

## 1. Kapitel:

# Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen

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

### A. Das dogmatische Grundprinzip:

#### *Artikel 3 Absatz 2 und 3 GG als Differenzierungsverbote*

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

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

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

12 BVerfGE 3, 225, 240.

13 BVerfGE 6, 389, 420.

14 BVerfGE 43, 213, 225.

15 Zum Beispiel BVerfGE 3, 225, 241; 5, 9, 12.

16 Zum Beispiel BVerfGE 10, 59, 72; 15, 337, 343.

17 Zum Beispiel BVerfGE 6, 389, 422 ff.

18 Zum Beispiel BVerfGE 31, 1, 4.

19 Zum Beispiel BVerfGE 21, 329, 343; eine tabellarische Auflistung, wann und wie häufig das Bundesverfassungsgericht Abs. 2 bzw. Abs. 3 bzw. beide zusammen nennt, findet sich bei Slupik, Parität, S. 138 f.

20 Es mag in bestimmten Situationen nicht allein auf Zufall beruhen, wenn das Bundesverfassungsgericht allein von Art. 3 Abs. 2 GG spricht. Eine dogmatische Signifikanz wird dem von Bundesverfassungsgericht aber nicht zugemessen, so daß es für die dogmatische Betrachtung auf dieser Ebene außer Betracht bleiben kann, vgl. aber unten S. 376 f.

21 Da es für das Bundesverfassungsgericht unerheblich ist, wann von Art. 3 Abs. 2 GG und wann von seinem Absatz 3 gesprochen wird, wird im folgenden der Unterscheidung beider Absätze in diesem Teil ebenfalls keine Bedeutung zugemessen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28 BVerfGE 37, 217, 244.

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

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

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

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

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

<sup>29</sup> BVerfGE 3, 225, 240.

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

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

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

### *B. Die Anwendung: Prüfungsstufen und Prüfungskriterien*

Grundsätzlich bekennt sich das Bundesverfassungsgericht – wie oben gezeigt – unzweideutig zu einem Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Differenzierungsverbot. Im folgenden wird der Frage nachgegangen, anhand welcher Kriterien das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit von Normen mit Art. 3 Abs. 2 GG tatsächlich beurteilt.

Zunächst sind die beiden Elemente zu erörtern, auf die das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung einer nach dem Geschlecht differenzierenden Regelung vor allem abstellt: Es fragt danach, ob biologische und/oder funktionale Unterschiede eine Ungleichbehandlung der Geschlechter erlauben

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

### *I. Die Begrenzung: Biologische und funktionale Unterschiede*

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

30 Im folgenden: »die Formel«.

## *1. Appell an die Evidenz*

Eingeführt wurde die Formel für den Bereich des Familienrechts in der ersten Entscheidung zur Gleichberechtigung.<sup>31</sup> Das Oberlandesgericht Frankfurt hatte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob Art. 117 Abs. 1 GG insoweit nichtig sei, als er das Ehe- und Familienrecht ab dem 31.3.1953 auch ohne Anpassungsgesetz außer Kraft setzte. Das Bundesverfassungsgericht macht die Entscheidung unter anderem davon abhängig, ob der Gleichberechtigungssatz eine unmittelbar anwendbare Rechtsnorm ist, und äußert sich in diesem Zusammenhang auch zum rechtlichen Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG. Für das Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 GG stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß Mann und Frau auch im Bereich von Ehe und Familie gleichberechtigt seien, führt im nächsten Absatz aber aus, daß »im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses«<sup>32</sup> Differenzierungen erlaubt seien. Eingeleitet wird die Formel mit den Worten »es bedarf kaum eines Hinweises« und begründet damit, daß dies auch von keiner Seite ernstlich verkannt werde und gerade einem großen Teil der zur Verwirklichung der Gleichberechtigung aufgestellten Forderungen zugrunde liege.<sup>33</sup> Die die Rechtsprechung zur Gleichberechtigung tragende Argumentationsfigur der biologischen und funktionalen Unterschiede fand die erste Begründung also in einem schlichten Appell an ihre Evidenz.

## *2. Rückgriff auf die Vergleichbarkeit*

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

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

32 BVerfGE 3, 225, 242.

33 BVerfGE 3, 225, 242.

34 BVerfGE 6, 389, 422 f.

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

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

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

36 BVerfGE 6, 389, 422.

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

38 BVerfGE 6, 389, 423.

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

40 BVerfGE 6, 389, 423.

### 3. Qualifizierung der Formel

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

41 BGBl. I S. 609.

42 BVerfGE 10, 59.

43 Beide Entscheidungen ergingen vom Ersten Senat.

44 BVerfGE 10, 59, 63.

45 BVerfGE 10, 59, 73.

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

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

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

46 BVerfGE 10, 59, 74.

47 BVerfGE 10, 59, 75.

48 BVerfGE 3, 225, 242.

49 BVerfGE 10, 59, 74 (Hervorhebung durch die Verf.).

Das Bundesverfassungsgericht wendet dieses neue Erfordernis auch auf den zu prüfenden Sachverhalt an. Zwar habe die Beziehung eines Kindes zu seinem Vater und seiner Mutter, durch das Geschlecht des Elternteils bedingt, eine verschiedene Färbung. Da aber jedes Lebensverhältnis eine solche »verschiedene Färbung« aufweisen werde, reiche dies nicht aus, um die Anwendbarkeit des Gleichberechtigungsgesetzes auszuschließen. Im Gegenteil sei gerade die Anknüpfung an derartige Unterschiede männlicher und weiblicher Art im sozialen Bereich untersagt.<sup>50</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat der Formel damit eine neue Form und Formulierung verliehen. Nur wenn biologische oder funktionale Unterschiede das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägen, daß gemeinsame Elemente überhaupt nicht vorhanden sind oder vergleichbare Elemente vollkommen zurücktreten, sind Differenzierungen zwischen Männern und Frauen erlaubt. Allein die Feststellung von Unterschieden reicht nicht länger aus; die Unterschiede müssen qualifizierten Anforderungen genügen, um Ausnahmen von dem Differenzierungsverbot zu rechtfertigen. Die Rechtsprechung verwendet diese Version der Formel für die nächsten zwanzig Jahre.<sup>51</sup>

#### 4. *Geschlechtsbedingtheit der Unterschiede*

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

50 BVerfGE 10, 59, 75.

51 BVerfGE 15, 337, 343; 21, 329, 343; 31, 1, 4; 37, 217, 249; 39, 169, 185; 43, 213, 225; 52, 369, 375.

52 BVerfGE 21, 329, 343; siehe auch BVerfGE 39, 169, 187.

53 Mit dieser Entscheidung kehren allerdings auch wieder die »objektiven« Unterschiede in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zurück, BVerfGE 52, 369, 375.

