

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; Kempfen; K. Lange, Quote; ders., Frauenquoten; Oebbecke; Hofmann,

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

Gleichberechtigungsgesetz (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 Rechtsprechung: 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.

§ 14 Abs. 1 BeamtVG sieht für in Teilzeitarbeit Beschäftigte oder langfristig ohne Dienstbezüge Beurlaubte – neben der ohnehin nur anteiligen Berücksichtigung bei der Berechnung der ruhegehaltstfähigen 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 Teilzeitbeschäftigte 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 Roelleckes – »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.

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.

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.