

#### 4. Kapitel:

### Der Gehalt des Artikel 3 Absatz 2 GG

Wie in den ersten beiden Kapiteln gezeigt wurde, ist in der Bundesrepublik inzwischen<sup>1</sup> 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.

## 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.<sup>2</sup> Unter der Geltung des Grundgesetzes wurde durch die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte auch eine der zentralen Streitfragen der Weimarer Zeit<sup>3</sup> entschieden.<sup>4</sup> 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«<sup>5</sup> kann sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes nur auf die »Sicherung eines Mindeststandards allgemeiner Gerechtigkeit«<sup>6</sup> beziehen. Diese Beschränkung zeigt sich besonders deutlich bei der Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes als Willkürverbot,<sup>7</sup> d.h. als Verbot von »Regelungen, die unter keinem sachlich vertretbaren Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheinen«,<sup>8</sup> 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.

schlechterdings nicht mehr erkennbar sind, so daß ihre Aufrechterhaltung einen Verstoß gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden darstellen würde».<sup>9</sup>

Seit dem Beschluß vom 7. Oktober 1980 hat eine »neue Formel« in die Gleichheitsprüfung des Ersten Senats Einzug gehalten.<sup>10</sup> 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«.<sup>11</sup> Diese Veränderung hat dabei nicht nur als solche große Beachtung in der Literatur gefunden und die Diskussion um den Gleichheitssatz neu belebt,<sup>12</sup> sondern auch Anlaß gegeben, Mutmaßungen über Differenzen zwischen den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts anzustellen.<sup>13</sup> Der Zweite Senat verwendet weiterhin Formulierungen des Willkürverbots,<sup>14</sup> führt sie aber manchmal auch mit der »neuen Formel« des Ersten Senats<sup>15</sup> zusammen. Schon dieser Umstand gibt Anlaß zu zweifeln, ob die Unterschiede in der Sache wirklich so groß sind, wie die unterschiedlichen Formulierungen nahezu legen scheinen.<sup>16</sup>

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;<sup>17</sup> doch dieser Wandel war in der alten Rechtsprechung schon längst angelegt und wurde auch praktiziert.<sup>18</sup> 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.

rechtingedanken, »Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden« zu behandeln»,<sup>19</sup> oder es verstand Willkür als »die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der gesetzlichen Maßnahme im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, deren sie Herr werden will«.<sup>20</sup> Auch ein Bezug zwischen rechtfertigendem Grund und »Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll«,<sup>21</sup> wurde ebenso wie »ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung«<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

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«.

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.«<sup>25</sup>

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.<sup>26</sup>

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.<sup>27</sup> 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.

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,<sup>28</sup> 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<sup>29</sup> bei der Auslegung der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG zugrunde gelegt, und die deutsche Literatur folgt ihm ganz überwiegend.<sup>30</sup> 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.

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 Verfassungen wegen untersagt.

Das Verbot der Verwendung bestimmter Merkmale kündigt 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<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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 verfassungsrechtlichen Entwicklung der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale Sachs, Merkmale, S. 549 ff.

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.<sup>34</sup>

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.<sup>35</sup> Versucht man – wie es beim Differenzierungsverbot geschieht – Diskriminierung allein aus der Perspektive des betroffenen einzelnen zu erfassen, kann verfassungsrechtlicher Schutz nur ver-

<sup>34</sup> Siehe dazu oben S. 285 ff.

<sup>35</sup> 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«.



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.<sup>36</sup> 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.

Gesellschaft aus, wie sie ausführlich in der Auseinandersetzung mit der amerikanischen Diskussion erörtert wurde.<sup>37</sup> 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.

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.<sup>38</sup> 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.

Die Unterschiede im Schutzzweck wirken sich aber bei den neuen Problemen der Diskriminierung aus.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup>

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.

