Rassendiskriminierung
Gleichberechtigungsgesetz
– von 1957 31, 69, 119 ff.
– Zweites, des Bundes 382 f.
– der Länder *382 f.*
Gleichberechtigungssatz
– Auslegung *318 ff.*
– Wortlaut *318 ff.*
– Entstehungsgeschichte *323 ff.*
– Systematik *333 ff.,* 403 ff.
– Teleologie *335 ff.*
– nach der Verfassungsänderung *403 ff.*
– dogmatische Präzisierung *349 ff.*
– historische Ausgangslage 117, 127, 198, 323 ff.
– als unmittelbar anwendbare Rechtsnorm 29, 114, 126
– als »feste Grenze« 25, 79, 98
– objektiv-rechtlicher Gehalt 162 f., 165, *171 ff., 199 ff.,* 344 ff.
– Verfassungsauftrag 47, 76, *160 ff., 192 ff.,* 343 ff., 387 ff. s. Gleichberechtigung, Auftrag zur Durchsetzung
– programmatische Tendenz 350 ff.
– Begrenzung 28 ff., 108 ff., 122 f., 134 ff.
– gleichbedeutend mit Art. 3 Abs. 3 GG 24, 75, 97 f., 136 f., 387 ff.
– vgl. insb. Differenzierungsverbot, Dominierungsverbot, Gleichheitssätze, Abwehrrecht

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gleichheit *103 ff.*, 264 f.
- rechtliche/formale und faktische *193 ff., 399 ff.*
Gleichheitsrechte
- als Abwehrrechte *354 ff.*
- und Freiheitsrechte *355 ff.*
- in USA 208 ff.
  - vgl. equal protection-Klausel, scrutiny
Gleichheitssatz, allgemeiner 25, 30, 103, 126, 146 f., *193 ff., 306 ff.*
- neue Entwicklungen *307 ff.*, 366 f.
- Konkretisierung des 25, 31, 146
- in USA s. equal protection-Klausel
- vgl. Willkürverbot
Gleichheitssätze, besondere
- Funktion 275 ff., *310 ff.*
- und allgemeiner Gleichheitssatz 25, 30, 31, 40, 45 f., 106 f., 145, 146 f., 196 f., 275 ff., 309 f., 412
- vgl. Gleichberechtigungssatz, Differenzierungsverbot, Dominierungsverbot
Gleichmacherei 104
Gleichstellung *396 f.*
Gleichwertigkeit 80, 84, 95, *104 ff.*, 127
- Beurteilung der *67 f.*
- der Unterhaltsleistungen *66 ff.*, 73
Grenzsituation 54
Grundrechte
- Funktionen 161 f., 195, *199 ff.*
- Interpretation *317 f.*
- Kollision 111 f., 142, 172 ff., 175 ff., 374 f.
- vgl. Abwehrrecht, Verfassungsauftrag, objektiv-rechtlicher Gehalt
Gruppen und besondere Gleichheitssätze
- USA *277 ff., 186 ff.*
- Dominierungsverbot *312 ff., 360 ff.*
Gruppenrecht 334 f., *415 ff.*
Güterrecht, eheliches 120

Halbteilungsgrundsatz 70
Handarbeitsunterricht 147
Hausarbeitstag 33 f., 87 f., 119
Hausfrauenarbeit 48, 66, 69 ff., 160, 165, 330, 354
- vgl. Haushaltführung
Hausfrauenehe 40 f., 119 ff., 181, 189
Hausgehilfinnenkosten 87
Haushaltführung 82 f., 109, 120 f., 330
- vgl. Hausfrauenarbeit
Hebamme 363
Hinterbliebenenrenten
- im Sozialversicherungsrecht *37 ff.*, 43, 46 f., 51, 69, 82
- Höhe 61, 94
- im Beamtenrecht 33, *42 ff.*, 69, 83
- USA 291
Höfeordnung 73, 83 f, 85, 123
Homosexualität 29 ff., 31 f., 51, 80 f.
- USA 213, 278

Identität 68
indirekte Diskriminierung s. mittelbare Benachteiligung, disparate impact
Institutsgarantie 111
Integration 269 f.
Internationales Privatrecht 59, 90 f.