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

### 5. *Ein eigenständiges Merkmal der Kausalität*

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

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

54 BVerfGE 52, 369, 376.

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

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

57 BVerfGE 3, 225, 241.

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

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

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

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

58 BVerfGE 5, 9, 12; siehe auch BVerfGE 10, 59, 74.

59 BVerfGE 43, 213.

60 In der Fassung des Art. 1 des Fremdrenten- und Auslandsrenten-Neuregelungsgesetzes vom 25. Februar 1960 (BGBl. I S. 93).

61 BVerfGE 43, 213, 225 f.

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

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

62 BVerfGE 43, 213, 228 f. unter Verweis auf die oben diskutierten BVerfE 3, 225 und 5, 9; auf neuere Entscheidungen konnte sich das Gericht auch nicht berufen; es gab sie nicht.

63 BVerfGE 43, 213, 226.

64 BVerfGE 43, 213, 226.

65 BVerfGE 57, 335.

66 In der Fassung des Gesetzes zur Beseitigung von Härten in den gesetzlichen Rentenversicherungen und zur Änderung sozialrechtlicher Vorschriften vom 9. Juni 1965 (BGBl. I S. 476).

67 BVerfGE 57, 335, 342. In der Fremdrenten-Entscheidung hatte das BVerfG noch zusätzlich verlangt, daß die Regelung »unmittelbar« an das Merkmal anknüpfe. Doch war in beiden Entscheidungen die Unmittelbarkeit unproblematisch gegeben, so daß dem Wegfall des Erfordernisses der Unmittelbarkeit allzu große Bedeutung wohl nicht beigemessen werden kann.

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

## 6. *Typisierung und Unterschiede*

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

68 Beide Entscheidungen ergingen vom Ersten Senat; vgl. zu anderen Aspekten der Entscheidungen unten S. 48 und S. 89.

69 Ausführlich zu Kausalitäts- und Finalitätsüberlegungen, siehe unten S. 139 ff.

70 Zum Beispiel BVerfGE 9, 20, 32; BVerfGE 11, 50, 60.

71 BVerfGE 17, 1; 17, 38; 17, 86.

72 Angestelltenversicherungsgesetz in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Angestellten vom 23. Februar 1957 (BGBl. I S. 88).

73 Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges vom 20. Dezember 1950 (BGBl. I S. 791).

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

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

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

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

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

76 BVerfGE 17, 1, 8 ff.

77 BVerfGE 17, 1, 9.

78 BVerfGE 17, 1, 10 f.

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

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

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

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

79 BVerfGE 17, 1, 11.

80 BVerfGE 17, 1, 12 ff.; mehr zu der daran anschließenden Diskussion der Bewertung der Hausfrauenarbeit, siehe unten S. 66 ff.

81 BVerfGE 17, 1, 17 ff.

82 BVerfGE 17, 1, 22.

83 BVerfGE 17, 1, 23.

84 BVerfGE 17, 1, 10.

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

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

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

85 BVerfGE 17, 1, 23.

86 BVerfGE 17, 1, 23.

87 BVerfGE 9, 20, 32; 11, 50, 60; 11, 245, 253.

88 BVerfGE 17, 1, 23.

89 Reich-Hilweg, S. 90.

90 BVerfGE 17, 1, 19 ff.

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

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

91 BVerfGE 17, 38, 52.

92 BVerfGE 17, 1, 8, 26 ff.

93 BVerfGE 17, 1, 17.

94 BVerfGE 17, 1, 23 f.

95 BVerfGE 17, 1, 24 f. Freilich gestützt auf Statistiken aus dem Jahre 1950, während die Entscheidung aus dem Jahre 1963 stammt, vgl. dazu Hofmann, Gleichberechtigungsgesetz (1), S. 54 (Anm. 145).

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

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

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

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

96 BVerfGE 17, 1, 25.

97 BVerfGE 17, 1, 25.

98 BVerfGE 6, 55, 82.

99 BVerfGE 21, 329.

100 Vom 13. März 1961 (GVBl. S. 49).

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

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

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

101 BVerfGE 21, 329, 343 f.

102 BVerfGE 21, 329, 350.

103 BVerfGE 21, 329, 353.

104 BVerfGE 6, 55.

105 BVerfGE 21, 329, 353.

106 BVerfGE 21, 329, 352.

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

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

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

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

107 BVerfGE 21, 329, 352.

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

109 BVerfGE 26, 265.

110 BVerfGE 11, 277.

111 BVerfGE 26, 265, 275 f.

Rahmen fallende Sonderfälle, sondern um eine, wenn auch zahlenmäßig begrenzte Gruppe typischer Fälle handle, seien diese Voraussetzungen hier nicht gegeben und verstießen daher gegen Art. 3 Abs. 2 GG.<sup>112</sup> Stellt man dem die Rentner-Entscheidung<sup>113</sup> gegenüber, wird deutlich, daß sie bei Anwendung dieses Kriteriums anders hätte ausfallen müssen; als vollkommen »untypischen Ausnahmefall« mit geringer zahlenmäßiger Begrenzung konnte man die Doppelverdienerehe wohl auch damals nicht ansehen.

Eine endgültige Umkehr brachte dann aber die nächste Entscheidung zur Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bei Maßnahmen der darreichenden Verwaltung. Am 31. März 1971 entschied das Bundesverfassungsgericht, daß § 1303 Abs. 3 RVO<sup>114</sup> insoweit mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar sei, als er dem Witwer einer Versicherten einen Anspruch auf Erstattung von Versicherungsbeiträgen wegen nicht erfüllter Wartezeit auch dann nicht gewährte, wenn die Verstorbene den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten hatte.<sup>115</sup> Das Sozialgericht Stuttgart hatte es in einer weiter gefaßten Vorlagefrage für verfassungswidrig gehalten, daß zwar die Witwe eines Versicherten einen Beitragerstattungsanspruch habe, nicht aber der Witwer einer Versicherten. Da im vorliegenden Fall die Ehefrau des Klägers im Ausgangsverfahren den Familienunterhalt überwiegend bestritten hatte, schränkte das Bundesverfassungsgericht die Vorlagefrage ein. Mit der Frage, ob das Erfordernis der überwiegenden Unterhaltsleistung verfassungsgemäß ist, mußte sich das Gericht daher (noch) nicht wieder auseinandersetzen.

Hatte das Bundesverfassungsgericht in den Witwerrenten-Entscheidungen noch die Tendenz, einen besonders weiten Spielraum des Gesetzgebers im Bereich der gewährenden Verwaltung anzuerkennen, so führt es jetzt aus, daß auch bei »Billigkeitsmaßnahmen« der Verwaltung biologische und funktionale Unterschiede nur dann eine Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen rechtfertigen könnten, wenn sie das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägten, daß vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurückträten.<sup>116</sup> Das Gericht verlangt damit für alle Bereiche des Staatshandelns die Einhaltung der gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz strikteren Maßstäbe der Differenzierungsverbote.<sup>117</sup> Darüber hinaus stellt

112 BVerfGE 26, 265, 276.

113 BVerfGE 17, 1.

114 In der Fassung des Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Arbeiter vom 23. Februar 1957 (BGBl. I S. 45).

115 BVerfGE 31, 1.

116 BVerfGE 31, 1, 4.

117 BVerfGE 31, 1, 6.

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

1975, zwölf Jahre nach der ersten Entscheidung über die erschwerenden Voraussetzungen der Witwerrente im Sozialversicherungsrecht, entschied das Bundesverfassungsgericht erneut über diese Frage.<sup>119</sup> Das Gericht stellt zunächst fest, daß die Entscheidung im siebzehnten Band der Zulässigkeit der Vorlage nicht entgegenstehe. Zum einen habe sich ein Wandel in der Auslegung des § 1356 Abs. 1 BGB vollzogen. Zehn Jahre zuvor habe es noch der herrschenden Anschauung entsprochen, daß die Pflichten der Frau in Ehe und Familie Vorrang vor ihrem Recht auf Erwerbstätigkeit hätten. Inzwischen gehe man aber allgemein davon aus, daß die Aufgabenteilung in der Ehe der freien Entscheidung der Ehegatten überlassen bleibe und der Frau nicht länger die Haushaltsführung zur primären Pflicht gemacht sei. Zum zweiten sei die Typisierung damals unter anderem deshalb als vertretbar angesehen worden, weil die Zahl der abhängig beschäftigten oder als Selbständige erwerbstätigen verheirateten Frauen einen mäßigen Prozentsatz nicht überstiegen habe. Inzwischen aber habe sich dieser Anteil vervierfacht. Die Zulässigkeit der Vorlage wurde mit dem Wandel der tatsächlichen Verhältnisse und der Veränderung der Auslegung einfachen Rechts begründet. Daß sich auch die Auslegungsmaßstäbe des Gerichts selbst verändert haben, bleibt unerwähnt. Ganz im Sinne der oben erwähnten Entscheidung zur Beitragserstattung führt das Gericht nun abstrakt aus, daß es zwar im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes genüge, wenn für eine Regelung sachlich einleuchtende Gründe bestünden, die dem Gerechtigkeitsgefühl entsprä-

118 BVerfGE 31, 1, 6.

119 BVerfGE 39, 169.

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

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

120 BVerfGE 39, 169, 186.

121 BVerfGE 39, 169, 187.

122 BVerfGE 39, 169, 186.

123 BVerfGE 17, 1.

124 BVerfGE 39, 169, 194.

125 BVerfGE 39, 169, 191.

126 BVerfGE 39, 169, 194 f.

127 BVerfGE 39, 169, 185.

Seither werden bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Maßnahmen der Leistungsverwaltung, wenn sie nach dem Merkmal Geschlecht differenzieren, durchgängig dieselben dogmatischen Kriterien wie bei der Beurteilung anderen Staatshandelns verwendet, so daß der Typisierung als eigenständigem dogmatischem Problem keine Bedeutung mehr zukommt.<sup>128</sup>

Nur scheinbar widerspricht dem die Entscheidung zur Zeugenentschädigung, die wieder den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit betont.<sup>129</sup> Das Bundesverfassungsgericht hielt § 2 Abs. 2 und 3 ZuSEG für verfassungsgemäß, der Hausfrauen eine höhere Zeugenentschädigung zubilligte als anderen Zeugen, die keinen Dienstausfall erlitten. Das Bundesverfassungsgericht sieht im vorliegenden Fall kein Problem des Art. 3 Abs. 2 GG – der Antragsteller des Ausgangsverfahrens war ein Student –, sondern prüft lediglich, ob die Ungleichbehandlung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Zu dem zugespitzten Gleichberechtigungsproblem des Hausmannes,<sup>130</sup> der die höhere Entschädigung haben möchte, äußert sich das Gericht nicht. Seine dogmatischen Aussagen zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind allein auf den allgemeinen Gleichheitssatz bezogen.

Auch der Grundsatz, daß Verwaltungsaufwand allein eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen nicht rechtfertigen kann, wird in der folgenden Rechtsprechung beibehalten.<sup>131</sup> Die Nichtzulassung des Einzelnachweises für die Frauen, die in ihren Herkunftsländern gleiches Entgelt wie ihre männlichen Kollegen bezogen haben, wird in der Fremdrenten-Entscheidung gerade nicht mit dem zusätzlichen Verwaltungsaufwand, sondern dadurch gerechtfertigt, daß die gesamte Regelung des Fremdretengesetzes nicht an die Verhältnisse in den Herkunftsländern der Vertriebenen und Flüchtlinge, sondern an die Verhältnisse von Vergleichspersonen in der Bundesrepublik anknüpfe.<sup>132</sup>

128 Zur Einordnung der Rentenalter-Entscheidung (BVerfGE 74, 163), die nicht als Wiederaufnahme der alten Typisierungs-Rechtssprechung zu verstehen ist, unten S. 74 ff.

129 BVerfGE 49, 280, 283 ff.; vgl. zu dieser Entscheidung auch unten S. 71 f.

130 Vgl. dazu Sachs, Nichtberücksichtigung, S. 642 ff.

131 Die gegenteilige Bemerkung in BVerfGE 49, 280, 285 ist aus denselben Gründen wie oben nicht auf die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 GG zu beziehen.

132 BVerfGE 43, 213, 230; vgl. aber auch die gegenteiligen Anklänge (S. 227).

## 7. Fazit

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

133 BVerfGE 3, 225, 242; ebenso 5, 9, 12.

134 15, 337, 343; 21, 329, 343; 31, 1, 4; 37, 217, 249; 39, 169, 185.

135 57, 335, 342; 63, 181, 194; 68, 384, 390; 74, 163, 179.

136 Erste Übergangsphase: BVerfGE 10, 59, 74 (beide); 11, 277, 281 (Typ 1); zweite Übergangsphase: 43, 213, 225 (Typ 1); 48, 327, 337 (ohne alles); 52, 369, 375 (beide).

137 Erste Übergangsphase: BVerfGE 10, 59, 74; zweite Übergangsphase: 52, 369, 375.

138 BVerfGE 3, 225, 242; 5, 9, 12, 43, 213, 225; 52, 369, 375; 63, 181, 194, 68, 384.

139 BVerfGE 21, 329, 343; 37, 217, 249; 39, 169, 185; 52, 369, 375.

140 BVerfGE 11, 277, 281 (Typ 1, ohne Zusätze); 15, 337, 343 und 31, 1, 4 (Typ 2, ohne Zusätze).

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

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

Trotzdem sich die Rechtsprechung zu den biologischen und funktionalen Unterschieden so uneinheitlich und widersprüchlich darstellt,<sup>141</sup> gibt es ein

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

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

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

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

142 BVerfGE 5, 9.

143 BVerfGE 6, 389.

144 BVerfGE 11, 277.

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

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

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

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

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

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

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

## *II. Die Ergänzung: Benachteiligung und Bevorzugung*

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

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

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

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

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

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

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

### *1. Der Auftakt*

Die erste Entscheidung, die das Vorliegen einer Benachteiligung ausführlich prüft, hatte den Stichentscheid des Vaters zum Gegenstand.<sup>154</sup> Zunächst stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß die Regelungen über die elterliche Sorge ohne Rücksicht auf etwa bestehende funktionale oder biologische Unterschiede in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG fallen.<sup>155</sup> Daran anschließend, unter einem eigenen Gliederungspunkt, fragt das Gericht, ob die Mutter benachteiligt werde.<sup>156</sup> Fehlte die Benachteiligung, wäre diese Regelung ohne weitere Prüfung mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar. Drei der in folgenden Entscheidungen wieder aufgenommenen Elemente einer Benachteiligungsprüfung werden hier eingeführt.

Zum einen beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht nicht auf eine Untersuchung der rechtlichen Situation in ihrer Abstraktheit, sondern setzt sich ausführlich mit der faktischen Situation auseinander. Es bemängelt, daß die Benachteiligung der Mutter rechtlich die schon faktisch stärkere Position des Mannes stärke,<sup>157</sup> und führt aus, daß die Bereitschaft zur Einigung beim Vater naturgemäß durch das Bewußtsein gemindert werde, die Entscheidung im Konfliktfall stehe ihm ohnehin zu.<sup>158</sup> Außerdem weist das Bundesverfas-

154 BVerfGE 10, 59; zur Sachverhaltsdarstellung siehe oben S. 31.

155 BVerfGE 10, 59, 74 f.

156 BVerfGE 10, 59, 76.

157 BVerfGE 10, 59, 78.

158 BVerfGE 10, 59, 79.

sungsgericht darauf hin, daß der in § 1628 Abs. 3 BGB vorgesehene Weg der Übertragung der Entscheidungszuständigkeit auf die Mutter durch das Vormundschaftsgericht für eine Ehefrau, der an der Fortsetzung der Ehe gelegen sei, praktisch weg falle.<sup>159</sup>

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

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

159 BVerfGE 10, 59, 77 f.

160 BVerfGE 10, 59, 76.

161 BVerfGE 10, 59, 77.

162 BVerfGE 10, 59, 78 f.

163 BVerfGE 10, 59, 78.

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

## 2. Benachteiligende Auswirkungen

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

164 BVerfGE 10, 59, 78.

165 BVerfGE 10, 59, 78.

166 BVerfGE 10, 59, 72 mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand in der Literatur.

167 BVerfGE 37, 217, 222 mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand in der Literatur.

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

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

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

169 BVerfGE 37, 217, 246.

170 BVerfGE 37, 217, 246 ff.

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

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

171 BVerfGE 37, 217, 247.

172 BVerfGE 17, 168.

173 BVerfGE 17, 168, 171.

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

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

Überraschen muß in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung zum Kinderzuschlag.<sup>176</sup> § 19 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 BBesG bestimmte, daß der Kinderzuschlag, wenn ein Kinderzuschlag beiden Elternteilen zustand, dem Vater allein, auf Antrag eines Anspruchsberechtigten jedem von ihnen zur Hälfte, gewährt wurde. Eine Ehefrau hatte nun im Einverständnis mit ihrem Ehemann beantragt, ihr den Kinderzuschlag in voller Höhe als Teil ihres Gehaltes auszuzahlen. Die zuständige Behörde hatte dies unter Berufung auf § 19 BBesG verweigert. Das Bundesverfassungsgericht hielt § 19 BBesG für vereinbar mit dem Grundgesetz.

Es geht davon aus, daß nach § 19 BBesG der Kinderzuschlag Vater und Mutter jeweils zur Hälfte zustehe. Die vorgesehene Auszahlung an den Vater in voller Höhe bezwecke lediglich eine Vereinfachung der Zahlungsweise, während es beiden Elternteilen möglich sei, durch einen Antrag diese materielle Regelung auch für ihren Fall zu verwirklichen. Als »Auszahlungsmodalität« könne sie den Gleichheitssatz nicht verletzen.<sup>177</sup> Der Kinderzuschlag wird als Teil des Gehaltes relevant, wenn es zur Berechnung des Übergangsgeldes oder einer Abfindung nach §§ 152 bis 154 BBG kommt. Während der Mann dann den gesamten Kinderzuschlag geltend machen kann, kann für die Frau maximal der hälftige Kinderzuschlag in Betracht gezogen werden. Wie das Bundesverfassungsgericht argumentieren kann, der Nachteil, den die Ehefrau bei der Berechnung der Abfindung erleide, liege nicht in der Regelung des Gesetzes, sondern in der Unterlassung der Abgabe einer dem § 19 Abs. 2 BBesG entsprechenden Erklärung, bleibt unverständlich; es gab ja gerade – worauf die Beschwerdeführerin abhob – überhaupt keinen Weg, wie sie denselben finanziellen Vorteil wie ein Mann erhalten konnte.

### 3. *Aufwiegen der Benachteiligung*

Eine Gruppe von Entscheidungen nimmt, wie schon das Urteil zum Stichentscheid,<sup>178</sup> eine Gesamtbewertung vor, in der begünstigende und be-

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

176 BVerfGE 34, 48.

177 BVerfGE 34, 48, 51.

178 BVerfGE 10, 59.

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

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

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

179 BVerfGE 37, 217, 242.

180 BVerfGE 37, 217, 243 f.

181 BVerfGE 63, 181, 195 zu Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 erster Halbsatz EGBGB; BVerfGE 68, 384, 390 zu Art. 17 Abs. 1 EGBGB.

182 BVerfGE 37, 121; Wiedervorlage nach der Unzulässigkeit in BVerfGE 34, 257.

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

183 BVerfGE 37, 121, 125 f.

184 BVerfGE 37, 121, 125.

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

186 BVerfGE 37, 121, 126.

187 BVerfGE 37, 121, 125.

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

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

188 BVerfGE 48, 346, 366.

189 BVerfGE 48, 346, 366.

190 BVerfGE 37, 121, 126.

#### 4. Gewichtung der Benachteiligung

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

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

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

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

192 BVerfGE 19, 177.

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

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

195 BVerfGE 19, 177, 182 f.

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

## 5. Fazit

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

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

197 BVerfGE 19, 177, 185.

198 BVerfGE 19, 177, 184.

199 BVerfGE 19, 177, 194.

200 BVerfGE 10, 59, 78.

201 BVerfGE 19, 177, 183.

gen der Regelung, stellt in eine Gesamtabwägung die Bevorzugung durch andere Regelungen ein und gewichtet benachteiligende Auswirkungen nach ihrer Schwere.