## I. Methodische Vorbemerkung

In den letzten Jahrzehnten hat sich die Rechtswissenschaft mit der Frage nach der juristischen Methode intensiv auseinandergesetzt.<sup>41</sup> 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<sup>42</sup> 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,<sup>43</sup> und die Herangehensweise an die Interpretation oder Konkretisierung von Verfassungsnormen ist nach wie vor heftig umstritten.<sup>44</sup> Trotz der Bedeutung, die eine gesicherte Methode für die Staatsrechtswissenschaft hat,<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Den klassischen Elementen der juristischen Hermeneutik, wie sie aus Savignys Methodenkanon<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup> 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 Tätigkeiten, 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.

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.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

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/Zippe-  
lius, S. 44 f.; Badura, S. 14 f.; Kriele, Rechtsgewinnung, S. 84, erkennt sie als Methode an,  
»soweit sie Entscheidungen ermöglicht«.

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,<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup>

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.

Absatz 2 dagegen bezeichnet Männer und Frauen als »gleichberechtigt«. Manche Autoren verstehen unter »sind gleichberechtigt« dasselbe wie »haben gleiche Rechte«.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup>

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,<sup>57</sup> 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‹«.<sup>58</sup>

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 orthographischen 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«.



Die ursprüngliche Wortbedeutung hat sich auch bis heute erhalten.<sup>59</sup> »Gleichberechtigung« wird auch in der heutigen, politischen Diskussion noch im umfassenden Sinne gebraucht.<sup>60</sup>

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).

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«, <sup>61</sup> 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.

### III. Entstehungsgeschichte

Früher wurde die Bedeutung der Entstehungsgeschichte als Interpretationsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als gering veranschlagt.<sup>62</sup> 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,<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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.«<sup>66</sup>

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.

erregten Debatten gewonnen«<sup>67</sup> hat. Im folgenden soll der »Kampf um die Gleichberechtigung der Frau«, wie die Abgeordnete Nadig (SPD) vor der Schlußabstimmung formulierte,<sup>68</sup> nachgezeichnet werden.<sup>69</sup>

### 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«.<sup>70</sup>

### 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«.<sup>71</sup>

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«.<sup>72</sup> 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.

### 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.<sup>73</sup>

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.<sup>74</sup> 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,<sup>75</sup> 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 veröffentlichten 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.

ler,<sup>76</sup> am traditionellen Bild der Rollenverteilung zwischen Mann und Frau festhalten wollten.<sup>77</sup> Wiederum spielte die Diskussion darüber, ob die Lohn-gleichheit in den Verfassungstext aufgenommen werden sollte, eine wesentli-che 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 füh-ren.

### *5. Sitzung des Hauptausschusses vom 3.12.1948*

Dem Hauptausschuß lag in der ersten Lesung folgende Fassung des Gleich-heitssatzes 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 Grund-rechte nicht angetastet werden.

(2) Männer und Frauen haben die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflich-ten.

(3) Niemand darf seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen und politi-schen Anschauungen wegen benachteiligt oder bevorzugt werden.«<sup>78</sup>

Dagegen stand der Antrag der SPD-Fraktion, der im Grundsatzausschuß ab-gelehnt 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.

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.<sup>79</sup>

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<sup>80</sup> und daß die vorliegende Ausschlußfassung alles enthalte, was gemeinsam gewünscht werde.<sup>81</sup> Mit dem »einfachen Wort ›Gleichberechtigung‹ könne nicht erfaßt werden, was in Wirklichkeit gewollt werde.<sup>82</sup> Den Satz aufzunehmen sei »nicht richtig«, da es gewisse Gebiete gebe, in denen die Männer auf Grund ihrer Verschiedenheit weniger Rechte als Frauen hätten.<sup>83</sup>

Vor allem aber hoben sie darauf ab, daß sich aus der von der SPD vorgeschlagenen Formulierung – »einer so weitgehenden Fassung« – unübersehbare rechtliche Konsequenzen ergäben<sup>84</sup> und in der praktischen Durchführung doch erhebliche Schwierigkeiten gesehen werden müßten:<sup>85</sup> das bisher geltende Recht werde in sich zusammenstürzen und nichts an seine Stelle treten.<sup>86</sup>

## 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.

der Öffentlichkeit, insbesondere vieler Frauenverbände, war deutlich: ein Sturm der Empörung.<sup>87</sup> Die Abgeordneten erhielten so zahlreiche Briefe<sup>88</sup> und »entrüstete Telegramme«, <sup>89</sup> 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 Rundfunk 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.«<sup>90</sup>

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 Meteorologie. 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.