Juden 145, 314

Kalanke *407 ff.*
Kausalität 34 ff., *139 ff.*
Kindergartenplatz 382
Kinderzuschlag 58
Kindeswohl 87 f., 122 f.
Kirche 111
Kirchensteuer 70
Klasse 146 ff., 286 f.
Klassifizierung 209 ff.
Klimakterium 130
kollektives Fördergebot *345 ff.*
Kompensation 74 ff., 168, 170, *266 ff.*
- vgl. Quoten, affirmative action
Kompensationsklausel 396, *397*
Kontrolle, verfassungsgerichtliche 164, 194, 201
- Intensität 25, 78, 98, 306, 309, 367 ff.
- USA 210, 238, 275 ff.
- vgl. scrutiny
Kranzgeld 116, 129, 313

Lapidarformel 317, 322
Leben 203
Leistungsgrundsatz *181 ff.*
- USA 271 f.
Leistungsverwaltung 40, 45, 48
Lohnfortzahlung 21
Lohngleichheit 68, 82, 117, 326, 330

Mädchenschule 143
Menschenrechte 306
Menschenwürde 104, 276, 285, 287, 311, 314, 416
Menstruation 129, 152 f.
Methode *317 f.*
Minderheitenschutz 278, 313 f.
- vgl. Rassendiskriminierung
minority business enterprise 248 ff., 258 f., 260 f., 385 f.
mittelbare Benachteiligung 20 f., 57 f., 93 f., *191*, 346
- und Differenzierungsverbot 191, 316
- und Dominierungsverbot 316, 340, 361 f., 370 f., 374

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

– vgl. disparate impact
Mutter/Mutterschaft 31 ff., 53 ff., 78, *80 f.*, 87 f., 154
– vgl. Unterhaltsleistungen, Hausfrauenarbeit, Schwangerschaft
Mutterschutz 59 ff., 116, 129, 143, *148 ff.*, 155 f., 330, 379
– vgl. Erziehungsurlaub

Nachtarbeitsverbot *387 ff.*
– s. auch Arbeitszeitordnung
Namensrecht s. Ehename, Adoption
Nationalsozialismus 336
Naturrecht 105, 111
nichteheliche Kinder
– Unterhaltskosten 44 f., 51, 66, 71
– Sorgerecht 88 f.
– Gesetzgebungsauftrag 192, 344
– USA 213, 291 f.
Normalfall 41 f., 44
normative Kraft der Verfassung 348
Notwendigkeit 177, *369 ff.*

Obersatz 23
objektiv-rechtlicher Gehalt *162 f.*, *171 ff.*, *199 ff.*
old boy's network 272
Opferperspektive 286 ff.
Ordnungsvorschrift 124
overinclusive 210

Parlamentarischer Rat 69, 106, 323 ff., 336, 344, 377 f.
Paternalismus, romantischer 265, 290
Paulskirchenverfassung 358
Pauschalisierung der Arbeitsentgelte
– in der Rentenversicherung 36 f., 91 f., 93
– USA 293
Plessy v. Ferguson 218 f., 274, 285
politischer Prozeß 278, 314, 380
Portoparagraph 159
praktische Konkordanz 172 ff.
preferential treatment s. affirmative action, Quoten
Pregnancy Discrimination Amendment 150
Prinzipienmodell 204
Privatautonomie 108
Prognosespielraum 177, 365
public accomodation 217

Qualifikation 167, *183 f.*, 189 f., 226, 255
Quoten 19, 159, *167 ff.*, *197 ff.*, 347, 374, *378 ff.*, *405 ff.*
– und Differenzierungsverbot 167 f., 197 f.
– und Dominierungsverbot *363 ff.*, *374 ff.*
– und Europarecht *407 ff.*
– und Art. 3 Abs. 3 GG *374 ff.*, *411 ff.*
– und Art. 3 Abs. 1 GG 412
– und Nachteilsausgleich *412 ff.*
– und Individualrechte *415 ff.*
– Entscheidungs- und Ergebnisquote *406*
– mit Härteklausel 407, *409 ff.*
– Männerquoten 184
– paritätische 174, 178
– USA s. affirmative action

Rassendiskriminierung
– verfassungsrechtlicher Schutz *212 f.*
– verfassungsgeschichtliche Entwicklung *214 ff.*
– und disparate impact *225 ff.*
– und affirmative action *233 ff.*, *264 ff.*, *274 ff.*, 384 ff.
– Ausgangslage 266 f., 272 f., 285
– und Geschlechterdiskriminierung *294 ff.*
– vgl. Civil Rights Act, equal protection-Klausel, affirmative action
Rassentrennung 217 ff., 247
rational basis test 209, 212, 232, 243
– vgl. equal protection-Klausel, Willkürverbot
Rechtsdogmatik 23, 98 f., 102, 349 f.
Rechtssicherheit 27, 114, 339
Rentenalter 50 f., *74 ff.*, 92 f., 170 f.
reverse discrimination s. affirmative action, Quoten
Rollentausch, potentieller 345 ff.