Um eine solche Benachteiligungsprüfung vornehmen zu können, benötigt man einen materiellen Bezugspunkt.<sup>202</sup> Für die Bestimmung eines solchen materiellen Verständnisses gibt die Rechtsprechung allerdings wenig Anhaltspunkte. Sie verläßt sich weitgehend auf einen Appell an intuitive Vorstellungen darüber, was Gleichberechtigung ausmacht.

### *III. Die Abkehr: Hinweise auf ein materielles Gleichberechtigungsverständnis*

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

#### *1. Differenzierungsgebot*

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

202 Vgl. oben S. 52 f.

203 BVerfGE 3, 225, 242.

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

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

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

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

## 2. Gleichwertigkeit und die Bewertung der Hausfrauenarbeit

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

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

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

205 BVerfGE 11, 277.

206 BVerfGE 11, 277, 281.

207 BVerfGE 11, 277, 281.

208 BVerfGE 11, 277, 281.

209 BVerfGE 3, 225, 240 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

Doch bleibt die Annahme der Gleichwertigkeit von Hausfrauenarbeit und Erwerbstätigkeit letztlich Fiktion. Seine eigenen Überlegungen konsequent

213 BVerfGE 17, 1, 13.

214 Siehe zu Sachverhalt und zur ausführlichen Diskussion anderer Aspekte dieser Entscheidungen oben S. 37 ff.

215 BVerfGE 17, 1, 12.

216 BGBl. I S. 609; Art. 1 Nr. 8.

217 BVerfGE 17, 1, 12 f.

218 BVerfGE 17, 1, 13. Unter Bezugnahme auf die Äußerungen der Abgeordneten Selbert (SPD) und Fecht (CDU): Parlamentarischer Rat, Hauptausschuß, 42. Sitzung, Stenographisches Protokoll, S. 541 bzw. 543.

219 BVerfGE 17, 1, 20.

220 BVerfGE 17, 38, 51; 17, 86, 92 f.; BVerfGE 21, 329, 340 f.

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

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

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

222 Ähnlich BVerfGE 17, 1, 21.

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

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

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

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

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

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

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

226 BVerfGE 19, 268, 279.

227 BVerfGE 19, 268, 280.

228 BVerfGE 11, 277, die Entscheidung verwendet aber schon den Begriff der »Gleichwertigkeit«.

229 BVerfGE 26, 265, 273 f.

230 BVerfGE 37, 217, 251.

231 BVerfGE 49, 80.

232 Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen in der Fassung des Gesetzes vom 20. August 1975 (BGBl. I S. 2189).

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

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

233 BVerfGE 49, 280, 285.

234 BVerfGE 49, 280, 284.

235 BVerfGE 53, 257, 296.

236 BVerfGE 53, 257, 296.

237 BVerfGE 66, 84.

238 BVerfGE 66, 84, 94.

in der Gleichbewertung der Hausfrauenarbeit in der Tat »eine der wichtigsten Aufgaben des Art. 3 Abs. 2 GG«<sup>239</sup> sieht.

### 3. *Generell umschriebene Aufgaben*

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

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

239 BVerfGE 17, 1, 13. Daß die Rechtsprechung zur gerechten Bewertung der Hausfrauenarbeit gerade in einer Entscheidung ihren Anfang nahm, die die Folgen aus der Erwerbstätigkeit der Frau zu beurteilen hatte und die erwerbstätige Frau im Ergebnis diskriminierte, sei nur nebenbei vermerkt.

240 BVerfGE 15, 337, 345.

241 BVerfGE 48, 327, 339 f.; 57, 335, 345.

242 BVerfGE 48, 327, 339 f.

243 BVerfGE 15, 337, 345.

244 BVerfGE 52, 369, 376.

minierung der Frau gerade mit solchen Argumenten gerechtfertigt wurde, kann die zentrale Bedeutung dieser Aussage des Bundesverfassungsgerichts gar nicht überschätzt werden.<sup>245</sup>

Zum zweiten weist das Bundesverfassungsgericht dem Gleichberechtigungsgebot die Aufgabe zu, die Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft durchzusetzen. Das Gleichberechtigungsgebot bekommt damit eine dynamische, wirklichkeitskorrigierende Funktion. Diese Funktion verlöre es, »wenn es inhaltlich darauf reduziert würde, die vorgefundene gesellschaftliche Wirklichkeit, etwa die vorhandenen Lohnunterschiede bei Männern und Frauen, hinzunehmen«.<sup>246</sup> Maßnahmen, die dazu dienen, bestehende Benachteiligungen der Frau zu verfestigen oder zu perpetuieren, stehen damit im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 GG.

Schließlich spricht das Bundesverfassungsgericht davon, daß der Gleichberechtigungssatz »umfassend angelegt« sei, bringt also zum Ausdruck, daß die gesamte Rechtsordnung vom Gleichberechtigungsgebot erfaßt werden soll. Auch bei fehlender weiterer Präzisierung wird doch die Tendenz deutlich, die Aufgabe des Gleichberechtigungsgebots weit zu fassen und nicht lediglich auf das Verbot zu beschränken, Differenzierungen zwischen Männern und Frauen unter bestimmten Bedingungen zu untersagen.

#### 4. *Kompensation*

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

245 Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht lange selbst herkömmlichen Vorstellungen verhaftet geblieben, vgl. dazu unten S. 80 ff.

246 BVerfGE 57, 335, 345 f.

247 BVerfGE 74, 163; vgl. zur Einschätzung dieser Entscheidung auch Eckertz-Höfer, S. 467 ff.

248 BVerfGE 74, 163, 178.

richt selbst daher nur angerissen. Die Analyse wird diese dogmatischen Fragmente in ihren Zusammenhang stellen und aufzeigen, welcher Art von Denken über den Gleichberechtigungssatz sie entsprechen.

Nach § 25 Abs. 3 AVG<sup>249</sup> erhalten weibliche Versicherte, die das 60. Lebensjahr vollendet und eine Versicherungszeit von 180 Monaten (Wartezeit nach Abs. 7 Satz 2) erfüllt haben, auf Antrag Altersruhegeld, wenn sie in den letzten zwanzig Jahren überwiegend eine rentenversicherungspflichtige Beschäftigung oder Tätigkeit ausgeübt haben. Versicherte beiderlei Geschlechts, bei denen die Voraussetzungen des Abs. 3 nicht vorliegen, haben grundsätzlich Anspruch auf Altersruhegeld, wenn sie das 65. Lebensjahr vollendet und die Wartezeit erfüllt haben. Der Beschwerdeführer war Witwer mit drei Kindern, die teilweise noch in der Ausbildung standen, und beantragte mit 60 Jahren vorgezogenes Altersruhegeld nach § 25 Abs. 3 AVG.

Das Bundesverfassungsgericht benennt als Prüfungsmaßstab Art. 3 Abs. 2 GG und wiederholt zunächst schon aus der früheren Rechtsprechung bekannte Formulierungen. Der Gleichberechtigungsgrundsatz des Abs. 2 entspreche dem Abs. 3, wonach niemand »wegen seines Geschlechtes« bevorzugt oder benachteiligt werden darf. Eine Differenzierung nach dem Geschlecht sei daher nur ausnahmsweise zulässig, wenn im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses eine besondere Regelung erlaubt oder sogar geboten sei.<sup>250</sup> Soweit ist alles bekannt. Die Interpretation, die das Bundesverfassungsgericht seiner bisherigen Rechtsprechungspraxis gibt, ist aber grundlegend neu. Die entsprechende Passage soll daher im Wortlaut zitiert werden: Der Gleichberechtigungsgrundsatz »ist in der Rechtsprechung strikt angewendet worden, namentlich dort, wo es sich um Benachteiligungen von Frauen handelte; zum Abbau dieser Benachteiligungen sollte das Grundrecht bevorzugt dienen«. Hand in Hand damit geht die Bezeichnung des Gleichberechtigungssatzes nicht länger als Differenzierungsverbot, sondern als »Diskriminierungsverbot«.<sup>251</sup> Erstmalig spricht das Bundesverfassungsgericht aus, daß es nicht um das Verbot der Benachteiligung eines beliebigen Geschlechts geht, sondern – jedenfalls primär – um den Abbau der Diskriminierung von Frauen. Damit wird ein Axiom des Differenzierungsverbots in Frage gestellt. Ein Differenzierungsverbot kann nur symmetrisch sein und zugunsten von Frauen wie Männern wirken.

249 In der Fassung des Rentenreformgesetzes vom 16. Oktober 1972 (BGBl. I S. 1965). Entspricht § 1248 Abs. 3 RVO.

250 BVerfGE 74, 163, 179.

251 BVerfGE 74, 163, 179.

Nach diesen Bemerkungen zur abwehrrechtlichen Deutung des Art. 3 Abs. 2 GG bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf Erörterungen in der Literatur, »ob nicht dem Gleichberechtigungsgebot ebenso wie anderen Grundrechten neben dem Charakter als Abwehrrecht auch positive Verpflichtungen des Gesetzgebers zur Förderung und Unterstützung der Grundrechtsverwirklichung zu entnehmen sind«.<sup>252</sup> Das Bundesverfassungsgericht läßt aber offen, »ob und inwieweit der Gesetzgeber aus Art. 3 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet sein könnte, die Voraussetzungen für eine faktische Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen zu schaffen«.<sup>253</sup> Denn im vorliegenden Fall hatte der Gesetzgeber ja gerade in diesem Sinne gehandelt. Dennoch ist der Umstand, daß das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit einer Interpretation als Verfassungsauftrag überhaupt erwähnt, von großem Interesse. Daß das Bundesverfassungsgericht, ohne dazu gezwungen zu sein, Diskussionen in der Literatur um eine Verpflichtung des Gesetzgebers, sich um faktische Gleichberechtigung zu bemühen, aufgreift, setzt ein Zeichen. Wenn es auch sicherlich nicht heißt, daß das Bundesverfassungsgericht eine solche Position akzeptiert hat, so weist es doch jedenfalls darauf hin, daß das Bundesverfassungsgericht die faktische Gleichberechtigung als zentrales Problem begreift, dem eventuell auch verfassungsrechtliche Dimensionen zukommen könnten.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall aber lediglich die Frage der Berechtigung des gesetzgeberischen Handelns, nicht die seiner Verpflichtung zu beurteilen hatte, führt es aus, »daß der Gesetzgeber zu einer Ungleichbehandlung auch dann befugt ist, wenn er einen sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen anordnet, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede zurückgehen«.<sup>254</sup> Drei Elemente lassen das Bundesverfassungsgericht hier keine verbotene Ungleichbehandlung »wegen des Geschlechts«, sondern eine zulässige Kompensation erlittener Nachteile annehmen. Das Gericht präzisiert diese Elemente allerdings selbst nicht. Im folgenden soll daher versucht werden, die Bedeutung der einzelnen Elemente unter Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung näher zu bestimmen. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich insbesondere dadurch, daß das Bundesverfassungsgericht die dogmatische Aussage selbst als »Ergänzung« seiner bisherigen Rechtsprechung ansieht.<sup>255</sup>

252 BVerfGE 74, 163, 179.

253 BVerfGE 74, 163, 179 f.

254 BVerfGE 74, 163, 180.

255 BVerfGE 74, 163, 180.

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

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

256 BVerfGE 74, 163, 163.

257 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 23. Februar 1957 (BGBl. I S. 88).

258 Bericht zu BT-Drucks. II/3080 (Bd. 48), S. 10 zu § 1253 (Hervorhebung des Originals weglassen).

259 BVerfGE 74, 163, 173.

260 BVerfGE 74, 163, 181.

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

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

261 BVerfGE 74, 163, 180.

262 BVerfGE 74, 163, 180.

263 BVerfGE 74, 163, 181.

264 BVerfGE 74, 163, 181.

265 BVerfGE 74, 163, 180.

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

## 5. Fazit

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

## IV. Gleichberechtigungsverständnis und Wirkungsrichtung

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

266 Siehe oben S. 37 ff.

267 BVerfGE 74, 163, 181.

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

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

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

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

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

268 BVerfGE 3, 225, 241.

269 BVerfGE 6, 389, 425.

270 BVerfGE 6, 389, 425.

271 BVerfGE 6, 389, 426.

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

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

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

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

272 BVerfGE 6, 389, 427.

273 BVerfGE 6, 389, 427 f.

274 BVerfGE 6, 389, 429 (ursprünglich im Akkusativ).

275 Reich-Hilweg, S. 109, z. B. sieht darin die »Paralyse des Gleichberechtigungsgrundsatzes«.

276 Vgl. dazu Reich-Hilweg, S. 111 ff.

277 BVerfGE 10, 59, 78.

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

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

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

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

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

280 BVerfGE 17, 1, 20.

281 BVerfGE 17, 1, 21.

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

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

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

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

282 BVerfGE 17, 1, 21.

283 BVerfGE 22, 93.

284 BVerfGE 22, 93, 97.

285 BVerfGE 21, 329, 353.

286 BVerfGE 21, 329, 351.

287 BVerfGE 21, 329, 351.

288 BVerfGE 15, 337, 345.

289 BVerfGE 15, 337, 343.

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

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

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

290 BVerfGE 15, 337, 343 f.

291 BVerfGE 15, 344.

292 BVerfGE 6, 55, 82.

293 BVerfGE 21, 329, 353 bezieht sich zwar darauf. Tragend für die Entscheidung ist er aber nicht.

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

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

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

294 BVerfGE 10, 59.

295 BVerfGE 15, 337.

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

297 BVerfGE 5, 9, 12.

298 BVerfGE 3, 225, 242.

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

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

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

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

300 BVerfGE 35, 382.

301 BVerfGE 35, 382, 407 f.

302 BVerfGE 35, 382, 408.

303 Dieser sah vor, daß bei Ehen zwischen Deutschen und Ausländern eheliche Kinder eines deutschen Vaters, nicht aber die einer deutschen Mutter, die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten.

304 BVerfGE 37, 217, 250.

305 BVerfGE 37, 217, 251.

306 BVerfGE 10, 59, 67.

307 BVerfGE 31, 1, 5.

308 BVerfGE 39, 169, 187.

wicklung befinde sich noch im Fluß.<sup>309</sup> Und 1978 betont das Bundesverfassungsgericht schließlich, daß sich »das Leitbild der Frau, das früher das der Familien- und Hausmutter war, tiefgreifend verändert«<sup>310</sup> habe. Nicht länger könne man davon ausgehen, daß es der natürlichen Aufgabenteilung widerspreche, wenn die Frau erwerbstätig sei und sich nicht auf die Erfüllung ihrer Aufgaben in Ehe und Familie beschränke.<sup>311</sup> Heute sei die Aufgabenverteilung in der Ehe in erster Linie der freien Entscheidung der Ehegatten überlassen; lediglich im Kindeswohl finde sie ihre Grenze.<sup>312</sup>

Wie schnell das Bundesverfassungsgericht die Konsequenzen dieser neuen Auffassung zog, zeigt sich in der Entscheidung zur steuerlichen Abzugsfähigkeit der Aufwendungen für Hausgehilfinnen.<sup>313</sup> Das Abzugsverbot knüpfte nicht daran an, »daß gerade die Frau erwerbstätig ist«.<sup>314</sup> In einer Ehe, in der beide Ehegatten erwerbstätig sind, sei anzunehmen, daß jeder Ehegatte einen finanziellen Beitrag zum Familienunterhalt zu leisten habe und beide Ehegatten deshalb stillschweigend davon ausgingen, daß auch der Ehemann einen Teil der durch die Doppelerwerbstätigkeit verursachten zusätzlichen Aufwendungen für die Beschäftigung einer Hausgehilfin tragen müsse.<sup>315</sup> Einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG schließt die Mehrheitsmeinung daher aus. Wäre das Bundesverfassungsgericht noch von der »natürlichen« Aufgabenverteilung in der Ehe ausgegangen, wäre eine ausführlichere Erörterung an diesem Punkt wohl nötig gewesen.<sup>316</sup>

Vollzog die Hausgehilfinnen-Entscheidung den Wandel der Auffassung hinsichtlich der Kinderbetreuung,<sup>317</sup> bestätigte die Entscheidung zum Hausarbeitstag die Veränderungen hinsichtlich der Aufteilung der Hausarbeit: »Es gehört nicht zu den geschlechtsbedingten Eigenheiten von Frauen, Hausarbeit zu verrichten«.<sup>318</sup> Biologische Unterschiede rechtfertigen eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen in der Gewährung eines Hausarbeits-

309 BVerfGE 39, 169, 188.

310 BVerfGE 48, 327, 338.

311 BVerfGE 48, 327, 338.

312 BVerfGE 48, 327, 338, so auch schon als Beschreibung »allgemeiner Ansicht« in BVerfGE 39, 169, 183.

313 BVerfGE 47, 1.

314 BVerfGE 47, 1, 19 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

315 VerfGE 47, 1, 19.

316 Vgl. zur Kritik an der Entscheidung die abweichende Meinung des Richters Simon, BVerfGE 47, 1, 34 ff.

317 Allein um die steuerliche Abzugsfähigkeit für Hausgehilfinnenaufwendungen, die durch die Betreuung von Kindern verursacht werden, ging es in BVerfGE 47, 1.

318 BVerfGE 52, 369, 376.

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

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

319 BVerfGE 52, 369, 377.

320 BVerfGE 52, 369, 377 f.

321 BVerfGE 52, 369, 377.

322 BVerfGE 52, 369, 378.

323 BVerfGE 55, 171.

324 BVerfGE 56, 363, 387 und 388 f.

325 BVerfGE 56, 363, 387 f.

326 BVerfGE 56, 363, 388.

327 BVerfGE 56, 363, 388.

328 BVerfGE 56, 363, 389.

329 BVerfGE 56, 363, 389.

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

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

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

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

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

332 BVerfGE 57, 335, 345.

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

334 BVerfGE 43, 213, 227.

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

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

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

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

337 BVerfGE 63, 181, 195.

338 BVerfGE 63, 181, 195 f.

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

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

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

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

343 BVerfGE 52, 369.

344 BVerfGE 56, 363.

345 BVerfGE 74, 163.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

349 BVerfGE 57, 335, 344 .

350 BVerfGE 57, 335, 346.

351 BVerfGE 57, 335, 346 (Anmerkungen des Originals weggelassen).

352 BVerfGE 74, 163; zum Sachverhalt und zur näheren dogmatischen Auseinandersetzung, siehe oben S. 74 ff.

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

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

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

353 BVerfGE 74, 163, 180.

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

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

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

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

358 BVerfGE 13, 290; 13, 318.

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

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

359 BVerfGE 13, 290, 301 (es zitiert aus einer kurz vor der Einführung des § 8 Nr. 5 GewStG ergangenen Entscheidung des ProVG, das darstellt, wie die Gewerbesteuerbehörden seiner Rechtsprechung, die Ehegattenarbeitsverträge steuerrechtlich anerkannte, widersprachen).

360 BVerfGE 18, 257, 268.

361 BVerfGE 18, 257, 269.

362 BVerfGE 36, 120, 123.

363 BVerfGE 48, 346.

364 BVerfGE 48, 346, 366.

#### 4. Zusammenfassung

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

#### C. Würdigung

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

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

1. Kern des Differenzierungsverbots ist das Verbot der Anknüpfung an das Merkmal »Geschlecht« bei der Festsetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen: der Geschlechtsunterschied gibt einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht nicht ab.

Demgegenüber ist zentrale Prüfungsstufe in (fast) jeder Gleichberechtigungentscheidung die Frage danach, ob objektive biologische oder funktionale Unterschiede vorliegen und die Anwendbarkeit des Gleichberechtigungssatzes ausschließen. Dies ist nicht bloß eine eng umgrenzte Ausnahme von der Regel, sondern berührt deren Kern: was, wenn nicht biologische und funktionale Unterschiede konstituiert den Geschlechtsunterschied? So kann es nicht überraschen, daß es dem Bundesverfassungsgericht nicht gelang, den Anwendungsbereich der Formel auch nur annähernd klar und konsistent zu entwickeln.

2. Indem das Differenzierungsverbot allein auf die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen für Männer und Frauen abstellt, ist entscheidender Gesichtspunkt ein formaler. Auf die Frage, wie sich eine Differenzierung auswirkt, kann es nicht ankommen, denn dafür hält das Differenzierungsverbot als Verbot der Verwendung eines Merkmals keine Kriterien bereit.

Allein mit der formalen Feststellung, daß eine Regelung zwischen Männern und Frauen differenziert, läßt es das Bundesverfassungsgericht nur selten sein Bewenden haben. Häufig prüft das Bundesverfassungsgericht ausführlich, ob eine Benachteiligung festzustellen ist und wie sie sich auswirkt. Es gewichtet Benachteiligungen nach ihrer Schwere und wägt sie gegenüber Begünstigungen ab. Auch bei Ungleichbehandlungen, die aufgrund objektiver Unterschiede zulässig sind, fragt das Bundesverfassungsgericht häufig weiter, ob die Art der Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Es verwendet insoweit einen, wenn auch nicht präzisierten, materiellen Maßstab.

3. Als Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht ist das Differenzierungsverbot notwendig symmetrisch. Männer wie Frauen sind vor unterschiedlicher Behandlung geschützt und können sich auf das Gleichberechtigungsgebot berufen.

In der Praxis prüft das Bundesverfassungsgericht aber Benachteiligungen von Frauen strikter als Benachteiligungen von Männern.

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

Um formale Gleichstellung geht es dem Bundesverfassungsgericht aber gerade nicht. Schon die abstrakte Aufgabenumschreibung verläßt häufig den Boden eines Verständnisses als Differenzierungsverbot und weist dem Gleichberechtigungssatz eine umfassende, gesellschaftsverändernde Funktion zu. Darüberhinaus zeigt der Wandel des bundesverfassungsgerichtlichen Rollenverständnisses, daß es sich dem Ideal der formalen Gleichstellung allenfalls für kurze Zeit annäherte.

5. Grundlage der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG war die Annahme, daß dieser und Art. 3 Abs. 3 GG, soweit dort das Merkmal »Geschlecht« genannt ist, übereinstimmen. Dies ließe eine einheitliche Dogmatik von Gleichberechtigungsfragen und Fällen mit anderen in Art. 3 Abs. 3 genannten Merkmalen erwarten.

In Wirklichkeit aber kann von einer einheitlichen Dogmatik der beiden Absätze nicht gesprochen werden. Dies zeigt sich schon darin, daß die Entscheidungen kaum aufeinander Bezug nehmen. Zwar werden in der Rechtsprechung zu den anderen in Absatz 3 genannten Merkmalen auch manchmal Passagen aus frühen Gleichberechtigungsentscheidungen herangezogen; von diesem gemeinsamen Ausgangspunkt herkommend, entwickeln sich die dogmatischen Kriterien aber auseinander. Während die Rechtsprechung zu den sonstigen Merkmalen des Absatz 3 vorwiegend um Fragen der Kausalität und Finalität kreist,<sup>365</sup> finden diese Überlegungen nur selten Eingang in die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 GG. Diese beschäftigt sich primär mit Fragen der Vergleichbarkeit und der Anwendbarkeit bei objektiven biologischen oder funktionalen Unterschieden; auf den Gedanken, nach objektiven biologischen oder funktionalen Unterschieden hinsichtlich der Merkmale

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

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

Wären die Abweichungen gegenüber den in ihrer Abstraktheit eindeutig und präzise erscheinenden dogmatischen Ansprüchen in der Entscheidungspraxis nur vereinzelt vorzufinden, gäben sie zwar Anlaß zu methodischer Kritik an einzelnen Entscheidungen, das dogmatische Konzept als solches könnten sie jedoch nicht in Frage stellen. Die Rechtsprechungsdurchsicht ergab aber durchgängige, fast schon systematische Verletzungen jedes der Prinzipien, die ein Verständnis als Differenzierungsverbot ausmachen.

Das Differenzierungsverbot ist in der Praxis gescheitert, denn das Bundesverfassungsgericht wollte offensichtlich weder die aus einem konsequent angewendeten Differenzierungsverbot resultierenden Ergebnisse, noch hielt es die in Kategorien des Differenzierungsverbots möglichen Begründungen zur Rechtfertigung seiner Entscheidungen für ausreichend. Das Bundesverfassungsgericht kann damit selbst zum Beweis dafür herangezogen werden, daß ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot den Problemkonstellationen im Verhältnis Mann – Frau nicht gerecht wird.

In dem Ausmaß, in dem das Bundesverfassungsgericht an dem Differenzierungsverbot als dogmatischem Anspruch verbal festhält, in Wahrheit aber andere, materielle Kriterien der Entscheidung zugrunde legt, verlieren die Entscheidungen zu Fragen der Gleichberechtigung von Männern und Frauen ihre Fähigkeit, dogmatisch zu überzeugen. Dem Bundesverfassungsgericht geht im Laufe der Zeit jegliche dogmatische Einbindung und Disziplinierung verloren; Raum für Wertungen ist gewonnen. Die Entscheidungsfindung wird nicht mehr rational nachvollziehbar und überprüfbar, damit auch nicht mehr kritisierbar; nur noch die Ergebnisse der Entscheidungen können – je nach (frauen)politischer Einstellung – gepriesen oder verdammt werden. Diese fehlende dogmatische Einbindung ist in einem Gebiet, in dem das Bundesverfassungsgericht volle und intensive Überprüfungsbefugnis gesetzgeberischer Entscheidungen für sich in Anspruch nimmt – der Gleichberechtigungssatz als »feste Grenze« –, um so bedenklicher. Will die Staatsrechtswissenschaft ihrer Aufgabe als dogmatischer Wissenschaft<sup>366</sup> gerecht

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

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

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



## 2. Kapitel:

### Der Gleichberechtigungssatz in der Literatur

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

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

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

1 So der Titel des Buches von Braun.

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