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.«<sup>91</sup>

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.«<sup>92</sup>

#### *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 Jungesellen 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.

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«.<sup>93</sup>

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.<sup>94</sup>

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.<sup>95</sup>

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«<sup>96</sup> denke. Selbstverständlich wollte man beispielsweise gewisse »Vorrechte«<sup>97</sup> 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.

Darüberhinaus wurde hervorgehoben, daß sich die Herstellung der Gleichberechtigung auch über den Bereich des bürgerlichen Rechts hinaus auf alle Rechtsgebiete erstrecken müsse.<sup>98</sup>

»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.«<sup>99</sup>

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 politischen Raum ermögliche, um sie entsprechend ihrer Zahl und ihrer Fähigkeiten zu berücksichtigen.<sup>100</sup>

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«<sup>101</sup> 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.

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 ...<sup>102</sup>

Dabei ist festzuhalten, daß für die Gegner der Aufnahme einer Gleichberechtigungsgarantie ins Grundgesetz nicht der entscheidende Grund war, daß sie überflüssig 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.<sup>103</sup> Zudem erscheint schwer verständlich, weshalb »ausführliche und erregte Diskussionen«<sup>104</sup> 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. Mangoldt's 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.

#### 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<sup>105</sup> – 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 merkmalsbezogenes 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.<sup>106</sup> 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.

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<sup>107</sup> 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«. <sup>108</sup> »Gruppenrechte« würden das individualrechtliche System der Grundrechte sprengen. <sup>109</sup>

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«. <sup>110</sup>

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.

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.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> Art. 3 Abs. 2 GG in seiner gültigen

<sup>111</sup> Dazu oben S. 312 ff.

<sup>112</sup> Zur Entstehungsgeschichte siehe oben S. 323 ff.

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.<sup>113</sup>

»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.<sup>114</sup> 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.«<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup> 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).



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 vorbehaltenen Aufgaben wahrgenommen. All diese Erfahrungen prägten den Schutzzweck, der mit der Aufnahme des Gleichberechtigungsgesetzes 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.<sup>117</sup> Ausführlich wurde damals dargelegt, daß die Garantie identischer Behandlung nicht der Inhalt des Gleichberechtigungsgesetzes sei<sup>118</sup> und formale Gleichstellung nicht sein Ziel. Auch war damals das Bewußtsein der fehlenden Symmetrie der Vorschrift noch verbreitet.<sup>119</sup> 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.«<sup>120</sup>

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.

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.<sup>121</sup> 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.<sup>122</sup> 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.

## *1. Differenzierungs- und Diskriminierungsverbot*

Die ganz überwiegende Meinung in der Rechtsprechung<sup>123</sup> und Literatur<sup>124</sup> 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.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup>

### *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.<sup>127</sup> 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.

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.<sup>128</sup> 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.

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.<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup>

#### d) »Diskriminierungsverbot«

Das Differenzierungsverbot in seiner strikten Form wird in der Bundesrepublik kaum vertreten.<sup>131</sup> 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.<sup>132</sup>

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<sup>133</sup> getan hat. Damit büßt man aber die oben beschriebenen Vorteile des Differenzierungsverbots in seiner strikten Form ein.<sup>134</sup> 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.

zierungsverbot ausgeht, gibt es keine konsistenten, aus der Norm zu entwickelnden 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.<sup>135</sup>

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.<sup>136</sup> Ipsen hält bei Art. 3 Abs. 2 GG eine unmittelbare Drittwirkung für möglich,<sup>137</sup> während andere Autoren Unterschiede in der Einschränkung beider Absätze sehen.<sup>138</sup>

Auch Ramm betonte bereits 1968, daß dem Art. 3 Abs. 2 GG eigenständige Bedeutung zukommen müsse.<sup>139</sup> 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 Lohn-gleichheit umfasse; vgl. dazu oben S. 330. Die Drittwirkungsproblematik wird in dieser Arbeit jedoch nicht erörtert.

138 Zacher, Sozialpolitik, S. 917 f.

139 S. 42.

Gunsten bestehenden Vorschriften antastet<sup>140</sup>. 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.<sup>141</sup> Dies erscheint jedoch wenig überzeugend. Zwar betont Ramm zu Recht, daß Charakter und Zielsetzung des Begriffs Gleichberechtigung politisch seien.<sup>142</sup> 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;<sup>143</sup> der Gleichberechtigungssatz erfasse über die Gleichheit der Rechtspositionen hinaus auch die Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung.<sup>144</sup> 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.

grundsätzlich ein individualrechtliches Differenzierungsverbot; dieses werde aber ergänzt oder überlagert durch einen Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung.<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup> 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.<sup>147</sup> 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.



Zudem gelingt es diesem Ansatz nicht, das systematische Dilemma des Verhältnisses von Absatz 2 und Absatz 3 zu lösen.<sup>148</sup> 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.<sup>149</sup>

#### *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«.<sup>150</sup> Dagegen komme der Entstehungsgeschichte entscheidende Bedeutung zu. Absatz 2 schütze allein Frauen, während Absatz 3 ein individualrechtliches Diskriminierungsverbot zugunsten beider Geschlechter enthalte.<sup>151</sup> »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.«<sup>152</sup>

Die Aufnahme des Gleichberechtigungssatzes in das Grundgesetz enthalte die Entscheidung für ein Gleichgewicht im Geschlechterverhältnis.<sup>153</sup> 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.

schlecht, also die Frauen, Voraussetzungen zu schaffen, die tatsächlichen Vorteile des bevorzugten Geschlechts in Anspruch zu nehmen«. <sup>154</sup> Äquivalenzmaßstab sei die Lage der Männer, so daß Machtverschiebungen zwischen den Geschlechtern begünstigt würden. <sup>155</sup>

Die faktische Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau sei selbständiges Gerechtigkeitserfordernis, welches sich aus dem gemeinsamen Sozialschicksal der Gruppe der Frauen herleite. <sup>156</sup> 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. <sup>157</sup> 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. <sup>158</sup>

Absatz 3 habe im Gegensatz zu Absatz 2, der nach diesem Ansatz »das soziale Ideal des Geschlechtsverhältnisses normiert«, <sup>159</sup> die Funktion eines individualrechtlichen Differenzierungsverbotes. Hierzu gehören sowohl Differenzierungen nach dem Geschlecht als auch Fälle der mittelbaren Benachteiligung. <sup>160</sup> Doch sei »das geschlechtsbezogene Benachteiligungs- und Bevorzugungsverbot des Absatz 3 immer im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Absatz 2« <sup>161</sup> 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. <sup>162</sup>

Beide Absätze haben nach diesem Verständnis jeweils eine auf den Staat bezogene und eine das Verhältnis zwischen Privaten <sup>163</sup> betreffende Zielrichtung. Die staatsgerichtete Zielrichtung konkretisiert Slupik wie folgt. <sup>164</sup> 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.

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.<sup>165</sup>

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.<sup>166</sup> 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«<sup>167</sup> 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.

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,<sup>168</sup> 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 Gleichberechtigungsatz in der heutigen Situation für Frauen keine Schutzwirkung mehr zukommt.

168 Zum Beispiel auf S. 136.

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<sup>169</sup> 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 mußte, die Fragen zu untersuchen, die es stellen mußte, und die Kriterien zu entwickeln, 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.

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.<sup>170</sup> Der Gleichberechtigungssatz hat eine klare Ziel- und Stoßrichtung, insoweit hat Art. 3 Abs. 2 GG eine programmatische Tendenz.<sup>171</sup>

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.<sup>172</sup> Es ist bereits darauf hingewiesen worden, wie wenig juristisch faß- und durchsetzbarer Gehalt solchen Verfassungsaufträgen im Regelfall zukommt.<sup>173</sup> 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.

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.<sup>174</sup> 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 Lohnleichheit umfasse.

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 –<sup>175</sup> 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,<sup>176</sup> 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,<sup>177</sup> 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.<sup>178</sup> 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«.



- an die Wahrnehmung der traditionellen Rolle ungerechtfertigte Nachteile zu knüpfen.

Diese beiden Elemente gilt es näher zu erläutern,<sup>179</sup> 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.<sup>180</sup> 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.

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.<sup>181</sup> 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.<sup>182</sup> 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«<sup>183</sup> 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.<sup>184</sup> 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*.

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.<sup>185</sup> Da nach Jellinek die Gleichheit nicht Inhalt eines subjektiven Rechts sein kann,<sup>186</sup> wird – wenig überraschend – auch der negative Status in Bezug auf das Unterlassen von Beeinträchtigungen der individuellen Freiheitssphäre, des status libertatis, beschrieben.<sup>187</sup> Schon die Anknüpfung der Grundrechtsdogmatik des Grundgesetzes an Jellineks Kategorien ist vielfach kritisiert worden;<sup>188</sup> 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«.<sup>189</sup> 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;<sup>190</sup> 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.

halb prinzipiell unbegrenzt.<sup>191</sup> Eine Verletzung des Gleichheitssatzes läßt sich nur über den Vergleich verschiedener durch die zu prüfende Norm behandelte Personen oder Personengruppen feststellen, während in der freiheitsrechtlichen Prüfung primär die Beziehung zwischen Betroffenen und Staat im Vordergrund steht.<sup>192</sup>

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;<sup>193</sup> 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 Piroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 506.

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.<sup>194</sup> Zwar wird immer wieder die These vertreten, daß zwischen den Prinzipien der Gleichheit und der Freiheit ein unüberbrückbarer Gegensatz bestehe,<sup>195</sup> 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.<sup>196</sup> 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.<sup>197</sup>

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.<sup>198</sup>

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.

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.<sup>199</sup> 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.<sup>200</sup> 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.<sup>201</sup> 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.

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«<sup>202</sup> 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,<sup>203</sup> 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.

## 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.<sup>204</sup> Die Gruppe, für die der Gleichberechtigungssatz eingeführt wurde, waren die Frauen.

Heute dagegen sprechen manche in manchen Bereichen von einer rechtlichen Benachteiligung des Mannes.<sup>205</sup> Aber auch wenn es zutreffen sollte, daß in vereinzelt 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.<sup>206</sup> 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.<sup>207</sup> 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.



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.<sup>208</sup> Dies mag notwendig sein, wenn man den Gleichberechtigungssatz als Differenzierungsverbot versteht,<sup>209</sup> 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.<sup>210</sup> In der Sonderbehandlung der Frau aufgrund tatsächlicher oder postulierter Einzigartigkeit einer weiblichen Eigenschaft oder Umstandes lag immer ein zentrales Problem der Gleichberechtigung.<sup>211</sup>

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.

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.<sup>212</sup> 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.<sup>213</sup> 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.<sup>214</sup> 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.

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:<sup>215</sup> für Hebammen – zu dem Zeitpunkt, als nur Frauen Hebammen sein durften<sup>216</sup> – 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?<sup>217</sup> 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).

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.<sup>218</sup> 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.<sup>219</sup>

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.

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,<sup>220</sup> 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,<sup>221</sup> 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.; Lübke-Wolff, S. 42 ff.; Grabitz, S. 29 ff.

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,<sup>222</sup> oder wie es in der Diskussion in den Vereinigten Staaten schlagwortartig bezeichnet wurde: der Wechsel von der Täter- zur Opferperspektive.<sup>223</sup>

### 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.<sup>224</sup> 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.

modifizierten – Verhältnismäßigkeitsprinzips zu überprüfen.<sup>225</sup> Im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz erscheint dies jedenfalls unter funktionellrechtlichen Gesichtspunkten äußerst problematisch.<sup>226</sup> 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.<sup>227</sup> 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.<sup>228</sup>

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.<sup>229</sup> Diesen spezifischen, gleichberechtigungsbezogenen Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsatzes 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.

der Zweck und das zu seiner Verfolgung eingesetzte Mittel als solche zulässig sind.<sup>230</sup>

Grundsätzlich ist der Gesetzgeber in der Wahl der von ihm verfolgten Zwecke 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 Zwecke gesetzt werden.<sup>231</sup> 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,<sup>232</sup> 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.



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.<sup>233</sup>

## 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.<sup>234</sup>

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 Verdict der Verfassungswidrigkeit führen.<sup>235</sup>

## 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 Zustand, 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.

verwirklicht betrachtet werden kann, ebenfalls in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang steht.<sup>236</sup> 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<sup>237</sup> 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.

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.<sup>238</sup>

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«<sup>239</sup> 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.<sup>240</sup> 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.

#### 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.<sup>241</sup> 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<sup>242</sup> 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.

## 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<sup>243</sup> oder den erschwerenden Voraussetzungen der Witwerrente<sup>244</sup> 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.<sup>245</sup> 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«<sup>246</sup> 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.<sup>247</sup> 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.

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.<sup>248</sup> Da es sich um unterschiedlich ausgestaltete Schutzgüter handelt,<sup>249</sup> 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.

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.<sup>250</sup> 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.<sup>251</sup>

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.

Abs. 3 GG, soweit dort das Merkmal Geschlecht genannt wird, für gleichbedeutend halten.<sup>252</sup> 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<sup>253</sup> ebenso wie für die heutige Gleichberechtigungsdebatte.<sup>254</sup> 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.<sup>255</sup> 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,<sup>256</sup> gibt es zahlreiche Entscheidungen, die allein den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG prüfen.<sup>257</sup> Seit der Hausarbeitstags-Entscheidung aus dem Jahre 1979<sup>258</sup> 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.<sup>259</sup>

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).



satz 3 genannten Merkmale: dies gilt schon im Hinblick auf die Formel von den objektiven biologischen und funktionalen Unterschieden<sup>260</sup> 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.<sup>261</sup> Soweit die Literatur – dem Weg des Bundesverfassungsgerichts folgt,<sup>262</sup> 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.<sup>263</sup>

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 einheitlicher Ansicht weiterhin verfassungsgemäß sein.<sup>264</sup> 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.

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.<sup>265</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht hat die besondere Schutzrichtung des Gleichberechtigungssatzes für Frauen ausdrücklich erwähnt<sup>266</sup> und ihr – wie gezeigt<sup>267</sup> – 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.<sup>268</sup>

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.

Rolle bevorzugen; etwa wenn ein staatliches Erziehungsgeld – nach der Zeit des medizinisch indizierten Mutterschutzes<sup>269</sup> – 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<sup>270</sup> 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.<sup>271</sup> 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.<sup>272</sup>

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.

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.<sup>273</sup> 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.

## 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<sup>1</sup>, und in den Regierungen sind im Schnitt zwei Ministerinnen vertreten<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup> und Medien ebenso wie für die Wirtschaft<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. Frauen erzielen etwa 73% des Einkommens, das Männer verdienen<sup>7</sup>. In der Justiz nehmen Richterinnen zwar inzwischen im Eingangsamt einen starken Anteil ein, in höheren Positionen fehlen sie aber auch dort<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>.

- 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.