Schadensersatz 235
Scheidung 72, 88
– USA 291
Schutzpflicht 201
Schwangerschaft 22, 129, 140, *148 ff.*, *155 f.*, 292, *299 f.*, 361
scrutiny 238, 249 f., 255, 262 f., 277 ff.
– strict *211 ff.*, 224, 238, 385 f.
– intermediate level of *213 f.*, 260, *291 ff.*
– und affirmative action *242 f.*, 252, 255, *258*, 280 ff., 287 f.
– hinsichtlich bestimmter Merkmale s. jeweils dort
– vgl. Kontrolle, Rassendiskriminierung, affirmative action, equal protection-Klausel
seniority 251 ff.
separate but equal 218 ff.
Sexualstrafrecht 116
– vgl. Homosexualität
Sklaverei 215 f., 217, 290, 296
Soldaten 20, 182
– vgl. Veteranen, Wehrdienst

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sozialstaatsprinzip 39, 76 f., 161 f., 163 f., *171 ff.*, 182, 194 f., 346
Sprache 139, 147, 311 f., 326
- geschlechtergerechte 393
Spezialität *375 ff., 411 ff.*
Staatsangehörigkeit 55 ff., 59, 71, 86, 121 ff., 139
Staatszielbestimmungen 108, 162
- s. Gleichberechtigung, Auftrag zur Durchsetzung
Statistik 226, 233
status
- negativus 355
- libertatis 355
Stereotype 81, 293
steuerliche Zusammenveranlagung der Ehegatten 42, 84
Stichentscheid, väterlicher 31 ff., 53, 58, 85
- vgl. Entscheidungsrecht
Stillzeit 129, 148
Studienplätze 20, 238 ff.
Stufentheorie 184, 213
Subsumtion 23
Supreme Court
- Zusammensetzung 237
- zu Gleichheitsrechten *209 ff., 384 ff.*
- zu disparate impact *225 ff.*
- zu Frauendiskriminierung *288 ,ff.*
suspect classification *211 ff.*, 280 ff.
Systematik 333 ff.

Teilzeitbeschäftigung 21, 158, 191, 354
Teleologie 162, 335
Testverfahren 21, 227 ff., 231, 245
traditionelle Überzeugungen 34, 73, 82, 111 ff., 148, 390
- vgl. Vorurteil, Stereotype
Typisierung *37 ff.*, 44 ff., 76, 132 f.
- USA 282 f.

umgekehrte Diskriminierung s. affirmative action, Quoten
Unabhängigkeitserklärung, amerikanische 214 f.
Universitäten s. Studienplätze, Bildungseinrichtungen
Unterhaltsersatz 38, 41
Unterhaltsleistungen 39, 69 f.
Unterschiede als Begrenzung des Differenzierungsverbots
- biologische und funktionale *28 ff.*, 96, *387 ff.*
- biologische 78, 87, *115 f., 128 ff.*, 170 f.
- funktionale 87, *133 f.*
- USA 294 ff.

Vereinigung Deutschlands 392 f.
Verfassungsänderung s. Gleichberechtigung, Auftrag zur Durchsetzung
Verfassungskommission
- Gemeinsame *395 ff.*
- des Bundesrates *393 f.*
Verfassungsreform s. Verfassungskommission, Vereinigung Deutschlands
Verfassungsauftrag 192 f., 196 f.
- vgl. Gleichberechtigungssatz, Gleichberechtigung, Auftrag zur Durchsetzung
Vergleichbarkeit 29 *ff.*, 52, 361
- logische *148 ff.*
Verhältnismäßigkeit 176 f., *366 ff.*
Vermögen 213
Versorgungsabschlag 21
Versorgungsausgleich 72
Vertragsfreiheit 185
- vgl. Privatautonomie
Vertrauensschutz 47
Verwaltungsaufwand 46, 48
Veteran 232
Vorbild 143, 270 f.
Vorurteil 148, *190,* 268, 270, 273, 278, *281 ff.*, 287, 301, 312, 369, 413 f.
Vorverständnis 154, 188

Wahlrecht 30, 160, 216 f., 223, 295 f., 331
Wartefrist bei Wiederheirat 129, 187
Wehrdienst 20, 59, 130, 325
- USA 293
- vgl. Soldaten
Weimarer Republik 103, 106, 336
Wertordnung 200
Willkürverbot
- und allgemeiner Gleichheitssatz 25, 145, 148, 214, *306 f.*
- umgekehrtes *137 f.*
Wissenschaft
- dogmatische 102
- USA 264
Witwerrente s. Hinterbliebenenversorgung
Wortlaut 318, 322

Zeugenentschädigung 48, 71 f.
Zielvorgaben s. Quoten, affirmative action
Zölibatsklausel 21, 118

https://doi.org/10.5771/9783845261423 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND