

## Nachtrag: Die Entwicklung seit 1991

Die tatsächliche Lage der Frauen hat sich in den letzten fünf Jahren nur wenig geändert. Zwar hat sich ihre Repräsentanz im politischen Bereich etwas verbessert. Frauen stellen inzwischen etwa ein Viertel der Abgeordneten<sup>1</sup>, und in den Regierungen sind im Schnitt zwei Ministerinnen vertreten<sup>2</sup>. Von paritätischer Besetzung ist die Politik jedoch noch weit entfernt. Auch in anderen Bereichen finden sich auf Führungspositionen im wesentlichen Männer. Dies gilt für Wissenschaft<sup>3</sup> und Medien ebenso wie für die Wirtschaft<sup>4</sup>. Im Erwerbsleben sind Frauen mit den Folgen des geschlechtssegregierten Arbeitsmarktes konfrontiert, herrschen in den unteren Rängen mit geringerem Status und Verdienst vor, sind länger und häufiger arbeitslos<sup>5</sup>. Dies haben insbesondere die Frauen in den neuen Bundesländern zu spüren bekommen. Dort liegt die Arbeitslosenquote der Frauen fast doppelt so hoch wie die der Männer<sup>6</sup>. Frauen erzielen etwa 73% des Einkommens, das Männer verdienen<sup>7</sup>. In der Justiz nehmen Richterinnen zwar inzwischen im Eingangsamt einen starken Anteil ein, in höheren Positionen fehlen sie aber auch dort<sup>8</sup>. Freilich gibt es eine Ausnahme. Im Bundesverfassungsgericht stellen Frauen derzeit mit fünf Richterinnen 31,25%, und seit 1994 steht erstmals eine Frau an der Spitze des Gerichts<sup>9</sup>.

- 1 Im Deutschen Bundestag waren 1993 20,5% Abgeordnete weiblich, in den Länderparlamenten zwischen 11% und 36,3%, BMFSFJ-Bericht, S. 19.
- 2 In den sechzehn Landesregierungen stehen 38 Frauen an der Spitze eines Ministerium, BMFSFJ-Bericht, S. 19. Auch die Bundesregierung liegt inzwischen wieder im Schnitt. Waren noch 1994 vier Ministerinnen von achtzehn Ministern weiblich (BMFSFJ-Bericht, S. 19), sind derzeit nur noch zwei Ministerinnen (Merkel, Nolte) im Bundeskabinett vertreten.
- 3 Von 30981 Professoren in Deutschland sind 1760, also 5,7%, weiblich, Statistisches Jahrbuch 1995, S. 406. Der Anteil von Frauen an C4-Professoren beträgt sogar nur 2,6%, Limbach, Frauen in der Wissenschaft, S. 3; vgl. zur Situation der Wissenschaftlerinnen auch: Wetterer, Neuland; dies., Rhetorische Präsenz; Schultz, Geschlecht.
- 4 Von Friesen, DJB-Gleichstellungskommissionsbericht, S. 1 f.
- 5 Vgl. BMFSFJ-Bericht, S. 38 f.
- 6 Die Arbeitslosenquote der Frauen betrug im Juni 1994 21,3 %, die der Männer 10,4%, BMFSFJ-Bericht, S. 39.
- 7 BMFSFJ-Bericht, S. 38.
- 8 Frauen machen 39% der Richter und Staatsanwälte auf Probe, doch nur 7% in den Besoldungsgruppen R 2 und höher aus (Stand: 1991), Hassels/Hommerich, DRiZ, S. 432; im einzelnen dazu: Hassels/Hommerich, Studie.
- 9 Limbach (Präsidentin), Graßhof, Seibert, Jaeger, Haas.

Das Schlagwort der Vereinbarkeit von Familie und Beruf<sup>10</sup> ist zwar in aller Munde, nimmt aber in der praktischen Politik eine geringe Priorität ein. Dies zeigt etwa die Diskussion um den Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz. Durch ein Bundesgesetz aus dem Jahre 1992 wurde Kindern vom vollendeten dritten Lebensjahr an ab dem 1. Januar 1996 ein Kindergartenplatz zugesichert<sup>11</sup>. Doch kaum erlassen, geriet dieser Anspruch bereits in Zweifel. Inzwischen ist er bis 1999 durch eine Stichtagsregelung begrenzt<sup>12</sup>. Zudem enthält das Gesetz keine nähere Bestimmung dessen, was unter einem Kindergartenplatz zu verstehen ist. So müssen Kindergartenplätze weder ortsnah noch für eine Mindestbetreuungszeit zur Verfügung stehen. Manche Kommunen gehen daher dazu über, bisherige Ganztagesplätze in zwei Halbtagesplätze umzuwandeln, wobei etwa eine Betreuungszeit von 8-12 Uhr noch nicht einmal die Aufnahme einer Halbtagesstelle für die Mutter ermöglicht. Außerdem bauen viele Kommunen die bisher schon bei weitem nicht ausreichenden Kinderkrippen- und Kinderhortplätze ab, um die Ressourcen für den Ausbau der Kindergärten – denn nur auf diese besteht ein Rechtsanspruch – nutzen zu können. Statt als vordringliche gesellschaftliche Aufgabe wird Kinderbetreuung in der Bundesrepublik weiterhin in erster Linie als Privatsache angesehen. Im Vergleich zu den europäischen Nachbarländern stehen berufstätige Mütter in Deutschland wesentlich schlechter da<sup>13</sup>.

Wenn auch die Ausgangslage kurz vor der Jahrtausendwende noch von der Benachteiligung von Frauen in vielfacher Hinsicht gekennzeichnet ist, hat die Frauenpolitik auf der Ebene des Rechts in den letzten fünf Jahren doch beträchtliche Erfolge erzielt. Die Gleichberechtigungsgarantie im Grundgesetz wurde durch die Aufnahme des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verstärkt, und viele Landesverfassungen enthalten Vorschriften, die die Durchsetzung der Gleichberechtigung verlangen<sup>14</sup>. Der Bund hat das 2. Gleichberechtigungsgesetz erlassen<sup>15</sup>. Auch in der weit überwiegenden Mehrzahl von Bundesländern bestehen inzwischen Gesetze zur Förderung der tatsächlichen Gleichberechtigung,

10 Vgl. dazu Schiek, Vereinbarkeit; Körner-Dammann, Erwerbs- und Familienstrukturen.

11 Art. 5 Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs vom 27. Juli 1992, BGBl. I S. 1398.

12 § 24 a Achtes Buch Sozialgesetzbuch i.d.F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom 15.12.1995, BGBl. I S. 1775.

13 Vgl. Schiek, Vereinbarkeit, S. 519; Schunter-Kleemann, Familienpolitik.

14 Art. 6 Abs. 2 Verf. Berlin; Art. 12 Abs. 3 Satz 2 Verf. Brandenburg; Art. 13 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; Art. 8 Verf. Sachsen; Art. 34 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 6 Verf. Schleswig-Holstein; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verf. Thüringen.

15 Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen vom 24. 6. 1994, BGBl. I S. 1406.

so etwa in Berlin<sup>16</sup>, Brandenburg<sup>17</sup>, Bremen<sup>18</sup>, Hamburg<sup>19</sup>, Hessen<sup>20</sup>, Mecklenburg-Vorpommern<sup>21</sup>, Niedersachsen<sup>22</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>23</sup>, Rheinland-Pfalz<sup>24</sup>, Saarland<sup>25</sup>, Sachsen<sup>26</sup>, Sachsen-Anhalt<sup>27</sup> und Schleswig-Holstein<sup>28</sup>. Zwar bleiben manche dieser Gesetze weit hinter den von vielen frauenpolitisch Engagierten als notwendig angesehenen Forderungen zurück; insbesondere das 2. Gleichberechtigungsgesetz des Bundes scheint wenig Effektivität zu versprechen<sup>29</sup>. Doch machen sie deutlich, daß die Gesetzgeber in Bund und Ländern weiterhin ein erhebliches Gleichberechtigungsdefizit annehmen. Inwieweit diese Gesetze zu spürbaren Verbesserungen für Frauen führen werden, kann derzeit noch nicht beurteilt werden. Ihre Wirksamkeit wird sich erst in den kommenden Jahren beweisen müssen.

Im folgenden soll untersucht werden, wie sich die verfassungsrechtliche Lage in den letzten fünf Jahren geändert hat. Nach einem Blick über den Ozean auf die aktuellen Entwicklungen in den Vereinigten Staaten von Amerika (A.) soll die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichberechtigung analysiert werden (B.). Sodann wird geprüft, wie der neue Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zu interpretieren ist (C.), um schließlich die Konsequenzen der

- 16 Landesgleichstellungsgesetz (bis 24.4.1993: Landesantidiskriminierungsgesetz) vom 31.12.1990, GVBl. 1991 S. 8, geändert durch Gesetz vom 13.4.1993, GVBl. S. 184, Gesetz vom 21.6.1994, GVBl. S. 182 und Gesetz vom 26.1.1995, GVBl. S. 26.
- 17 Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst im Land Brandenburg vom 4.7.1994, GVBl. I S. 254.
- 18 Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen vom 20.11.1990, GVBl. S. 433.
- 19 Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im hamburgischen öffentlichen Dienst vom 19.3.1991, GVBl. I S. 75.
- 20 Hessisches Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung vom 21.12.1993, GVBl. I S. 729.
- 21 Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 18.2.1994, GVBl. S. 343.
- 22 Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz vom 15.6.1994, GVBl. S. 246.
- 23 Gesetz zur Förderung der beruflichen Chancen für Frauen im öffentlichen Dienst vom 31.10.1989, GVBl. S. 567.
- 24 Landesgleichstellungsgesetz vom 11.7.1995, GVBl. S. 209.
- 25 Gesetz zur Förderung von Frauen und zur Änderung sonstiger dienstrechtlicher Vorschriften vom 10.5.1989, ABl. S. 977.
- 26 Gesetz zur Förderung von Frauen und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf im Öffentlichen Dienst des Freistaates Sachsen vom 31.3.1994, GVBl. S. 684.
- 27 Gesetz zur beruflichen Förderung von Frauen im öffentlichen Dienst des Landes Sachsen-Anhalt vom 7.12.1993, GVBl. S. 734, geändert durch Gesetz vom 27.6.1994, GVBl. S. 762.
- 28 Gesetz zur Gleichstellung der Frauen im öffentlichen Dienst vom 13.12.1994, GVBl. S. 562.
- 29 Deutscher Bundestag, Ausschuß für Frauen und Jugend, Öffentliche Anhörung; vgl. auch Pfarr, 2. Gleichberechtigungsgesetz; Mauer, 2. Gleichberechtigungsgesetz; Plett, Ein Generationensprung?; Battis/Eisenhardt, Gleichberechtigung; zur Kritik der Vorschriften über sexuelle Belästigung insbesondere Baer, Würde.

Verfassungsänderung für die Beurteilung von Quotenregelungen zu ziehen (D.).

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

Die politische Stimmung ist in den Vereinigten Staaten von Amerika derzeit gegen affirmative action eingestellt. Die »angry white men« machen mobil. In Kalifornien sollen affirmative action-Programme durch ein Volksbegehren verboten werden<sup>30</sup>. Die Republikaner haben sich die Abschaffung aller affirmative action-Programme zum Ziel gesetzt. Präsident Clinton hält zwar noch in gewissem Umfang dagegen, hat aber selbst eine Überprüfung der bisher bestehenden affirmative action-Programme angekündigt. Auch Frauenpolitik leidet unter dem »backlash«<sup>31</sup>. In diesem Klima kommt dem Umstand, wie sich das Oberste Gericht der Vereinigten Staaten zu affirmative action verhält, große Bedeutung zu.

Seit Mitte der achtziger Jahre hat sich die Besetzung des Supreme Court stark verändert. Die Präsidenten Reagan und Bush konnten zwischen 1986 und 1991 vier der neun Richter ernennen<sup>32</sup>. Eine stärker konservative Ausrichtung des Supreme Court war die Folge<sup>33</sup>. Trotzdem hatten 1990 in der *Metro Broadcasting*-Entscheidung – zur großen Überraschung – noch die affirmative action-Befürworter gesiegt<sup>34</sup>. Doch bei der nächsten affirmative action-Entscheidung waren die Richter Brennan und Marshall, die bisher tragend für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von affirmative action gekämpft hatten, nicht mehr dabei<sup>35</sup>. Zwar war der erste schwarze Richter des Supreme Court, Marshall, wiederum durch einen schwarzen Richter, Thomas, ersetzt worden<sup>36</sup>. Doch zwischen ihren politischen Grundauffassungen liegen Wel-

30 Durch die Unterstützung des Governor Pete Wilson haben die Initiatoren des Volkbegehrens wohl das notwendige Quorum von Unterschriften erreicht, International Herald Tribune vom 14.2.1996, S. 3.

31 So der Titel des Buches von Susan Faludi.

32 Antonin Scalia, Anthony M. Kennedy, David H. Souter und Clarence Thomas; zudem wurde William Rehnquist neuer Chief Justice.

33 Eine Beschreibung der ersten fünf Jahre des »Rehnquist Court« gibt Savage, Turning Right.

34 *Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission*, 110 S.Ct. 2997 (1990), dazu oben S. 260 f.

35 Außerdem waren inzwischen die Richter White und Blackmun durch Richterin Ginsburg und Richter Breyer ersetzt worden.

36 Thomas wurde mit der knappsten Mehrheit bestätigt, die es je bei der Ernennung eines Richters am Supreme Court gab. Ausschlaggebend dafür war freilich nicht seine politische Haltung, sondern die Konfrontation mit Anita Hill, Professorin Hill, eine frühere Mitarbeiterin von Thomas, warf ihm sexuelle Belästigung vor. Die darauf folgende Anhörung führte nicht zu einer abschließenden Klärung: Aussage stand gegen Aussage. Die Geschichte von Thomas Ernennung beschreibt anschaulich Savage, Turning Right, S. 423 ff.

ten. Während Marshall affirmative action als notwendige Maßnahme zur Überwindung der Fortwirkung der Diskriminierung der Schwarzen ansah, verurteilt Thomas sie als genauso »schädlich« wie Diskriminierung, die auf böswilligen Vorurteilen beruht<sup>37</sup>. Nach diesem Richterwechsel konnte daher kaum überraschen, daß die 1995 ergangene Entscheidung *Adarand Constructors v. Pena*<sup>38</sup> die *Metro Broadcasting*-Entscheidung teilweise aufhebt<sup>39</sup>.

*Adarand Constructors* betraf folgenden Fall: Eine Bundesbehörde hatte den Auftrag zum Bau einer Straße an das Unternehmen Mountain Gravel & Construction Co. vergeben. Mountain Gravel suchte einen Subunternehmer für einen Teil des Auftrags. Das günstigste Angebot übermittelte die Firma Adarand Constructors. Trotz ihres höheren Angebots wurde der Firma Gonzalez der Auftrag erteilt. Denn laut Vertrag zwischen Mountain Gravel und der Straßenbaubehörde erhielt das Unternehmen Mountain Gravel zusätzliche staatliche Mittel, wenn es als Subunternehmer Firmen beschäftigte, die als »kleines, von sozial und ökonomisch benachteiligten Personen kontrolliertes Unternehmen« anerkannt waren. Bundesrecht verlangt, daß eine solche Klausel in die meisten Verträge über die Vergabe öffentlicher Aufträge aufgenommen wird, und sieht darüber hinaus vor, daß als sozial und ökonomisch benachteiligte Personen Angehörige bestimmter ethnischer Gruppen, wie etwa schwarze oder hispanische Amerikaner, anzusehen sind. Andere Personen müssen die Voraussetzungen im einzelnen nachweisen.

Für die Billigung des affirmative action-Programms in *Metro-Broadcasting* war tragend, daß Akte des Bundesgesetzgebers in der Tradition der *Fullilove*-Entscheidung nicht dem schärfsten verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstab zu unterwerfen sind. Auf Akte der Einzelstaaten wird dagegen seit *Croson* aus dem Jahr 1989 strict scrutiny<sup>40</sup> angewendet. *Adarand Constructors* verwirft diesen Unterschied zwischen Bund und Einzelstaat. Der Gerichtshof spricht sich mit 5:4 Stimmen dafür aus, daß affirmative action immer dem strict scrutiny-Standard genügen müsse<sup>41</sup>. Richterin O'Connor, die im wesentlichen die Auffassung des Gerichts darlegt, hebt jedoch ausdrücklich darauf ab, daß der Satz »strict in theory, but fatal in fact« nicht zutreffe<sup>42</sup>. Insoweit spricht sie

37 *Adarand Constructors v. Pena*, 115 S.Ct. 2097 (1995), S. 2119; vgl. auch die concurring opinion von Thomas in *Missouri v. Jenkins*, 115 S.Ct. 2038 (1995), S. 2061 ff.

38 115 S.Ct. 2097 (1995).

39 Der Supreme Court spricht ausdrücklich davon, daß *Metro Broadcasting* teilweise »overruled« sei, S. 2113. Mit einer Entscheidung vom gleichen Tag hob der Supreme Court bestimmte Anweisungen eines District Court zur Überwindung der (tatsächlichen) Rassentrennung in den Schulen auf, *Missouri v. Jenkins*, 115 S.Ct. 2038 (1995).

40 Zur Bedeutung der »strict scrutiny« oben S. 211 ff.

41 S. 2106 ff.

42 Mit diesem vielzitierten Satz war in der Literatur ausgedrückt worden, daß eigentlich keine Maßnahme dem strict scrutiny-Standard genügen könne, siehe oben S. 211.

zwar nicht für die Mehrheit des Gerichts<sup>43</sup>, aber ohne ihre Stimme hätte den affirmative action-Gegnern die Mehrheit gefehlt. Das der Entscheidung zugrundeliegende affirmative action-Programm wird daher nicht abschließend beurteilt, sondern das Verfahren wird unter Beachtung des neuen Prüfungsmaßstabes an den Court of Appeals zurückverwiesen.

Die *Adarand Constructors*-Entscheidung wurde in der deutschen Presse teilweise als »Grundsatzurteil«<sup>44</sup> gekennzeichnet, nach dem das endgültige Aus für affirmative action unmittelbar bevorstehe<sup>45</sup>. Eine solche Einschätzung ist jedoch überzogen. *Adarand Constructors* betrifft allein affirmative action aufgrund von Akten des Bundes und unterwirft diese denselben Kriterien, die für die Einzelstaaten bereits gelten. Sie macht zwar deutlich, daß im Supreme Court erhebliche Zweifel gegenüber der Zulässigkeit von affirmative action bestehen. Sie stellt aber auch klar, daß – jedenfalls nach Auffassung von Richterin O'Connor als entscheidender »swing vote« – die Anwendung des strict scrutiny-Maßstabes nicht notwendigerweise zur Verfassungswidrigkeit von affirmative action führt. Auch nach *Adarand Constructors* ist affirmative action in den USA unter bestimmten Bedingungen verfassungsmäßig<sup>46</sup>. Wie sich die Rechtsprechung des Supreme Court weiterentwickeln wird, bleibt abzuwarten<sup>47</sup>.

## B. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit 1991

Während die eine relevante Entscheidung des U.S. Supreme Court seit 1991 lediglich marginale Veränderungen mit sich brachte, hat sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den letzten fünf Jahren entscheidend gewandelt. Vor 1992 war eine neue – die dritte – Phase der Rechtsprechung lediglich in Ansätzen erkennbar. Inzwischen wurde sie entfaltet. Das Bundesverfassungsgericht hat die Defizite tatsächlicher Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen erkannt und zur Grundlage seiner Entscheidungen gemacht. Dabei ging es über eine bloße Modifizierung der bisherigen Rechtsprechung hinaus.

43 Sie spricht in den entscheidenden Teilen für das Gericht, »außer insoweit, als es mit den Ansichten in der concurrence von Richter Scalia nicht übereinstimmt« (S. 2101). Dieser stellt klar: »In my view, government can never have a «compelling interest» on the basis of race in order to «make up» for past racial discrimination in the opposite direction« (S. 2118).

44 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.6.1995, S. 7.

45 Mit dieser Tendenz auch Süddeutsche Zeitung vom 14./15.6.1995, S. 1; Die Zeit vom 23.6.1995, S. 6.

46 Näher zu diesen Bedingungen siehe oben S. 238 ff.

47 In diese Richtung geht auch die Analyse der New York Times vom 14.6.1995, S. 1 und 17.

Bis 1991 war das dogmatische Gerüst der Entscheidungen zu Art. 3 Abs. 2 GG konstant geblieben<sup>48</sup>. Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG (soweit das Merkmal Geschlecht betroffen ist) wurden als gleichbedeutend angesehen. Differenzierungen zwischen Männern und Frauen wurden nur dann für verfassungsgemäß gehalten, wenn sie auf objektive biologische und/oder funktionale Unterschiede zurückzuführen waren. Zwar machte die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch in den ersten vierzig Jahren erheblichen Veränderungen durch<sup>49</sup>. Doch schlugen sich diese veränderten Sichtweisen des Gleichberechtigungssatzes dogmatisch nur insoweit nieder, als die objektiven biologischen und funktionalen Unterschiede enger oder weiter verstanden wurden. Das Bundesverfassungsgericht verwinkelte sich dadurch in erhebliche Widersprüche und konnte dogmatisch nicht überzeugen<sup>50</sup>.

Erstmals in der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot vom 28. Januar 1992<sup>51</sup> verließ das Bundesverfassungsgericht die ausgetretenen dogmatischen Bahnen. Indem es einen Unterschied zwischen Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG anerkannte, stellte es neue Weichen. Das neue dogmatische Gerüst wurde in der – nach der Verfassungsänderung ergangenen – Entscheidung zur Feuerwehrabgabe<sup>52</sup> weiter ausgeformt. Danach wird die Prüfung von an das Geschlecht anknüpfenden differenzierenden Regelungen in erster Linie am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 GG vorgenommen<sup>53</sup>. Solche Regelungen sind mit Art. 3 Abs. 3 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind<sup>54</sup>. Art. 3 Abs. 2 GG enthalte daneben keine weitergehenden oder speziellen Anforderungen. Sein über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichender Regelungsgehalt bestehe darin,

48 Auch die Entscheidung zum Namensrecht vom 5. März 1991 (BVerfGE 84, 9, 17 ff.) wandte noch das alte Prüfungs raster an. § 1355 BGB a.F. überließ Verlobten zwar – insoweit geschlechtsneutral – die Wahl, ob sie den Namen des Mannes oder den Namen der Frau als gemeinsamen Ehenamen wählen wollten. Trafen die beiden aber keine Bestimmung, wurde nach § 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. automatisch der Geburtsname des Mannes der Ehename. Angesichts dieser klar die Frau benachteiligenden Differenzierung zwischen den Geschlechtern hatte das Bundesverfassungsgericht keinen Anlaß, dogmatisch neue Wege zu beschreiten. Mit dem Familiennamensrechtsgesetz vom 16.12.1993 (BGBl. I S. 2054) hat der Gesetzgeber die Konsequenzen aus dieser Entscheidung gezogen; doch genügt auch dieses Gesetz nicht den verfassungsrechtlichen Ansforderungen, siehe Sacksfsky, Namensrecht.

49 Dazu oben S. 79 ff.

50 Ausführlich dazu oben S. 23 ff.

51 BVerfGE 85, 191.

52 BVerfGE 92, 91.

53 BVerfGE 85, 191, 206; 87, 1, 47; 92, 91, 109. Dies ist ein durchaus bedeutsamer Wechsel. Früher wurde immer in erster Linie und teilweise ausschließlich ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG geprüft, siehe oben S. 376.

54 BVerfGE 85, 191, 207; 92, 91, 109.

daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstelle und dies auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstrecke<sup>55</sup>. Fehle es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lasse sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren. Insoweit komme vor allem das erwähnte Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht, das den Gesetzgeber berechtige, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen<sup>56</sup>.

Regelungen, die zwischen Männern und Frauen differenzieren, können nach dieser neueren Rechtsprechung also auf zweierlei Weise gerechtfertigt werden. Zum einen dann, wenn die Ungleichbehandlung zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist, zum anderen dann, wenn sie durch das Gleichberechtigungsgebot gerechtfertigt ist. Diese beiden Kriterien ersetzen die bisherige Rechtsprechung, die auf das Vorliegen objektiver biologischer oder funktionaler Unterschiede abstelle. Man könnte im ersten Kriterium die moderne Fassung der objektiven biologischen, im zweiten Kriterium die Fortentwicklung der funktionalen Unterschiede sehen.

Die vormalige Ausnahme der biologischen Unterschiede wird in der neuen Rechtsprechung zurückgedrängt. Indem das Gericht verlangt, daß Regelungen zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, *zwingend* erforderlich sind, verschärft es den Prüfungsmaßstab. Das Bundesverfassungsgericht unterwirft solche Regelungen einer intensiven verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Zudem wird klargestellt, daß der Gewährleistungsgehalt des Differenzierungsverbots auch bei Problemen, die eigentlich eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen rechtfertigen, nicht völlig entfällt. Nur *soweit* differenzierende Regelungen zwingend erforderlich sind, können sie vor Art. 3 Abs. 3 GG Bestand haben. Die beiden Entscheidungen, die dieses Kriterium näher zu interpretieren hatten, sahen ihre Voraussetzungen denn auch nicht als gegeben an. Weder kann die Annahme, daß bestimmte gesundheitliche Gefährdungen bei Frauen aufgrund ihrer körperlichen Konstitution im allgemeinen höher zu veranschlagen seien als bei Männern, ihren völligen Ausschluß vom Feuerwehrdienst rechtfertigen<sup>57</sup>, noch reicht für die Begründung des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen aus, daß Kinderbetreuung tatsächlich sehr häufig von

55 In BVerfGE 83, 238, 338 f., ließ das Bundesverfassungsgericht noch offen, ob Art. 3 Abs. 2 GG eine gesonderte Berücksichtigung von Fraueninteressen in den Kontrollgremien des Rundfunks gebiete. Denn selbst wenn ein solches Gebot aus Art. 3 Abs. 2 GG abgeleitet werden könnte, wäre es Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, wie er es erfüllen wolle.

56 BVerfGE 92, 91, 109; vgl. BVerfGE 85, 191, 209.

57 BVerfGE 92, 91, 109 f.

Frauen wahrgenommen wird. Das traditionelle Rollenverständnis wird auch dadurch, daß es vielfach noch gelebt wird, nicht zum hinreichend geschlechts-spezifischen Merkmal<sup>58</sup>. So erfreulich diese Klarstellung und präzisere Formulierung der Formel von den objektiven biologischen Unterschieden ist, liegt sie in der Konsequenz der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung der siebziger und frühen achtziger Jahre. Das eigentlich Neue der dritten Phase der Rechtsprechung wird durch das zweite Prüfungskriterium gekennzeichnet.

Schon vor der Verfassungsänderung hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, daß in Art. 3 Abs. 2 GG ein Verfassungsauftrag enthalten ist: Das Gleichberechtigungsgebot wolle nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Art. 3 Abs. 2 GG ziele auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müßten Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führten, dürften durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürften durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden<sup>59</sup>. Das Bundesverfassungsgericht knüpft damit zwar an Zitate aus alten Entscheidungen an, doch erscheinen sie nun in völlig neuem Kontext. Bis zur Nacharbeitsentscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht die Frage, ob Art. 3 Abs. 2 GG einen solchen Verfassungsauftrag enthalte, offengelassen. Jetzt wird er nicht nur ausdrücklich anerkannt, sondern ihm wird darüber hinaus rechtfertigende Kraft gegenüber dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG zuerkannt.

Freilich ist diese grundsätzliche Anerkennung der Frauenförderung bisher nicht praktisch geworden; ihr ist nur der dogmatische Weg geöffnet. Das Bundesverfassungsgericht hatte bis jetzt keine Entscheidung zur Frauenfördermaßnahmen, die im Sinne dieses Verfassungsauftrags ergangen waren, zu treffen. Beide Entscheidungen, die dieses Kriterium überhaupt prüften, ergingen zu Regelungen, die den Zielen des Art. 3 Abs. 2 GG nicht förderlich waren. Dies gilt zum einen für das Verbot der Beschäftigung von Arbeiterinnen zur Nachtzeit nach § 19 Abs. 1 I. Alt. AZO. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schütze das Nacharbeitsverbot zwar zahlreiche Frauen vor gesundheitsgefährdender Nacharbeit. Dieser Schutz sei aber mit erheblichen Nachteilen verbunden: Frauen würden dadurch bei der Stellensuche benachteiligt. Arbeit, die mindestens zeitweise auch nachts geleistet werden müsse,

58 BVerfGE 85, 191, 208 ff.

59 BVerfGE 85, 191, 207.

könnten sie nicht annehmen. Außerdem würden sie daran gehindert, über ihre Arbeitszeit frei zu disponieren und Nacharbeitszuschläge zu verdienen. All das könnte auch zur Folge haben, daß Frauen weiterhin in größerem Umfang als Männer neben einer Berufsaarbeit noch mit Kinderbetreuung und Hausarbeit belastet würden und daß sich damit die überkommene Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern verfestige. Insofern erschwere das Nacharbeitsverbot einen Abbau von gesellschaftlichen Nachteilen der Frau<sup>60</sup>. Auch in der Entscheidung zur Feuerwehrabgabe wird durch die angegriffene Regelung eine Verfestigung der überkommenen Rollenverteilung statt einer Durchsetzung des Gleichberechtigungsgebots in der gesellschaftlichen Wirklichkeit angenommen<sup>61</sup>. Die Feuerwehrabgabe wurde in manchen Bundesländern von denjenigen Feuerwehrpflichtigen erhoben, die nicht in Feuerwehren oder bestimmten anderen gemeinnützigen Einrichtungen dienten. In den angegriffenen Gesetzen waren lediglich Männer feuerwehrpflichtig, so daß auch die Feuerwehrabgabe ausschließlich von Männern erhoben wurde. Das Bundesverfassungsgericht stellt hierzu fest, daß die Feuerwehrdienstpflcht nicht auf Männer beschränkt wurde, um frauenspezifische Nachteile zu kompensieren, sondern weil Frauen nach überkommener Vorstellung für diesen Dienst als weniger geeignet galten<sup>62</sup>.

In einer anderen Entscheidung hat der Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG freilich eine erhebliche Rolle gespielt. Eine Frau erhob Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil eines Landesarbeitsgerichts. Die Beschwerdeführerin hatte sich als einzige Frau neben etwa 40 weiteren Interessenten um eine Stelle als Facharbeiter mit abgeschlossener Maschinenschlosser- bzw. ähnlicher Ausbildung bei einem Hochschullehrer beworben. Zum Vorstellungsgespräch wurde die Beschwerdeführerin nicht eingeladen. Zwei der Bewerber, die über eine längere Berufserfahrung als sie verfügten, wurden eingestellt. Ein wissenschaftlicher Mitarbeiter des Hochschullehrers erklärte der Beschwerdeführerin, die Wahl sei nicht auf sie gefallen, weil die Tätigkeit für eine Frau nicht geeignet sei. Der im Ausgangsverfahren beklagte Hochschullehrer hatte ihr schriftlich mitgeteilt, daß die im Technikum geforderte Tätigkeit eine Frau physisch überfordere. Die Beschwerdeführerin klagte daraufhin, gestützt auf § 611 a BGB, vor dem Arbeitsgericht. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren trug der Beklagte vor, daß alle in die engere Wahl gezogenen Bewerber der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihrer Qualifikation oder Berufserfahrung weit überlegen gewesen seien. Die von ihm und seinem Mitarbeiter

60 BVerfGE 85, 191, 209 f.

61 BVerfGE 92, 91, 112.

62 BVerfGE 92, 91, 112.

gegebene Begründung für die Ablehnung der Beschwerdeführerin sei lediglich vorgeschoben worden, um ihr die Aussichtlosigkeit ihrer Bewerbung möglichst schonend beizubringen. Die Klage wurde abgewiesen. Die gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erhobene Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Dabei stellte sich für das Bundesverfassungsgericht das Problem, daß es sich hierbei um die Auslegung einfachen Rechts handelte, die dem abwehrrechtlichen Gehalt des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht widersprach. Ohne die Annahme eines Verfassungsauftrages wäre gegen die Entscheidung unter verfassungsrechtlichem Aspekt nichts einzuwenden gewesen. Das Bundesverfassungsgericht sieht aber in § 611 a BGB eine Umsetzung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrages. Bei Vorschriften, die grundrechtliche Schutzpflichten erfüllen sollten, sei das maßgebende Grundrecht dann verletzt, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehle<sup>63</sup>. Dies nimmt das Bundesverfassungsgericht bei den arbeitsgerichtlichen Ausführungen an. § 611 a Abs. 1 BGB gewähre in der Interpretation, die dem angegriffenen Urteil zugrundeliege, keinen wirksamen Schutz vor Geschlechterdiskriminierung bei der Arbeitsplatzsuche. Eine andere Auslegung, die ein solches Ergebnis vermeide und dem Diskriminierungsverbot zur Wirksamkeit verhelfe, sei aber möglich<sup>64</sup> und damit verfassungsrechtlich geboten.

Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG zeigt, daß sich das Gericht des weiterbestehenden Defizits tatsächlicher Gleichberechtigung bewußt ist. Es hat die neue Dimension der Gleichberechtigungsprobleme gesehen und sie dogmatisch verarbeitet. Dabei hat es versucht, sich in den Formulierungen so eng wie möglich an seine frühere Rechtsprechung anzulehnen. Dennoch liegt hier ein grundlegender Bruch<sup>65</sup>. Indem das Gericht die Möglichkeit der Rechtfertigung von Differenzierungen zwischen Männern und Frauen durch das Gleichberechtigungsgebot anerkennt, erscheint als Sinn des Art. 3 Abs. 2 GG nicht länger das bloße und möglichst strenge Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlechts. Statt dessen rückt die tatsächliche Ungleichheit zwischen Männern und Frauen in den Blick. Das Gericht wird dem Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG damit besser gerecht.

63 BVerfGE 89, 276, 285 f.

64 BVerfGE 89, 276, 286.

65 In BVerfGE 92, 91, 109 deutet das Gericht dies selbst an; es verwendet die Formulierung »neuere Rechtsprechung«.

## C. Die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG nach der Verfassungsänderung

1994 wurde ein neuer Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG eingefügt: »Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin«<sup>66</sup>. Im folgenden soll untersucht werden, welchen Inhalt diese Verfassungsänderung hat. Zunächst ist die Entstehung dieser Verfassungsänderung darzustellen (I.), so- dann soll Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG für sich genommen interpretiert werden (II.), um schließlich zu fragen, welche Rückwirkungen sich aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG für die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG ergeben (III.).

### I. Die Entstehung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG

Als sich 1989/1990 die Möglichkeit einer Vereinigung Deutschlands abzeichnete, stellte sich die Frage, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage das neue Gemeinwesen stehen sollte. Sollte sich das aus der ehemaligen DDR und der alten Bundesrepublik zusammengefügte Deutschland eine neue Verfassung geben oder sollte das neue Deutschland eine größere Bundesrepublik sein? Verfassungsrechtlich gewandt ging der Streit um die Form, in der die Vereinigung vollzogen werden sollte: als Beitritt über Art. 23 GG a.F. oder im Wege der Schaffung einer neuen Verfassung nach Art. 146 GG a.F.? Die Bürgerinnen und Bürger der ehemaligen DDR entschieden sich für den Beitritt. Das Grundgesetz galt damit auch in den neuen Bundesländern. Die Schaffung einer neuen Verfassung war dadurch zwar nicht zwingend ausgeschlossen, doch war die historische Situation, die eine Verfassunggebung verlangt und ermöglicht hätte, vorüber. Trotz vereinzelter Ansätze<sup>67</sup> fehlten Interesse, Kraft und Wille zur Ausarbeitung einer neuen Verfassung. Man beschränkte sich auf die Erörterung von Verfassungsänderungen. In diesem Sinne empfahl Art. 5 EV den gesetzgebenden Körperschaften des vereinten Deutschland, sich innerhalb von zwei Jahren mit den im Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung oder Ergänzung des Grundgesetzes zu befassen. Insbesondere sollten dabei Überlegungen zur Aufnahme von Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz angestellt werden. In diesem Rahmen spielte auch die Gleichberechtigung von Männern und Frauen eine Rolle, zumal Art. 31 Abs. 1 und 2 EV dem gesamtdeutschen Gesetzgeber die

66 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

67 Siehe etwa den Entwurf des Kuratoriums für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder.

Aufgabe stellte, die Gesetzgebung zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen weiterzuentwickeln und die Rechtslage unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu gestalten.

### 1. *Verfassungskommission des Bundesrates*

Zur Diskussion der Verfassungsreform richtete zunächst der Bundesrat eine Verfassungskommission ein<sup>68</sup>. Die Kommission bestand aus 32 Mitgliedern. Jedes der 16 Länder wurde durch den Ministerpräsidenten und ein von der Landesregierung benanntes anderes Regierungsmitglied repräsentiert und hatte in der Kommission eine Stimme. Für Beschlüsse, die Vorschläge an den Bundesrat richteten, war eine Zweidrittelmehrheit vorgeschrieben.

In der Kommission wurden unter dem Stichwort »Themen mit frauenspezifischer Relevanz« im wesentlichen zwei Problemkreise behandelt: die Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG und die Frage einer geschlechtergerechten Sprache<sup>69</sup> des Grundgesetzes.

Im Hinblick auf letztere schlug die Kommission Verfassungsreform vor, daß versucht werden solle, das Grundgesetz so umzuformulieren, »daß die Verwendung maskuliner Bezeichnungen auch für Frauen grundsätzlich vermieden wird, so weit wie möglich geschlechtsneutrale Personen- und Funktionsbezeichnungen verwendet und im übrigen feminine und maskuline Bezeichnungen in voll ausgeschriebener Form benutzt werden«. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß die hergebrachten Sprachgewohnheiten – wie die Benutzung des generischen Masculinum – von vielen Frauen nicht als sprachliche Notwendigkeit, sondern als Verschweigen und Ausgrenzung ihrer Existenz interpretiert würde. Eine Verfassung sei auch Ausdruck eines kulturellen Entwicklungszustandes. Da Frauen mindestens hälftigen Anteil an diesem kulturellen Entwicklungszustand hätten, solle versucht werden, das Grundgesetz so zu formulieren, daß dies nicht übersehen werden könne<sup>70</sup>.

Beim Thema der Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG standen sich dagegen zwei Positionen unversöhnlich gegenüber<sup>71</sup>. Die einen wollten auf das tatsächlich gegebene Gleichberechtigungsdefizit durch eine Verfassungsänderung reagieren. Im Laufe der Beratungen kristallisierte sich dabei folgende Formulierung heraus: »Der Staat hat die Bedingungen für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Gesellschaft zu schaffen. Zum Ausgleich beste-

68 Beschuß des Bundesrates vom 1. März 1991, BR-Drucks. 103/91.

69 Vgl. zu diesem Thema insbesondere Grabrucker, Muttersprache.

70 Bericht der Kommission Verfassungsreform des Bundesrates, BR-Drucks. 360/92, S. 18.

71 Zum Beratungsverlauf im einzelnen vgl. Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 249 ff.

hender Ungleichheiten sind Maßnahmen zur Förderung von Frauen zulässig.«

Zur Begründung wurde vom antragstellenden Land Schleswig-Holstein vorgetragen, daß die schon zur bisherigen Fassung des Art. 3 Abs. 2 GG vertretene Auffassung, wonach dem Staat die Aufgabe obliege, für die Gleichstellung der Frauen in allen gesellschaftlichen Bereichen zu sorgen, klarstellend kodifiziert werden solle. Benachteiligungen von Frauen seien über kompensatorische, also ggf. auch temporär bevorzugende Maßnahmen auszugleichen. Eine Klarstellung in der Verfassung helfe, Verfassungsstreitigkeiten zu verhindern. Sie lasse zudem eine wichtige Impulswirkung für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung erwarten. Außerdem gehe es darum, daß die Verfassung gegenüber Frauen eine stärkere Integrationswirkung entfalte, indem sie Frauen die Identifikation mit ihr erleichtere. Dagegen wurde eingewandt, daß die Verfassungsänderung nicht erforderlich sei. Ein Gleichstellungsauftrag sei zudem abzulehnen, weil es dem Staat nur um die Herstellung von Chancengleichheit, nicht aber um die Erzielung einer Ergebnisgleichheit gehen dürfe. Dies spreche auch gegen jede gruppenorientierte Bevorzugungsregel für Frauen, der zudem von Art. 79 Abs. 3 GG Bedenken begegnen könnten<sup>72</sup>.

Im Ergebnis fand der schleswig-holsteinische Antrag zwar die Mehrheit, nicht aber die erforderliche Zweidrittelmehrheit. Die unionsgeführten Länder Baden-Württemberg, Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen stimmten gegen die vorgeschlagene Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG.

Die erforderliche Mehrheit fand dagegen der Vorschlag, die Worte »Männer« und »Frauen« in Art. 3 Abs. 2 GG umzustellen. Begründet wurde dies wie folgt:

»Die Umkehrung der Reihenfolge der Worte »Männer« und »Frauen« im derzeitigen Artikel 3 Abs. 2 GG kann als Ausdruck der Erkenntnis geschehen, daß in den vergangenen 40 Jahren mehr staatliches Handeln mit dem Ziel, die Gleichstellung von Frauen zu fördern, vonnöten gewesen wäre. Die vorgeschlagene Reihenfolge kann überdies als wertneutrale, nämlich alphabetische Reihenfolge betrachtet werden.«<sup>73</sup>

Das Ergebnis der Verfassungskommission des Bundesrates ist zu Recht als »Treppenwitz der Rechtsgeschichte«<sup>74</sup> bezeichnet worden. Die Verfassungsreformdiskussion war damit freilich noch nicht beendet.

72 BR-Drucks. 360/92, S. 17 f.

73 BR-Drucks. 360/92, S. 17.

74 Min. Bull (Schleswig-Holstein), 4. Sitzung der Kommission Verfassungsreform des Bundesrates am 14.5.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 287, 291.

## 2. Gemeinsame Verfassungskommission

Durch übereinstimmende Beschlüsse setzten Bundestag und Bundesrat die Gemeinsame Verfassungskommission ein<sup>75</sup>. Sie wurde am 16. Januar 1992 konstituiert und beschloß ihre Arbeit mit einem Bericht, den sie am 5. November 1993 vorlegte<sup>76</sup>. Für Entscheidungen der Kommission war eine Zweidrittelmehrheit erforderlich. Die Gemeinsame Verfassungskommission bestand aus 64 Mitgliedern und 64 Stellvertretern, die je zur Hälfte vom Bundestag und Bundesrat entsandt wurden. Unter allen Personen, die ihr als ordentliche Mitglieder – jedenfalls zeitweise – angehörten, waren 14 Frauen und 65 Männer<sup>77</sup>. Der Frauenanteil lag also deutlich unter 20%.

Nur wenige Themen der Verfassungsreform beschäftigten die Öffentlichkeit. Die Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG gehörte dazu. Etwa 100.000 Eingaben an die Gemeinsame Verfassungskommission betrafen Art. 3 GG. In manchen Sitzungen umrahmten sie in Waschkörben die Vorsitzenden<sup>78</sup>. Zur öffentlichen Anhörung zu diesem Thema am 5. November 1992 waren über 600 Bürgerinnen und Bürger angereist. Die Parallele zur Schaffung des Grundgesetzes war deutlich<sup>79</sup>. Auch damals hatten sich die konservativen Parteien zunächst gewehrt, eine deutliche Garantie der Gleichberechtigung aufzunehmen. Erst nachdem die Öffentlichkeit empört auf die Ablehnung des Art. 3 Abs. 2 GG in der 1. Lesung des Hauptausschusses reagiert hatte, änderte sich die Haltung der CDU<sup>80</sup>. Ähnlich war die Lage auch jetzt. Das Ergebnis der Beratungen der Verfassungskommission des Bundesrates löste bei den Frauenverbänden Gelächter und Wut aus<sup>81</sup>. Die Mobilisierung der Frauen und Frauenverbände war die Folge.

In der Gemeinsamen Verfassungskommission stellte sich die Sachlage denn auch schon ganz anders dar als noch in der Verfassungskommission des Bundesrates. In der ersten Sitzung zu Art. 3 Abs. 2 GG herrschte – bis auf die beiden bayerischen Stellungnahmen<sup>82</sup> – weitgehend Konsens, daß Art. 3 Abs. 2

75 Abgedruckt in BT-Drucks. 12/6000, S. 119.

76 BT-Drucks. 12/6000.

77 Berechnet nach der Liste in BT-Drucks. 12/6000, S. 120 ff.

78 Vgl. Vorsitzender Scholz in der 10. Sitzung vom 24.9.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 25; Vorsitzender Voscherau in der öffentlichen Anhörung vom 5.11.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 82.

79 Limbach, Frauen in bester Verfassung, S. 11.

80 Siehe oben S. 327 ff.

81 Anschaulich geschildert von der Abg. Mascher (SPD) in der 10. Sitzung der GVK vom 24.9.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 28.

82 23. Sitzung vom 10.9.1992: Min. Berghofer-Weichner (Bay), S. 45 f.; StS Wilhelm (Bay), S. 77 ff; zweifelnd Abg. Otto (FDP), S. 35 f (jeweils zitiert nach Limbach/ Eckertz-Höfer, Frauenrechte).

GG ergänzt werden solle. Zwar unterschieden sich die Einschätzungen der Ausgangslage voneinander. Betonten die (männlichen) Vertreter der CDU und FDP eher, wie viel in den letzten 40 Jahren in Sachen Gleichberechtigung erreicht worden sei, legten die Abgeordneten der SPD, PDS und Bündnis 90/Grüne den Schwerpunkt stärker auf die heute noch gegebenen Benachteiligungen der Frau. Einhellig konstatierte man aber ein Gleichberechtigungsdefizit zu Lasten der Frau. Umstritten war damit lediglich, wie eine Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG aussehen sollte. Dazu hatten viele Gruppen und Gruppierungen Vorschläge gemacht: Neben den Partei-Gruppen in der Gemeinsamen Verfassungskommission brachten Landesregierungen Formulierungen ebenso in die Diskussion wie beispielsweise die CDU-Frauen-Union, die Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Frauen, der Deutsche Frauenrat, der Deutsche Juristinnenbund, das Frankfurter Frauenmanifest oder die Resolution von Frauenchiemsee<sup>83</sup>.

Die meisten Vorschläge bestanden aus zwei Teilen, einem Verfassungsauftrag und einer »Kompensationsklausel«. Der Verfassungsauftrag sollte den Staat verpflichten, der Gleichberechtigung in der Realität zum Durchbruch zu verhelfen, die Kompensationsklausel sollte die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen außer Streit stellen. Die Formulierungen im einzelnen waren sehr unterschiedlich.

Im Hinblick auf den Verfassungsauftrag schieden sich die Geister zunächst an der Begrifflichkeit: »Gleichstellung« oder »Gleichberechtigung«? »Gleichstellung« wurde insbesondere von der SPD vorgeschlagen<sup>84</sup>; dies entspricht auch den Formulierungen in den neueren Landesverfassungen<sup>85</sup>. Die Kritik am Begriff der Gleichstellung verband Frauen unterschiedlicher politischer Ausrichtung. Sie wandten ein, durch die Verwendung dieses Begriffs werde der Mann zum Maß aller Dinge gemacht. Frauen würden als defizitäre Wesen gesehen, die Hilfe bräuchten, um so wie Männer zu werden<sup>86</sup>. Daneben stand die Befürchtung, daß Gleichstellung Gleichheit der Ergebnisse impliziere; diese lasse sich aber mit einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht vereinbaren<sup>87</sup>. In diesem Sinne wollten die Anhängerinnen des Begriffes Gleichstellung sicherlich nicht verstanden werden. Gleichstellung kann auch im Sinne von

83 Einen Überblick über die verschiedenen Vorschläge geben Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 243 ff.

84 Formulierung der SPD-Gruppe in der GVK, Arbeitskreis sozialdemokratischer Frauen und Verfassungsreformkommission des Bundesrates (einfache Mehrheit).

85 Siehe etwa Berlin – Art. 6 II, Brandenburg – Art. 12 Abs. 3 Satz 2, Mecklenburg-Vorpommern – Art. 13, Sachsen – Art. 8, Sachsen-Anhalt – Art. 34, Schleswig-Holstein – Art. 6.

86 Siehe etwa Min. Berghofer-Weichner (Bay), S. 44, Min. Schoppe (Nds.), S. 51, Sachverständige Maihofer, Stellungnahme, S. 200 (Seiten beziehen sich auf Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte).

87 Abg. Otto (FDP), S. 35.

(tatsächlicher) Gleichberechtigung gemeint sein, wobei das Prozeßhafte, die Notwendigkeit aktiven Handelns stärker betont wird<sup>88</sup>.

Des weiteren unterschieden sich die Änderungsvorschläge darin, wie stark sie den Staat in die Pflicht nehmen wollten. So erklärte es – in der wohl schwähesten Formulierung – der Entwurf von Mecklenburg-Vorpommern zur »Aufgabe des Staates, die Bedingungen für die Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu schaffen«. Am anderen Ende des Spektrums fand sich die Formulierung von Bündnis 90/Die Grünen, die den Staat dazu verpflichten wollten, »die gleichberechtigte Teilhabe der Geschlechter in allen gesellschaftlichen Bereichen herzustellen und zu sichern«. Dazwischen stand der SPD-Vorschlag, der dem Staat die »Gewährleistung« abverlangte. Insoweit unterschieden sich die Vorschläge aber nur in Nuancen.

War man sich bei der Formulierung des Verfassungsauftrages von Anfang an schon relativ nah, so bestand um so heftigerer Streit um die »Kompensationsklausel«. Die Frauenverbände, CDU-Frauen-Union, SPD, Bündnis 90/Die Grünen, PDS/LL und die Bundesministerin für Frauen und Jugend hatten eine solche gefordert. Sie sollte in etwa lauten: »Zum Ausgleich bestehender Ungleichheiten sind Maßnahmen zur Förderung von Frauen zulässig«. Damit sollte der Streit über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen beendet werden. Die Frage, ob und welche Maßnahmen zur Förderung von Frauen eingesetzt werden, sollte im politischen Bereich und nicht länger von den Gerichten entschieden werden<sup>89</sup>. Doch zu einer solchen Klarstellung ließen sich CDU und FDP nicht bewegen. Dabei hat das »unausrottbare Gespenst der starren Quote«<sup>90</sup> eine wesentliche Rolle gespielt, auch wenn von allen Seiten beteuert wurde, daß man eine solche nicht wolle und die vorgeschlagene Kompensationsklausel sie nicht verfassungsrechtlich absichern würde<sup>91</sup>.

Erst in schwierigen Verhandlungen konnte man sich auf einen Kompromiß einigen. »Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin« wurde als Satz 2 dem Art. 3 Abs. 2 GG eingefügt.

Weitgehend einig war man sich über die Bedeutung des ersten Teils des Satzes; insoweit waren auch die Ausgangspositionen einander relativ nah gewesen. Nach dem Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission ist es Ziel

88 Vgl. Sen. Peschel-Gutzeit (Hamburg), 23. Sitzung am 27.5.1993, Sten. Bericht, S. 5; Abg. Vogel (SPD), aaO, S. 18; Abg. Niehuis (SPD), Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 59.

89 Vgl. Sacksofsky, Stellungnahme GVK, S. 98.

90 Limbach, Nachwort, S. 300.

91 Vogel, Verfassungsreform, S. 408; Benda, Stellungnahme GVK, S. 183; Sacksofsky, Stellungnahme GVK, S. 211 f.; Simon, Stellungnahme GVK, S. 233 f.

der Änderung, dem bereits im Grundgesetz bestehenden Gleichberechtigungssatz zur stärkeren Durchsetzung in der Lebenswirklichkeit zu verhelfen. Die positive Formulierung solle gegenüber anderen, schwächeren Formulierungen einen verbindlichen Auftrag deutlich machen und klarstellen, daß es darum gehe, eine faktische Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern zu erreichen. Dabei werde durch die Formulierung als Staatsziel deutlich, daß kein Individualanspruch auf ein bestimmtes staatliches Handeln eingeräumt werden solle<sup>92</sup>.

Uneinig war und blieb man sich aber über den Inhalt des zweiten Teils des Satzes. Dieser Dissens blieb auch nicht etwa verdeckt, sondern wird im Bericht der Verfassungskommission offen angesprochen. Die neue Verfassungsbestimmung solle auf allen staatlichen Ebenen eine sachgerechte Förderungspolitik zur Erreichung der tatsächlichen Gleichberechtigung bewirken. Die Beseitigung eines bestehenden Nachteils stelle selbst das Ziel des staatlichen Handelns dar. Eine vom Nachteil losgelöste Kompensation durch einen mit der konkreten Benachteiligung sachlich nicht verbundenen Vorteil solle hingegen nicht zulässig sein. Der Staat solle vielmehr auf die Beseitigung von Nachteilen hinwirken, also etwa berufliche Nachteile durch berufliche Vorteile ausgleichen<sup>93</sup>. Es bestehe Übereinstimmung darüber, daß diese Bestimmung eine Frauenförderung in Gestalt sog. starrer Quoten nicht gestatte. Im übrigen seien die Auffassungen auseinandergegangen. Während eine Seite der Überzeugung sei, daß das Grundgesetz nunmehr die Zulässigkeit bevorzgender Ungleichbehandlungen zur Förderung von Frauen klarstelle und insbesondere die Möglichkeit leistungsbezogener Bevorzugung sicherstelle, bestreite dies die andere Seite und hebe hervor, daß die vorgeschlagene Formulierung nur die Chancengleichheit – die Gleichheit der Ausgangschancen – einräume, aber keine Ergebnisgleichheit vorgebe.

Selten ist wohl der Charakter einer Verfassungsbestimmung als Formelkompromiß deutlicher geworden. Der Berichterstatter der CDU/CSU, der Abgeordnete Jahn, führte aus:

»Wie das alles später interpretiert wird, ist natürlich eine ganz andere Frage, aber führende Kommentatoren wollen ja auch noch Arbeit haben.«<sup>94</sup>

Dieser »anderen Frage« sind die nächsten Abschnitte gewidmet.

92 BT-Drucks. 12/6000, S. 50.

93 BT-Drucks. 12/6000, S. 50.

94 GVK – 23. Sitzung vom 27.5.1993, Sten. Bericht, S. 7.

## *II. Die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG*

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG besteht aus zwei Halbsätzen. Durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 GG ist der Staat zur Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung verpflichtet. Die Formulierung ist wenig glückt. Es drängt sich die Frage auf, was eine »nicht-tatsächliche« Durchsetzung sein sollte. Die Formulierung »Durchsetzung der tatsächlichen Gleichberechtigung« wurde abgelehnt, da dann naheläge, Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG auf die rein rechtlich-formale Gleichheit zu reduzieren<sup>95</sup>. Der Sinn der besonderen Betonung der »tatsächlichen Durchsetzung« liegt aber auf der Hand. In soweit ist Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG weder »dunkle Sentenz« noch »dilatorischer Formelkompromiß«<sup>96</sup>. Ziel der Vorschrift ist die Herstellung von Gleichberechtigung in der Realität. Verstärkt wird dies durch den zweiten Halbsatz von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Der Staat wird verpflichtet, auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Damit ist auf verfassungsrechtlicher Ebene anerkannt, daß derzeit Nachteile für Frauen bestehen, die es zu beseitigen gilt. Dabei handelt es sich um Nachteile in der sozialen Wirklichkeit, ohne daß diese Nachteile unmittelbar oder allein auf rechtliche Normen zurückzuführen sein müßten. Die Schaffung formaler Gleichheit reicht damit nicht aus, um dem Auftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zu genügen. Auf die Position, Gleichberechtigung sei dann erreicht, wenn alle Rechtsnormen ohne Rücksicht auf das Merkmal Geschlecht gefaßt sind, kann man sich verfassungsrechtlich nicht länger zurückziehen.

1. Was aber ist das Ziel, auf das der Staat hier verpflichtet wird? Was bedeutet Gleichberechtigung in der Realität? Häufig wird dies in der Gegenüberstellung von Ergebnisgleichheit und Chancengleichheit diskutiert<sup>97</sup>. Dabei wird unter Ergebnisgleichheit verstanden, daß die Geschlechter in allen Bereichen gleichermaßen, d.h. zu 50 %, vertreten sind. Chancengleichheit sei demgegenüber ergebnisoffen; sie verlange lediglich, daß Personen beider Geschlechter die gleichen Ausgangsbedingungen haben. Darüber, ob sich im Ergebnis aus der Wahrnehmung der Chancengleichheit eine Gesellschaft entwickelt, in der die Geschlechter an allen gesellschaftlichen Bereichen zur Hälfte partizipieren, oder eine Gesellschaft, in der Unterschiede zwischen den Lebensformen bestehen, die die Geschlechter überwiegend wählen, sage die Forderung nach Chancengleichheit nichts aus.

95 BT-Drucks. 12/6000, S. 50.

96 Isensee, Mit blauem Auge, S. 2585.

97 Siehe z.B. Hofmann, Gleichberechtigung, S. 261.

Der Streit um Chancen- oder Ergebnisgleichheit ist ein Scheingefecht. Ergebnisgleichheit in dem oben beschriebenen starren Sinne wird auch von den kämpferischsten Feministinnen nicht gefordert<sup>98</sup>. Zudem ist offensichtlich, daß der freiheitliche Staat nicht zur Herstellung eines so fixierten Ergebnisses in der Ausgestaltung der Gesellschaft verpflichtet werden kann, ohne zur Diktatur zu werden. Ergebnisgleichheit kann in der Verfassung daher nicht gemeint sein. Mit der Entscheidung zugunsten eines Verständnisses der Gleichberechtigung als Chancengleichheit sind die eigentlichen Probleme aber nicht gelöst.

Der Begriff der Chancengleichheit ist kann nach der Verfassungsänderung nicht auf die rein rechtliche Ebene beschränkt werden. Denn damit würde allein formale Gleichberechtigung erreicht, die gerade nicht Inhalt des neuen Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 GG verlangt eine umfassende Berücksichtigung tatsächlicher Gegebenheiten. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht. Zur Erklärung der Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen wird häufig angeführt, daß Frauen diese Positionen nicht wollten. Sie seien nicht bereit, die damit verbundene höhere Arbeitsbelastung in Kauf zu nehmen, sondern wollten (oder müßten) mehr Zeit mit ihren Kindern verbringen. Unterstellt diese Argumentation trafe zu und andere Formen von Benachteiligung gäbe es nicht, ist damit noch nicht geklärt, daß Frauen und Männer gleiche Chancen im Wettbewerb um Führungspositionen hätten. Zu fragen ist, ob die höhere Arbeitsbelastung mit der begehrten Position wirklich notwendig verbunden ist oder ob diese Stelle nicht auch in Teilzeit von zwei Personen wahrgenommen werden könnte<sup>99</sup>. Zudem sind viele Mütter in ihrer Arbeitszeitgestaltung wenig flexibel, weil die Kinderbetreuung mangels staatlichen Handelns nicht gesichert ist. Solange diese Nachteile für Frauen nicht behoben sind, kann auch nicht von Chancengleichheit gesprochen werden. Die (für Frauen negativen) Folgen der Fortwirkung der traditionellen Arbeitsteilung zu beseitigen, ist Anliegen der neuen Verfassungsbestimmung. Gleichberechtigung läßt sich in der Wirklichkeit nur durchsetzen, wenn alle Faktoren, die zur Schlechterstellung von Frauen beitragen, angegangen werden. Um an das Beispiel in Präsident Johnson's Rede<sup>100</sup> anzuknüpfen: Reale

98 Im Gegenteil besteht gerade in der feministischen Diskussion eine große Auseinandersetzung über die Bedeutung der Differenz zwischen den Geschlechtern bzw. die Kategorie Geschlecht, siehe z.B. die Beiträge in Gerhard u.a. (Hrsg.), Differenz; Benhabib u.a., Differenz; Maihofer, Geschlecht; Irigaray, Geschlecht; Irigaray, Differenz; Butler, Bodies; Butler, Gender; Gerhard, Angleichung; Böttger, Recht; vgl. zum Umgang des Rechts mit Differenz auch: Minow, Difference.

99 In einigen Gleichberechtigungsgesetzen wird die Möglichkeit der Teilzeitbeschäftigung auch für Stellen von Beschäftigten mit Leitungsaufgaben ausdrücklich erwähnt, siehe z.B. § 10 Abs. 1 Satz 1 FFG des Bundes; § 13 Abs. 1 Satz 3 Hessisches Gleichberechtigungsgesetz; § 15 Abs. 2 Satz 2 Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz.

100 Siehe oben S. 233 f.

Chancengleichheit besteht nicht nur darin, daß Läuferinnen und Läufer in einem Wettkampf eine gleich lange Strecke zurücklegen müssen. Sicher gestellt werden muß auch, daß nicht Männer auf einer Sprintstrecke laufen, während Frauen sich im Hürdenlauf bewähren müssen, bei dem viele zudem ein Baby auf dem Arm tragen.

Eine solche umfassende Sicht der Chancengleichheit führt dazu, daß sich Chancen- und Ergebnisgleichheit im Ergebnis weniger stark unterscheiden, als in der Diskussion vielfach behauptet wird. Zwar ist die exakt gleiche Anzahl von Männern und Frauen nicht ein an sich anzustrebendes Ziel (das wäre Ergebnisgleichheit), doch ist die Verteilung von gesellschaftlichen Gütern zwischen den Geschlechtern dadurch nicht irrelevant. Eine von der Geschlechterparität abweichenden Geschlechterrepräsentanz hat Indizwirkung. Sind bei begehrten Positionen Männer deutlich überdurchschnittlich vertreten, spricht das dafür, daß Nachteile für Frauen bestehen. Solange die Gesellschaft noch patriarchalisch geprägt ist, besteht bei einer Unterrepräsentanz von Frauen in begehrten Positionen eine Vermutung für das Vorliegen einer strukturellen Benachteiligung. Diese könnte zwar auch in einzelnen Bereichen widerlegt werden. Der Hinweis darauf, daß Frauen anders seien und die begehrten Güter nicht wollten, reicht jedoch verfassungsrechtlich nicht mehr aus, um die Indizwirkung bei unterschiedlicher Geschlechterrepräsentanz auszuschließen. Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 GG gilt es, die Nachteile zu beseitigen. Dies kann in manchen Bereichen schwierig sein, da eine Vielzahl von Faktoren zusammenwirken. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verlangt aber, daß Anstrengungen unternommen werden, um die Nachteile zu erkennen und zu beheben.

2. Durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG wird der Staat verpflichtet, zu »fördern« und »hinzuwirken«. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG enthält damit einen Verfassungsauftrag. Der Staat, insbesondere der Gesetzgeber, ist zu aktivem Handeln verpflichtet. Untätigkeit genügt nicht.

Diese Pflicht besteht allerdings allein auf objektiv-rechtlicher Grundlage. Ein korrespondierendes subjektives Recht der Einzelnen gibt es nicht<sup>101</sup>. Zu diesem Ergebnis führen alle Interpretationsmethoden. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG unterscheidet sich deutlich sowohl von dem anderer Grundrechte als auch von den Formulierungen in den anderen Absätzen und Abs. 2 Satz 1 des Art. 3 GG. Weder wird in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ein Grundrechtsträger oder eine Grundrechtsträgerin benannt, noch wird die Unverletzlichkeit

101 Daraüber besteht derzeit – soweit ersichtlich – Konsens: Vogel, Verfassungsreform, S. 412; König, Grundgesetzänderung, S. 840; Merten, Staatsziele, S. 370; Sannwald, Reform, S. 3314.

einer individuellen Sphäre garantiert. Lediglich die Notwendigkeit und Zielrichtung staatlichen Handelns wird normiert. Eindeutig ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte, daß ein subjektives Recht nicht gewollt war<sup>102</sup>. Unter systematischem Blickwinkel ist zwar zu konstatieren, daß der Verfassungsauftrag im Grundrechtsteil des Grundgesetzes angesiedelt ist. Doch ist dies nicht allein ausschlaggebend. Art. 6 Abs. 5 GG zeigt, daß Verfassungsaufträge dem Grundrechtsteil nicht notwendigerweise fremd sind. Hinzu kommt, daß der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht einen neuen Grundrechtsbereich betrifft, sondern die bereits durch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG subjektiv-rechtlich garantierte Gleichberechtigung von Frauen und Männern ergänzt. Zweck des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist damit allein, die Gleichberechtigungsgarantie zu verstärken. Hierfür ist die subjektive Einklagbarkeit nicht erforderlich. Die generellen Bedenken gegen ein subjektives Recht auf Erfüllung eines Verfassungsauftrages tragen auch hier. Zur Erfüllung eines so umfassenden Verfassungsauftrages kommen nicht nur vielfältige Wege in Betracht, sondern es geht auch um die Verteilung von Ressourcen. Der Verfassungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung kann nicht absoluten Vorrang gegenüber allen anderen Zielen des Gemeinwohls beanspruchen. Es ist Aufgabe der Politik, hier abzuwegen und zu gestalten. Die Verfassung kann nur einen weit gefaßten Rahmen vorgeben. Ein subjektives Recht ließe damit weitgehend leer. Zudem birgt ein subjektives Recht die Gefahr, daß aufgrund der Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde das Bundesverfassungsgericht dem eigentlich dazu berufenen Gesetzgeber zu weitgehende Vorgaben macht. Zwar kann auch die Verletzung eines objektiv-rechtlich bestehenden Verfassungsauftrags vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden. Doch ist die Antragsbefugnis beim Verfahren der abstrakten Normenkontrolle stark eingeschränkt<sup>103</sup>, und die konkrete Normenkontrolle setzt voraus, daß ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält<sup>104</sup>.

3. Der Verfassungsauftrag bezieht sich auf den gesamten staatlichen und alle gesellschaftlichen Bereiche<sup>105</sup>. Zwar kann auch im staatlichen Bereich noch viel zur Durchsetzung der Gleichberechtigung getan werden, doch der Schwerpunkt der Nachteile von Frauen liegt in gesellschaftlichen Bereichen, im Familien-, Arbeits- und Berufsleben. Das Verhältnis zwischen Männern und Frauen wird herkömmlicher- und typischerweise dem privaten Bereich

102 BT-Drucks. 12/6000, S. 50.

103 Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 BVerfGG.

104 Art. 100 Abs. 1 GG.

105 So auch Vogel, Verfassungsreform, S. 413; ablehnend Hofmann, Gleichberechtigung, S. 261.

zugeordnet. Darin liegt ein Teil des Problems des patriarchalischen Systems. Indem der private Raum als staatsfreie und damit rechtsfreie Sphäre postuliert wird, kann derjenige, der mächtiger ist, seine Macht ungehindert ausüben. Frauen wird der Schutz des Rechts in der Sphäre, in der sie sich traditionell aufzuhalten, versagt<sup>106</sup>. Zudem waren diese gesellschaftlichen Bereiche auch bisher keineswegs »staatsfrei«. Seit langem normiert das staatliche Recht die Vorbedingungen, unter denen sich das Leben im privaten Bereich entfalten kann<sup>107</sup>. Schon bei der Schaffung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG ging man daher selbstverständlich davon aus, daß dieser auch und gerade Auswirkungen im Verhältnis zwischen den Einzelnen haben sollte<sup>108</sup>. Dies gilt auch für den neu geschaffenen Verfassungsauftrag.

### III. *Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG nach der Verfassungsänderung*

Die Einfügung einer neuen Vorschrift in eine Verfassung kann dazu führen, daß sich der Inhalt der bisherigen, mit der neuen in engem systematischem Zusammenhang stehenden Normen ändert. Im vorliegenden Fall ist dies allerdings nicht der Fall. Die Verfassungsänderung gibt keinen Anlaß, das in dieser Arbeit entwickelte Verständnis des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG als Dominierungsverbot zu modifizieren. Es wird im Gegenteil bestärkt.

Wie schon 1949 wurde die Aufnahme der neuen Verfassungsvorschrift zur Gleichberechtigung in erster Linie von Frauen und Frauenverbänden erkämpft und durchgesetzt. Die Zweckrichtung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist eindeutig. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist nicht symmetrisch in dem Sinne, daß er Frauen in gleicher Weise wie Männern nützen soll, sondern verbessert werden soll die Lage der Frau. Außerdem stellt Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG klar, daß der sozialen Wirklichkeit erhebliche Bedeutung bei der Analyse der Gleichberechtigung zukommt. Die tatsächlichen Nachteile sollen beseitigt, die Gleichberechtigung in der Realität durchgesetzt werden. Systematische Gründen legen es nahe, die im gleichen Absatz angesiedelte Vorschrift des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG in diesem Kontext zu interpretieren<sup>109</sup>. Der h.M., die Art. 3 Abs. 2

106 Taub/Schneider, Perspectives, S. 117 ff.; Olsen, Geschlecht, S. 312; zum menschenrechtlichen Diskurs: Charlesworth/Chinkin/Wright, Feminist Approaches, insb. S. 625 ff.

107 Dies übersieht Hofmann, Gleichberechtigung, S. 261 f.

108 Der Parlamentarische Rat sah von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG das gesamte bürgerliche, insbesondere das Familienrecht, ebenso erfaßt wie das Wirtschaftsleben (etwa die Frage der Lohngleichheit), siehe oben S. 323 ff.; vgl. zur Frage der Drittirkung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG: Suelmann, Horizontalwirkung.

109 Entgegen der Auffassung von Starck, Anmerkung, S. 198, Fn. 9, ist auch Art. 117 Abs. 1 GG kein Argument, um aus der historischen Auslegung zu schließen, daß sich Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG allein auf die formale Gleichheit beziehe. Daß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG auch den

Satz 1 GG als Differenzierungsverbot deutet, gelingt dies nicht. Um die neue Problemkonstellation dogmatisch zu verarbeiten, bleibt ihr nur der Rekurs auf Ausnahmen oder Durchbrechungen. Grundlage ihres Verständnisses bleibt Symmetrie und die Beschränkung auf die (formale) Rechtsgleichheit<sup>110</sup>. Statt dessen sprechen – nach der Verfassungsänderung um so mehr – Gründe für einen Paradigmenwechsel<sup>111</sup>. Das Dominierungsverbot basiert auf einer solchen grundlegenden Veränderung der Sichtweise. Seine Grundlage ist die Zielrichtung zugunsten der benachteiligten Gruppe und die Beachtung der tatsächlichen Macht- und Lebensverhältnisse<sup>112</sup>. Das Dominierungsverbot, nicht das Differenzierungsverbot, stellt die passende subjektiv-rechtliche Seite des objektiv-rechtlichen Verfassungsauftrages dar<sup>113</sup>.

Zudem erweist sich in allen anderen Interpretationen der Gleichberechtigungsvorschriften jeweils (mindestens) eine der drei Vorschriften als überflüssig. Die (früher) herrschende Meinung kann zwar Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG einen eigenen Gehalt zuweisen, dafür aber erscheinen ihr Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 GG als inhaltsgleich; diese Auffassung wurde bereits oben zurückgewiesen<sup>114</sup>. Für die neueren Ansätze hingegen, die in Art. 3 Abs. 2

Inhalt hat, Frauen benachteiligendes, an das Merkmal Geschlecht anknüpfendes Recht zu beseitigen, ist unbestritten. Damals wurde die Beseitigung solcher Rechtsvorschriften als vordringlich zur Herstellung der Gleichberechtigung angesehen. Daraus folgt aber nicht, daß dies der einzige Inhalt von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG sei. Auch Fuchsloch (mittelbare Geschlechterdiskriminierung, S. 150 f.) lehnt unter Berufung auf Art. 117 Abs. 1 GG ein Verständnis als Dominierungsverbot ab. Art. 117 Abs. 1 GG setze voraus, daß auch nach dem Geschlecht differenzierende Regelungen Art. 3 Abs. 2 GG unterfielen. Dieser Einwand übersieht, daß das Dominierungsverbot Differenzierungen zu Lasten von Frauen durchaus miterfaßt (siehe oben S. 373).

110 Fuchsloch (mittelbare Geschlechterdiskriminierung, insbesondere S. 133 ff.) will das individualrechtliche Diskriminierungsverbot, welches sie in Art. 3 Abs. 3 GG verortet, auf das Verbot mittelbarer Diskriminierung erweitern (in diese Richtung auch Wisskirchen, mittelbare Diskriminierung, S. 67 f.). Damit verliert das Diskriminierungsverbot aber seinen Kern. Es geht dann gerade nicht mehr um das Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht, sondern auch um das Verbot von Maßnahmen, die die Geschlechter in der Realität unterschiedlich betreffen. Dies kann m.E. aber nur aus der Gruppenperspektive erklärt werden. Eine besondere Schutzwirkung für Frauen nimmt Fuchsloch (aaO, S. 146 f.) denn auch an, will sie aber lediglich auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigen. Zur Begründung dafür rekurriert sie auf den Zweck des Diskriminierungsverbots, der darin liegen soll, »die Schlechterstellung der Angehörigen einer bestimmten Gruppe zu untersagen« (aaO, S. 144). Mir scheint es überzeugender, diese Einsicht schon bei der Bestimmung des Schutzbereiches statt erst auf der Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen (oben S. 312 f.). Im Ergebnis werden sich die unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen wohl kaum auswirken.

111 Um einen Wechsel der Sichtweise geht es auch bei der Diskussion um feministische Rechtswissenschaft, vgl. dazu Baer, Objektiv, m.w.Nachw. Für den Bereich der sexuellen Belästigung zeigt Baer, Würde, auf, daß diese gleichheitsrechtlich statt würdebezogen verstanden werden muß; zu einer am Gleichheitssatz orientierten Analyse der Pornographie vgl. MacKinnon, Only Words.

112 Vgl. MacKinnon, Gleichheit.

113 Siehe zur Gegenüberstellung von Differenzierungs- und Dominierungsverbot oben S. 310 ff.

114 S. 339 ff.

Satz 1 GG bereits einen Verfassungsauftrag verankert sahen, erweist sich Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG als überflüssig. Eine solche Interpretation entspricht freilich einer Auffassung, die bereits in der Diskussion um die Verfassungsänderung vertreten wurde. Von einigen wurde betont, daß der Verfassungsänderung allein klarstellende Funktion zukomme<sup>115</sup>. Ähnlich hat sich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner bisher einzigen nach der Verfassungsänderung ergangenen Entscheidung geäußert<sup>116</sup>. Da nach dieser Auffassung außerdem der abwehrrechtliche Gehalt von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG im Hinblick auf das Merkmal Geschlecht übereinstimmen, kommt streng genommen überhaupt nur Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG Bedeutung zu. Dieses Ergebnis ist unter systematischem Blickwinkel äußerst unbefriedigend. Dagegen führt ein Verständnis des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG als Dominierungsverbot zu einer systematisch überzeugenden Auslegung aller drei Vorschriften, die sich mit dem Verhältnis von Männern und Frauen befassen. Das Dominierungsverbot (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG) und das Differenzierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) als Abwehrrechte und der Verfassungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) ergänzen sich gegenseitig.

#### D. Konsequenzen für Quotenregelungen

Seit fast einem Jahrzehnt hält der Streit um die rechtliche Zulässigkeit von Quotenregelungen unvermindert an<sup>117</sup>. In Deutschland werden auf Grund staatlicher Regelung<sup>118</sup> vor allem zwei Typen von Quotenregelungen<sup>119</sup> einge-

115 Min. Alm-Merk (Nds.), 10. Sitzung GVK vom 24.9.1992, Limbach/Eckertz-Höfer, Frauenrechte, S. 23 f.; Abg. Rahardt-Vahldieck (CDU/CSU), aaO, S. 33; BT-Drucks. 12/6000, S. 50.

116 BVerfGE 92, 91, 109.

117 Siehe aus der neueren Literatur beispielsweise: Battis/Schulte-Trux/Weber, Frauenquoten; Becker, Frauenquoten; Bumke, Art. 3 GG; Breuer, Antidiskriminierungsgesetzgebung; Colneric, Quotenregelungen; Degen, Frauenförderung; Düwell, Frauenförderung; Ebsen, Quotierung; Ebsen, HdBVerfR, Rdn. 45; Fisahn, Quotenregelungen; Francke/Sokol/Gurlit, Frauenquoten; Fuchsloch, Erforderliche Beseitigung; Fuchsloch/Weber, Geschlechterquoten; Herrmann, Quotenregelung; Hochreuter, Berufung von Frauen; Hofmann, Bevorzung; Huba/Schlobareck, Berufung von Frauen; Huster, Frauenförderung; Kaufmann, Gleichberechtigung; Köbl, Gleichheit; König, Grundgesetzmänderung, S. 841 ff.; Kokott, Gleichstellung, S. 1051 f.; Kruse, Frauenquoten; Ladeur, Gleichberechtigung; Majer, Qualifikation; Pfarr, Frauenquote; Raasch, Frauenquoten; Sachs, Quotenregelung; Schlachter, Berufliche Gleichberechtigung; Schlachter, Gleichberechtigung, S. 56 ff.; Schneider, Gleichstellung; Sudhof, Gesellschaft; vgl. aus eher philosophischer Sicht die Beiträge in Rössler, Quotierung; Gräfrath, Frauenquote; Heimbach-Steins, Gerechtigkeit; Rosenfeld, affirmative action.

118 Hinzu kommen Quotenregelungen in Parteien, vgl. hierzu aus der neueren Literatur insbesondere Deller, Parteien.

119 Seit neuestem wird in einigen Ländern auch versucht, die Vergabe öffentlicher Aufträge an Frauenförderpläne zu knüpfen, vgl. § 13 LGG Berlin, § 14 LGG BB.

setzt, für die sich die Begriffe »Entscheidungs-« und »Ergebnisquote« eingebürgert haben. Vielfach wird die Entscheidungsquote auch als »leistungsbezogene Quote« bezeichnet. Sie wurde als erste in ein Frauenfördergesetz aufgenommen<sup>120</sup> und überwiegt auch heute noch in den meisten Gleichstellungsgesetzen<sup>121</sup>. Eine solche Vorschrift lautet beispielsweise: »Soweit im Zuständigkeitsbereich der Ernennungsbehörde in der angestrebten Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, sind Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt einzustellen, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen«<sup>122</sup>. Große Erfolge wurden mit diesem Typ der Quote bisher nicht erzielt. Das Hessische Gleichberechtigungsgesetz setzt daher auf den anderen Weg, die Ergebnisquote<sup>123</sup>. §§ 4, 5 HGIG verpflichten die Dienststellen zur Aufstellung von Frauenförderplänen. Diese müssen verbindliche Zielvorgaben bezogen auf den Anteil der Frauen bei Einstellungen und Beförderungen in Bereichen enthalten, in denen Frauen unterrepräsentiert sind. Grundsätzlich sind in jedem Frauenförderplan mehr als die Hälfte der zu besetzenden Personalstellen zur Besetzung durch Frauen vorzusehen, außer es wird glaubhaft dargelegt, daß nicht genügend Frauen mit der notwendigen Qualifikation zu gewinnen sind. Werden die Zielvorgaben nicht eingehalten, bedarf bis zu ihrer Erfüllung jede weitere Einstellung oder Beförderung eines Mannes der Zustimmung einer übergeordneten Behörde (§ 10 Abs. 4 HGIG). Ein subjektiver Anspruch der Bewerberinnen auf Einstellung ist dagegen nicht vorgesehen. Die Ergebnisquote beabsichtigt, die Personalentscheider dazu zu motivieren, aktiv nach guten Frauen zu suchen, um die von ihnen selbst im Frauenförderplan gesteckten Ziele zu erreichen<sup>124</sup>. Ob diese Hoffnung trägt, ist noch nicht abzusehen. Der Ansatz ist zu neu, als daß sich über seine Wirksamkeit jetzt schon urteilen ließe.

Zum fehlenden Erfolg der leistungsbezogenen Quote hat sicherlich auch beigetragen, daß viele Verwaltungsgerichte sie für rechtswidrig erachteten<sup>125</sup>. Im

120 Art. 1 Nr. 1 Frauenfördergesetz NRW.

121 Siehe z.B. § 8 Abs. 1 LGG Berlin, § 4 LGG Bremen, § 6 GStG Hamburg, § 5 NGG (Niedersachsen), § 7 LGG Rheinland-Pfalz, § 4 GStG Schleswig-Holstein; vgl. auch § 4 Abs. 2 FFG Sachsen-Anhalt.

122 § 8 Abs. 4 Satz 2 Landesbeamten gesetz NRW.

123 Ähnlich §§ 5, 6 LGG Brandenburg, zum hessischen Gesetz: Schiek, Gleichberechtigungsgesetz.

124 So die (damalige) hessische Frauenministerin im Spiegel-Gespräch, Der Spiegel 39/1992, S. 112, 114.

125 OVG Berlin, DÖV 1992, 672; OVG Lüneburg, DÖV 1995, 962; OVG Münster, NVwZ 1991, 501; DVBl. 1992, 1372; DÖD 1993, 89; VG Gelsenkirchen vom 28.3.1989 – 1 L 363/89; VG Hannover, Nds. Rpfl. 1995, 3; VG Schleswig, NVwZ 1995, 724; a.A.: VG Bremen, NJW 1988, 3224; VG Oldenburg, Nds. Rpfl. 1995, 29 sowie die überwiegende arbeitsgerichtliche Rechtsprechung: BAG, PersR 1994, 89; LAG Bremen, Streit 1993, 116; LAG Hamm, PersR 1994, 142; ArbG Dortmund, PersR 1993, 282; ArbG Berlin vom 10.1.1996, Rs. 19 Ca 22.236/95.

folgenden soll daher die rechtliche Zulässigkeit von Quoten überprüft werden. Hierbei sind zunächst die europarechtlichen Vorgaben zu klären (I.). Auf verfassungsrechtlicher Ebene<sup>126</sup> ist die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 GG zu untersuchen (II.).

## I. Europarechtliche Vorgaben

Bis vor kurzem war von vielen auf den positiven Einfluß des Europarechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, insbesondere im Arbeitsrecht, hingewiesen worden<sup>127</sup>. So war vor einigen Jahren noch erörtert worden, ob deutsche Gerichte für den Fall, daß sie Quotenregelungen für verfassungswidrig erachteten, zur Vorlage an den EuGH verpflichtet seien. Dahinter stand die Vorstellung, daß die Möglichkeit von Frauenfördermaßnahmen europarechtlich gefordert sein könnte<sup>128</sup>. Mit dem Urteil des EuGH vom 17.10.1995<sup>129</sup> (Kalanke-Urteil) hat sich diese positive Einschätzung verändert. Das Urteil wurde von Frauenpolitikerinnen als »frauenpolitischer Zynismus«, als »Rückschritt in die fünfziger Jahre« oder als »Urteil nach Macho-Art« angegriffen<sup>130</sup>. Da der EuGH bei der Urteilsfällung mit elf Männern besetzt war, wurde er selbst als »Musterbeispiel für die Notwendigkeit der Frauenquote« bezeichnet<sup>131</sup>. Auch die Europäische Kommission übte Kritik<sup>132</sup>.

Der EuGH hatte über zwei Vorlagefragen des Bundesarbeitsgerichts zu entscheiden. Diese betrafen die Regelung einer leistungsbezogenen Quote in § 4 Landesgleichstellungsgesetz Bremen. Die bremische Regelung sah im Gesetz ausdrücklich keine Härteklausel – anders als etwa die nordrhein-westfälische Regelung – vor. Das Bundesarbeitsgericht hatte die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung grundsätzlich bejaht, hatte aber im Wege der verfassungs-

126 Die Vereinbarkeit landesrechtlicher Regelungen mit (einfachem) Bundesrecht bleibt hier ausgeklammert. Angemerkt sei nur, daß viel dafür spricht, die beamtenrechtlichen Regelungen gleichlaufend mit den verfassungsrechtlichen Garantien auszulegen, vgl. dazu Battis/Schulte-Trux/Weber, Frauenquoten, S. 1165 f.; Fuchsloch, Erforderliche Beseitigung, S. 445; a.A. Kruse, Frauenquoten, S. 1004 ff.

127 Siehe beispielsweise Colneric, Verbot der Frauendiskriminierung; Fuchsloch, mittelbare Geschlechterdiskriminierung, S. 27 ff.; Langenfeld, Gleichbehandlung; Schlachter, Gleichberechtigung, S. 98 ff.; vgl. auch Ebsen, Koordinierung.

128 Vgl. Colneric, Vorlagepflicht; Koenigs, Vorlagepflicht; Colneric, Replik; Ende, Vorlagepflicht; Sudhof, Gesellschaft, S. 755 f.

129 Rs. C-450/93; vgl. dazu Colneric, Frauenquoten; Schiek, Kalanke; Scholz, Anmerkung; Starck, Anmerkung; Loritz, Anmerkung.

130 Süddeutsche Zeitung vom 18.10.1995, S. 1.

131 Wieczorek-Zeul, in: Handelsblatt vom 20./21.10.1995, S. 4.

132 Süddeutsche Zeitung vom 18.10.1995, S. 1; die Kommission hatte die angegriffene Regelung in ihrem Schriftsatz an den Gerichtshof vom 23.3.1994 in der Rechtssache C-450/93 für zulässig erachtet.

konformen Auslegung angenommen, daß Ausnahmen in Härtefällen gemacht werden müßten. Die europarechtliche Zulässigkeit hing von der Auslegung der Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen ab. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie sieht vor, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen darf. Nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie steht die Richtlinie nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen beeinträchtigen, entgegen.

Der EuGH entschied, daß Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert seien, den weiblichen Bewerben automatisch der Vorrang eingeräumt werde. Zur Begründung führt der Gerichtshof aus, daß ein automatischer Vorrang der Frauen eine Diskriminierung der Männer im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie bewirke<sup>133</sup>. Eine solche nationale Regelung sei auch nicht nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie zulässig. Diese Vorschrift sei als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen<sup>134</sup>. Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräume, gehe über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreite damit die Grenzen der in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme<sup>135</sup>.

Die Entscheidung des EuGH begrenzt den Spielraum der Mitgliedstaaten für Frauenfördermaßnahmen über das europarechtlich zulässige Maß hinaus. Der EuGH hat eine Diskriminierung der Männer durch die bremische Regelung ohne nähere Prüfung behauptet und dabei unberücksichtigt gelassen, daß die bremische Regelung nicht das Ziel verfolgt, Gleichheit einzuschränken, sondern diese erst her- und sicherzustellen<sup>136</sup>. Die Maßnahme erfüllt damit schon tatbestandlich nicht den Begriff der Diskriminierung. Eindeutig ergibt sich dies aus Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie. Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie stellt klar, daß Fördermaßnahmen zur Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 2 Abs. 1 der Richt-

133 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 15, 16.

134 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 21.

135 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 22.

136 Näher zu diesem Argument unten II.

linie widersprechen. Zweck der Regelung ist es, den Mitgliedstaaten den Freiraum für die Erprobung verschiedener Modelle der Frauenförderung zu geben. Der EuGH verengt die Reichweite dieser klarstellenden Vorschrift über Gebühr und nimmt ihr damit ihren Sinn. Seine Interpretation läuft zudem dem Grundgedanken des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3 Abs. 2 EGV zuwider. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Frage positiver Maßnahmen zur Herstellung der Gleichberechtigung auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können sollte.

Doch selbst unter Beachtung der Kalanke-Entscheidung des EuGH ist der Raum für Quotenregelungen weiter, als vielfach angenommen wird<sup>137</sup>. Die Analyse der Reichweite der Kalanke-Entscheidung stößt freilich auf eine Schwierigkeit. Im Tatbestand nimmt der EuGH zur Kenntnis, daß das BAG die bremische Vorschrift verfassungskonform so auslegt, daß sie eine Härteklausel enthält. Im Tenor stellt der EuGH aber fest, daß eine nationale Regelung, die Frauen *automatisch*<sup>138</sup> den Vorrang einräume, europarechtswidrig sei. Auch in den Gründen spricht der EuGH immer nur davon, daß es nicht angehe, Frauen »automatisch«<sup>139</sup> oder »absolut und unbedingt«<sup>140</sup> den Frauen Vorrang einzuräumen. Damit kann aber nur eine Vorschrift gemeint sein, die – wie der Wortlaut des bremischen Gesetzes – keine Härteklausel enthält. Die Einbeziehung einer Härteklausel in die Entscheidungsfindung der Behörde verhindert eine automatische, absolute und unbedingte Bevorzugung. Denn die Härteklausel verlangt – auch wenn sie als Ausnahmeverordnung restriktiv auszulegen sein mag – eine Abwägung im Einzelfall.

Über die Europarechtsmäßigkeit leistungsbezogener Quoten mit Härteklausel hat der EuGH – bisher – entgegen der Auffassung des OVG Nordrhein-Westfalen<sup>141</sup> – nicht entschieden<sup>142</sup>. Die Mitteilung im Tatbestand, nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts enthalte das Gesetz eine Härteklausel, war für die Entscheidung des EuGH offenbar nicht von Bedeutung. Denn die – im Wege der Auslegung seitens des BAG gewonnene Härteklausel – fand keinen Eingang in die dem EuGH gestellten Fragen; die Vorlagefragen waren anhand des Gesetzeswortlauts formuliert worden<sup>143</sup>. Die Härteklausel wurde weder

137 Irreführend sind insoweit etwa viele Schlagzeilen in der Presseberichterstattung über die Kalanke-Entscheidung, die den Eindruck erwecken, der EuGH habe alle Formen von Quotenregelungen für europarechtswidrig erklärt, so etwa: Die Welt vom 18.10.1995, S. 1: »Frauenquoten verstoßen gegen EU-Recht«; ähnlich auch Handelsblatt vom 18.10.1995, S. 1; Tagesspiegel vom 18.10.1995, S. 1; Focus 43/1995, S. 20.

138 Hervorhebung durch die Verf.

139 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 16, 24.

140 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 22.

141 Beschuß vom 19.12.1995 – 6 B 2688/95.

142 So auch Colneric, Frauenquoten, S. 268; Schiek, Kalanke, S. 513 f.; BAG vom 5.3.1996 – I AZR 590/92 (A), S. 20 ff.

143 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 11.

im Tenor noch in den Entscheidungsgründen erwähnt oder gar erörtert. Ausschlaggebend für die Bindungswirkung einer Entscheidung ist aber der Tenor (ergänzt durch tragende Gründe)<sup>144</sup>. In diesem Sinne interpretiert auch der deutsche Richter am EuGH Dr. Hirsch die EuGH-Entscheidung. In einem Interview äußerte er Skepsis gegenüber der Auslegungsmöglichkeit des bremischen Gesetzes und führte aus, daß der EuGH nicht das Bremer Gesetz auszulegen, sondern entsprechend der Formulierung des Vorlagebeschlusses zu entscheiden gehabt hätte, ob eine Regelung ohne formulierte Ausnahmemöglichkeit mit dem Europarecht vereinbar sei<sup>145</sup>.

Gegen ein solches Verständnis der Entscheidung spricht auch nicht die als zusätzliches Argument angeführte Passage zu Ergebnis- und Chancengleichheit. Der Gerichtshof führt aus, daß die Regelung insofern, als sie darauf abziele, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviele Frauen wie Männer vertreten seien, an die Stelle der in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis setze, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte<sup>146</sup>. Isoliert betrachtet, wäre es denkbar, diesen Absatz – etwa in Anknüpfung an die Ausführungen des Generalanwalts Tesauro<sup>147</sup> – dahin zu verstehen, daß alle Formen von Quotenregelungen als nicht der Förderung der Chancengleichheit dienend, sondern ergebnisorientiert erschienen und europarechtlich unzulässig wären. Im Kontext der Entscheidung kommt diesem Absatz eine solche Bedeutung nicht zu. Sonst müßte man dem EuGH unterstellen, daß er ausdrücklich zwar nur automatische Quotenregelungen für europarechtswidrig erklärt, implizit damit aber alle Formen von Quotenregelungen meint. Mit diesem – nicht leicht verständlichen – Absatz spricht sich der EuGH vielmehr nur gegen Regelungen aus, die statt Förderung der Chancengleichheit Ergebnisse herstellen sollen. Damit ist weiter zu prüfen, ob die Bremer Regelung als Förderung der Chancengleichheit anzusehen ist. Zu dieser Frage äußert sich der EuGH nicht; er kann es auch nicht, denn für die Auslegung nationalen Rechts ist er nicht zuständig. Man kann der EuGH-Entscheidung daher allenfalls entnehmen, daß die Bremer Regelung nur solange angewendet werden darf, als sie noch als Förderung von Chancengleichheit zu interpretieren ist. Dies ist solange der Fall, wie Frauen benachteiligt werden<sup>148</sup>. Mehr als eine zeitliche Begrenzung der An-

144 EuGHE 1978, 855, 859 (Bosch II).

145 Zeitung des Deutschen Juristinnenbundes Nr. 4, Dez. 1995, S. 1, 2.

146 EuGH vom 17.10.1995, C-450/93 (Kalanke), Rdn. 23.

147 Schlußanäge des Generalanwalts Tesauro vom 6.4.1995, Rs. C-450/93, Rdn. 9 ff.

148 Vgl. dazu unten II.

wendbarkeit der Maßnahmen und eine Beschränkung ihres Ausmaßes kann damit nicht gemeint sein.

Wegen der ungeklärten Frage der europarechtlichen Zulässigkeit von leistungsbezogenen Quoten mit Härteklausel hat das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen beschlossen, diese Frage mit Bezug auf § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 des Beamten gesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen dem EuGH vorzulegen<sup>149</sup>. Entgegen der Auffassung des VG Gelsenkirchen müßte der EuGH die Europarechtmäßigkeit der leistungsbezogenen Quote mit Härteklausel aber jedenfalls bejahen. Unbestreitbar sollen nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie Frauenfördermaßnahmen zulässig sein. Wenn darunter nicht einmal so moderate Quotenregelungen wie die nordrhein-westfälische fallen sollten, liefe diese Ausnahme leer. Europarechtlich ist daher – selbst unter Beachtung der EuGH-Entscheidung – für alle Quotenregelungen Raum, die Frauen nicht automatisch den Vorrang einräumen. Darunter fallen leistungsbezogene Quoten mit Härteklausel ebenso wie Zielvorgaben.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Entscheidung des EuGH nicht auf Grund von Primärrecht erging. Den Organen der Union steht es daher frei, die Richtlinie 76//207/EWG zu ändern<sup>150</sup>.

## II. *Quotenregelungen und Art. 3 GG*

Nach dem oben entwickelten Verständnis ist Art. 3 Abs. 2 GG gegenüber Art. 3 Abs. 3 GG im Hinblick auf Frauenfördermaßnahmen spezieller<sup>151</sup>. Durch die Einfügung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG wird diese Auffassung bestätigt und bestärkt. Denn der (objektive) Schutzzweck<sup>152</sup> des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG, der zur Begründung der Spezialität herangezogen wurde, ist nun ausdrücklich und eindeutig als Verfassungsauftrag im Grundgesetz normiert. Damit wird um so deutlicher, daß der Sachbereich des Geschlechterverhältnisses in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG abschließend in der Weise geregelt ist, daß der in Art. 3 Abs. 2 GG normierten tatsächlichen (materialen) Gleichberechtigung in gewissem Umfang Vorrang gegenüber der merkmalsbezogenen (formalen) Gleichheit des Art. 3 Abs. 3 GG zukommt.

149 Beschuß vom 21.12.1995 – I K 6303/94.

150 Dem Deutschen Bundestag liegt insoweit schon ein Antrag der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vor: BT-Drucks. 13/3250.

151 Siehe oben S. 372 ff; für Spezialität auch Raasch, Frauenquoten, S. 242 ff.

152 Darauf, daß insoweit eine objektiv-rechtliche Interpretation der Norm erforderlich war, hat Bumke, Art. 3 GG, S. 132, Fn. 53, zu Recht hingewiesen.

Die Auffassung, Art. 3 Abs. 2 GG komme gegenüber Art. 3 Abs. 3 GG Spezialität zu, ist heftigen Angriffen ausgesetzt. So wird ihr vorgeworfen, sie definiere »reale Interessengegensätze und konkurrierende Rechtspositionen begriffsstrategisch weg«<sup>153</sup>. Dieser Einwand geht fehl. Spezialität bedeutet keineswegs, daß alle Maßnahmen, die unter dem Stichwort Frauenförderung erdacht werden könnten, verfassungsrechtlich zulässig sind. Im Gegenteil wurde bereits oben ausgeführt<sup>154</sup>, daß Art. 3 Abs. 2 GG Spezialität nur soweit beanspruchen kann, wie sein Schutzzweck reicht. So wurden Grenzen für zulässige Frauenfördermaßnahmen in dreifacher Hinsicht aufgezeigt: Frauenfördermaßnahmen müssen sich am Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG ausrichten und ausweisen, sie sind nur zeitlich begrenzt zulässig und in ihrem Ausmaß beschränkt<sup>155</sup>. Dieser letzte Aspekt soll im folgenden weiter verdeutlicht werden.

1. Als besonderer Gleichheitssatz kann Art. 3 Abs. 2 GG Regelungen, die Männer und Frauen unterschiedlich behandeln, nur dann und nur insoweit verlangen, als Ungleichheiten in der tatsächlichen Ausgangslage zwischen beiden Gruppen bestehen<sup>156</sup>. Quotenregelungen für Frauen sind daher nur dann zulässig, wenn sie im Hinblick auf Nachteile, die gegenüber Frauen bestehen, zu rechtfertigen sind.

Eine solche Verknüpfung muß aktuell bestehen. Die Bezugnahme auf die Vergangenheit genügt nicht. Verfolgten also Quotenregelungen den Zweck, die Enkelinnen der Opfer gegenüber den Enkeln der Täter zu bevorzugen, wären sie eindeutig verfassungswidrig. In dieser Weise werden Quotenregelungen aber auch nur von Quotengegnern »legitimiert«, um ihnen damit in Wahrheit jegliche Legitimation abzusprechen<sup>157</sup>.

Viele Quotengegner stellen sich indes überhaupt nicht die Frage, ob Quotenregelungen als Nachteilsausgleich – für aktuelle Nachteile – gerechtfertigt werden können; sie tun die Existenz von Benachteiligung mit leichter Hand im wesentlichen damit ab, daß sie darauf verweisen, es sei doch alles schon deutlich besser als früher<sup>158</sup>. Damit ist zwar belegt, daß sich die Lage der Frauen verbessert hat, nicht aber ist damit widerlegt, daß sie nicht immer noch

153 Fisahn, Quotenregelungen, S. 355; ähnlich heftig auch Huster, Besprechung, S. 115.

154 S. 378.

155 Oben S. 378 f.

156 Huster, Besprechung, S. 115, übersieht, daß ein Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz daher auch keine zusätzlichen Gesichtspunkte brächte. Zudem ist ein solcher Rückgriff ausgeschlossen, weil der Sachbereich des Verhältnisses zwischen den Geschlechtern in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG abschließend geregelt ist.

157 Siehe etwa OVG Münster, NVwZ 1991, S. 501, 502.

158 Huster, Frauenförderung, S. 114 ff.

wesentlich durch Benachteiligung geprägt wird<sup>159</sup>. Frauen wachsen in einer patriarchalisch geprägten Gesellschaft auf<sup>160</sup>, sie werden weiterhin strukturell benachteiligt<sup>161</sup>. Ihre Benachteiligung beruht auf dem Zusammenwirken ganz unterschiedlicher Faktoren, die sich als einzelne kaum isolieren lassen. Es ist daher häufig ausgeschlossen, konkrete Benachteiligungen kausal auf bestimmte, genau identifizierbare Diskriminierungen zurückzuführen<sup>162</sup>. Dabei bezieht sich das keineswegs nur auf allgemeine gesellschaftliche Zustände, sondern wirkt sich häufig auch auf konkrete Auswahlentscheidungen aus. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen.

Ganz überwiegend werden auch heute noch Personalentscheidungen – zumal wenn es um höhere Positionen geht – von Männern getroffen. Es käme einem Wunder gleich, wenn all diejenigen, die bis vor kurzem noch gelernt hatten, daß eigentliche Aufgabe der Frau die Mutterschaft sei und daß Frauen ungeeignet seien, um verantwortungsvolle Positionen wahrzunehmen, diese Auffassung innerhalb kürzester Zeit abgelegt hätten. Dagegen spricht jegliches psychologisches Wissen. Zudem wird die Auffassung, Mütter sollten sich – jedenfalls für einen langen Zeitraum – primär oder gar ausschließlich der Erziehung ihrer Kinder widmen, heute noch von einem beachtlichen Teil der Bevölkerung vertreten<sup>163</sup>. Auch ist es gesellschaftlich weiterhin üblich und (in bestimmten Kreisen) anerkannt, die altbekannten Vorurteile über die Unterschiede zwischen den Geschlechtern kundzutun<sup>164</sup>. Daß es also – und in nicht geringem Umfang – auch heute noch Männer gibt, die Frauen Führungsqualitäten absprechen, läßt sich wohl kaum bestreiten. Freilich haben diese Männer

159 Geradezu abenteuerlich mutet die Behauptung von Generalanwalt Tesauro an: »Der Umstand, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts die gleiche Qualifikation haben, bringt nämlich definitionsgemäß mit sich, daß die Bewerber die gleichen Chancen hatten und haben« (Schlußanträge in der Rechtssache C-450/93 – Kalanke, Rdn. 13). Nach dieser Logik kann es Diskriminierung nicht geben oder gegeben haben.

160 Daß diesem Umfeld nicht zu entrinnen ist, zeigt etwa der unterhaltsame Bericht von Grabrucker, Typisch Mädchen.

161 Benda, Notwendigkeit, S. 7.

162 Zurückzuweisen ist daher die Auffassung von Scholz, Frauenförderung nur dann zuzulassen, wenn individuelle Benachteiligungen im Lebenslauf der geförderten Frauen tatsächlich festzustellen sind, Anmerkung, S. 953.

163 30% der West- und 34% der Ostdeutschen sind der Ansicht, daß für die Betreuung der kleinen Kinder in erster Linie die Mutter zuständig sein sollte (IPOS-Studie, S. 39). Zudem meinen 63% der Westdeutschen, daß es der Entwicklung eines Kindes schadet, wenn es vor dem Kindergartenalter außerhalb der Familie betreut wird; in Ostdeutschland sind dies nur 39% (IPOS-Studie, S. 44).

164 Um nur auf drei neuere Veröffentlichungen in juristischen Fachzeitschriften (NJW, ZRP und DöD) hinzuweisen: Kallmeyer, Alleinverdiener-Hausfrauen-Ehe, S. 2330; Quambusch, Benachteiligung (der Aufsatz von Quambusch forderte aber auch einige Widersprüche heraus: von Hasseln, Mann-O-Mann; Müller-Piepenkötter u.a., Durchsetzung; Krohn/Lukat, Mythos; Wedekind, Noch einmal); Deter, Frauenrechte, S. 26, hält die Forderung, für eine wirkliche Wahlfreiheit zwischen Erwerbstätigkeit und Familientätigkeit Sorge zu tragen, für eine »Apotheose des Emanzipationsgedankens«.

inzwischen gelernt. Sie äußern solche Aussagen in Runden, in denen sie Gleichgesinnte wähnen, allgemein oder unter vier Augen. Es wäre pure Dummheit, wenn Männer eine konkrete Absage gegenüber einer Bewerberin in dieser Weise – und zudem beweisbar – begründeten. § 611 a BGB zeitigt insoweit Wirkung. Aber allein der Umstand, daß Diskriminierung nicht mehr auf den üblichen Wegen beweisbar ist, bedeutet nicht, daß sie deswegen nicht mehr existierte.

Frauen werden aber selbst in Fällen, in denen jede Diskriminierungsabsicht fehlt, häufig benachteiligt. So wird etwa die Qualifikation von Frauen oft schlechter beurteilt als die von Männern. Auch dies ist leicht erklärlich. Jeder legt bei der Beurteilung von Fähigkeiten Maßstäbe an, die sich am eigenen Erfahrungshorizont ausrichten. Die Beurteilung eines Personenkreises, dessen Sozialisation von der typisch männlichen Biographie abweicht, bietet daher viele Fehlerquellen. Zudem werden häufig Kriterien verwendet, die für die konkrete Stelle zwar nicht erforderlich, aber bisher üblich sind und von Frauen weniger gut erfüllt werden können. So wird weiterhin davon ausgegangen, daß der »normale Arbeitnehmer« von Aufgaben in der Reproduktionssphäre völlig entlastet sein muß. Er muß – jedenfalls in Führungspositionen – unbegrenzt belastbar und rund um die Uhr verfügbar sein. Frauen sind dies typischerweise nicht. Bei Müttern ist dies offensichtlich, aber auch viele kinderlose Frauen sind durch familiäre Aufgaben, wie etwa die Pflege alter Eltern, stärker gebunden. Die »fehlende Belastbarkeit« der Frauen wird im Hinblick auf ihre Eignung – gerade bei Führungspositionen – negativ bewertet, bei jungen Frauen wird sie häufig, auch wenn sie (noch) nicht besteht, an- tizipiert.

Frauen erleiden auch heute noch erhebliche Nachteile in ihrem beruflichen Werdegang. Unter gleichheitsrechtlichem Blickwinkel wäre es selbstverständlich am besten, wenn die Fälle, in denen Frauen bei der Auswahlentscheidung diskriminiert werden, als Einzelfälle sanktioniert werden könnten. Doch ist dies nicht möglich. Bewußte Diskriminierung wird allenfalls in Ausnahmefällen der abgelehnten Bewerberin in beweisbarer Form zur Kenntnis gebracht, und unbewußte Diskriminierung zeichnet sich gerade dadurch aus, daß sie häufig nicht einmal dem Handelnden, geschweige denn Dritten bewußt ist. Eine Sanktionierung im Einzelfall scheidet daher aus. Es gibt daher nur zwei Möglichkeiten, mit dieser Situation umzugehen. Man kann entweder die Frauen weiter benachteiligt sein lassen, oder man kann – wie etwa durch Quotenregelungen – gegensteuern. Überspitzt formuliert lautete die Rechtfer- tigung für leistungsbezogene Quoten folgendermaßen: Frauen, denen gleiche Qualifikation wie einem Mann attestiert wird, sind in Wahrheit häufig besser qualifiziert. Und Zielvorgaben gehen individuell und konkret auf den jeweili-

gen Bereich bezogen davon aus, daß – wenn es diskriminierungsfrei zugeinge – bei der Besetzung einer Anzahl von Stellen ein bestimmter Prozentsatz auf Frauen entfallen müßte. Werden weniger Frauen als im Frauenförderplan vorgesehen eingestellt oder befördert, gilt dies als Indikator für Diskriminierung und rechtfertigt Sanktionen.

Beide Handlungsalternativen haben ihre Nachteile. Im ersten Fall, in dem man nichts zur Beseitigung der Benachteiligung unternimmt, läßt man die Opfer schutzlos, im zweiten Fall werden durch Quotenregelungen einige Frauen »unverdient«, da nicht diskriminiert, bevorzugt. Welches Modell man wählt, ist eine politische Entscheidung und hängt entscheidend davon ab, ob man Diskriminierung als Ausnahmeerscheinung oder als häufiges Phänomen ansieht. Verfassungsrechtlich ist gegen eine Einschätzung des Gesetzgebers dahingehend, daß Diskriminierung verbreitet und umfassend ist, nichts zu erinnern. Im Gegenteil spricht der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG dafür, daß Diskriminierungssopfer jedenfalls nicht praktisch schutzlos gestellt werden dürfen. Quoten bezwecken keine Privilegierung von Frauen, sondern stellen einen Versuch dar sicherzustellen, daß nicht (länger) schlechtere Männer besseren Frauen vorgezogen werden<sup>165</sup>.

Die Rechtfertigung von Quotenregelungen als Nachteilsausgleich führt zu Beschränkungen ihrer Zulässigkeit. Es sind nicht beliebige Maßnahmen zur Frauenförderung zulässig. Eine Maßnahme etwa, die – selbst für eine begrenzte Zeit – *alle* Positionen Frauen vorbehält, wäre verfassungswidrig. Denn Quotenregelungen dürfen nur so ausgestaltet werden, daß sie sich noch als Nachteilsausgleich, d.h. als Maßnahme zur Förderung tatsächlicher Chancengleichheit, verstehen lassen.

2. Auf ein weiteres Argument in der Quotendiskussion sei kurz eingegangen. Denen, die Quotenregelungen für zulässig halten, wird häufig vorgeworfen, sie opfern das Individuum der Gruppe. Dies sei nicht zulässig, da die Grundrechte Individualrechte seien<sup>166</sup>. Dieses Argument trägt nicht. Daß Grundrechte Individualrechte sind, bedeutet allgemein gesprochen nur, daß sie dem Einzelnen zustehen; welchen Inhalt sie haben, ist damit nicht ausgesagt. Aber auch enger bezogen auf Gleichheitsrechte führt dieser Einwand in die Irre. Er übersieht, daß gleichheitsrechtliche Ansprüche gegenüber dem Gesetzgeber immer gruppenbezogenes Denken beinhalten. Wie könnte es auch anders sein? Es ist ausgeschlossen, daß eine Rechtsnorm nur Individuen

165 Sacksofsky, Stellungnahme GVK, S. 98.

166 Vgl. etwa: Sachs, HStR, § 126, Rdn. 124; Brohm, Soziale Grundrechte, S. 220; Huster, Frauenförderung, S. 126 f.; Hofmann, Gleichberechtigung, S. 263.

betrifft; sie behandelt Einzelne immer in ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe. Gerade dies kommt auch im Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Gleichheitssatz zum Ausdruck, das dabei selbstverständlich von der Ungleichbehandlung von Personengruppen spricht<sup>167</sup>. Die Behauptung des »Vorrangs des Individualrechts vor dem Gruppenrecht« ist also keineswegs allgemeiner Natur, sondern bezieht sich allein auf das Geschlechterverhältnis<sup>168</sup>. Dann aber ist er kein Argument mehr, sondern selbst nur These. Weshalb diese These nicht zutrifft, sei hier nur noch einmal kurz zusammengefaßt<sup>169</sup>.

Der Begriff des Individualrechts wie er in der Quotendiskussion verwendet wird, bedeutet nichts anderes als das Differenzierungsverbot, mithin also formale Gleichheit. Das Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht führt unter heutigen Bedingungen – nach Abschaffung der Frauen benachteiligenden Differenzierungen und bei ungleicher Ausgangslage der Geschlechter – allein zu positiven Schutzwirkungen für Männer. Damit werden die tatsächlichen Vorteile der Männer zementiert. Das Bestehen auf formaler Gleichheit verhindert die Schaffung tatsächlicher Gleichheit. Dennoch wäre das Insistieren auf formaler Gleichheit dann gerechtfertigt, wenn sich zeigen ließe, daß formale Gleichheit zum unabdingbaren Kern der Menschenrechte gehört. Doch dies ist nicht der Fall. Auch heute noch wird das Merkmal Geschlecht in manchem Zusammenhang völlig unangefochten verwendet, wie etwa bei der Differenzierung der Toiletten oder der Bekleidungsvorschriften<sup>170</sup> nach dem Geschlecht. Zum unabdingbaren Menschenwürdekern gehört nur, daß eine Differenzierung nach dem Geschlecht dann verboten ist, wenn sie Menschen abwertet, sie ausgrenzt oder stigmatisiert, wenn ihnen damit der Respekt und die Anerkennung versagt werden soll<sup>171</sup>. Bei Frauenfördermaßnahmen, die die Herstellung gleicher Ausgangsbedingungen anstreben, ist dies gegenüber Männern offensichtlich nicht der Fall. Diskriminierung hat etwas mit Macht zu tun<sup>172</sup>. Gleichheitsrechtlichen Schutzes bedürfen daher die Personen, bei denen eine solche Gefahr der Abwertung besteht. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, daß diese Gefahr nicht auf individuellen Merkmalen, sondern auf ihrer Zugehörigkeit zu der benachteiligten Gruppe

167 Vgl. BVerfGE 55, 72, 88; 88, 87, 96; 91, 389, 401; st. Rspr.

168 Er kann sich freilich auch auf ethnische Minderheiten beziehen. Doch stellen sich dabei strukturell die gleichen Fragen, vgl. dazu Sacksofsky, Schwarze und Frauen, S. 218 ff. In Deutschland ist diese Argumentation derzeit allein im Hinblick auf Frauen relevant.

169 Vgl. oben S. 274 ff., 310 ff., S. 333 ff.; vgl. auch Sacksofsky, Schwarze und Frauen, S. 231 ff.

170 »Oben ohne« ist in der Öffentlichkeit nur Männern gestattet.

171 Vgl. Dworkin, Principle, S. 300 ff.; Rights, S. 225 ff.

172 Darauf weist McKinnon zu Recht immer wieder hin.

basiert<sup>173</sup>. Wer dies leugnet, übersieht die grundlegende Funktionsweise von Diskriminierung<sup>174</sup>.

Hinzu kommt ein grundrechtstheoretisches Argument. Grundrechte dienen dem Schutz von Minderheiten. Sie sollen bestimmte unveräußerliche Grundpositionen der Einzelnen Mehrheitsentscheidungen gegenüber absichern. Eines solchen Schutzes bedarf aber nur eine Gruppe, der die Macht fehlt, ihre Interessen durchzusetzen. Sie ist Minderheit in diesem Sinne. Die Angehörigen der Mehrheit sind durch ihre Repräsentation im Parlament hinreichend gesichert<sup>175</sup>. Der absolute Vorrang des sogenannten Individualrechts vor dem sogenannten Gruppenrecht ist weder inhaltlich zu rechtfertigen noch grundrechtstheoretisch geboten.

3. Eine weitere Bestätigung findet die Auffassung, daß Art. 3 Abs. 2 GG im oben beschriebenen Sinne im Hinblick auf Frauenfördermaßnahmen spezieller ist, im Vergleich mit anderen Lösungsvorschlägen.

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verlangt positive Maßnahmen zugunsten der Durchsetzung der Gleichberechtigung. Zwar schreibt diese Vorschrift nicht im einzelnen vor, welche Maßnahmen der Staat zu ergreifen hat. Es wäre aber abwegig anzunehmen, daß zu dem Bündel an verfassungsgeforderten oder jedenfalls verfassungsrechtlich zulässigen Maßnahmen nicht auch Frauenfördermaßnahmen gehören sollten, also solche Maßnahmen, die an das Merkmal Geschlecht anknüpfen. Damit ist offensichtlich, daß jedenfalls in gewissem Umfang das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG auf Grund des Verfassungsauftrags aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eingeschränkt werden kann. Die herkömmliche Auffassung, die jegliche Form von Frauenfördermaßnahmen ablehnt, ist überholt<sup>176</sup>.

Heute wird zur Lösung des Konflikts zwischen Diskriminierungsverbot und Verwirklichung des Verfassungsauftrages überwiegend auf Abwägung, die Herstellung praktischer Konkordanz, verwiesen<sup>177</sup>. Dieser Weg entspricht der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>178</sup>. Es fehlt aber zu-

173 Siehe oben S. 335.

174 Beispielsweise haben junge (zumal verheiratete) Frauen schlechtere Chancen bei vielen Bewerbungen unabhängig davon, ob sie persönlich in ihrem Lebensplan Kinder vorgesehen haben oder nicht. In die Beurteilung ihrer »Rentabilität« fließen die typischen Erwartungen mit ein.

175 Die derzeit in Kraft befindlichen Gleichstellungsgesetze sind von Gesetzgebern beschlossen worden, die zumeist zu über drei Vierteln aus Männern bestehen.

176 So auch König, Grundgesetzmänderung, S. 844.

177 Siehe etwa: Bumke, Art. 3 GG, S. 132; Fisahn, Quotenregelungen, S. 356; Vogel, Verfassungsreform, S. 415 f.; Schneider, Gleichstellung, S. 32 ff.; Schlachter, Gleichberechtigung, S. 63 ff.; Schiek, Nacharbeitsverbot, S. 161.

178 BVerfGE 92, 91, 109 (»im Wege der Abwägung«); siehe oben S. 388 f.

meist an einer dogmatischen Strukturierung dieser Abwägung. Die verfassungsrechtliche (und -gerichtliche) Überprüfung von Frauenfördermaßnahmen läuft damit Gefahr, allein von den persönlichen Einschätzungen und politischen Prioritäten der Beteiligten abhängig zu sein. Versucht man die »Abwägung« methodisch zu disziplinieren, muß am Anfang die Einsicht stehen, daß es sich im vorliegenden Fall um eine besondere Konstellation handelt. Es sind nicht – wie üblicherweise – vollkommen verschiedene Grundrechtspositionen, wie etwa der Schutz der persönlichen Ehre und die Meinungsfreiheit, gegeneinander abzuwägen. Im vorliegenden Fall ist allein ein Sachbereich, nämlich die Gleichheit von Männern und Frauen, betroffen. Eine Abwägung kann daher nur überzeugen, wenn sie eine genaue Analyse des Sachbereichs vornimmt. Geschieht dies, müßte man sich dieselben Fragen nach dem Verhältnis von formaler und tatsächlicher Gleichheit zwischen den Geschlechtern stellen, die nach der hier vertretenen Auffassung zum Ergebnis der Spezialität geführt haben. So könnte man auch im Wege der Abwägung zu den hier vorgestellten Ergebnissen kommen<sup>179</sup>. Dann würde es sich lediglich um eine unterschiedliche dogmatische Konstruktion ohne Auswirkungen auf das Ergebnis handeln. Da dabei das Verhältnis zweier denselben Lebensbereich betreffenden Normen zueinander generell bestimmt wird, ist es m.E. klarer, diese Fragen innerhalb der dogmatischen Kategorie der Spezialität als dem Aufangbegriff der Abwägung zu stellen.

Daß Quotenregelungen in bestimmtem Ausmaß verfassungsrechtlich zulässig sind, beantwortet freilich nicht die Frage, ob sie auch sinnvoll sind. Hier ist nach den Erfahrungen der letzten Jahre durchaus Skepsis angezeigt. Der ungeheure Aufwand vieler engagierter Frauen und einiger Männer hat (bisher) nur wenig tatsächliche Erfolge erzielt. Angelika Wetterer hat dies für die Situation der Wissenschaftlerinnen in Zeiten der Frauenförderung mit »rhetorische Präsenz – faktische Marginalität« treffend umschrieben<sup>180</sup>. Aufgabe der Frauenpolitik in den nächsten Jahren wird es daher sein darüber nachzudenken, ob die Wirksamkeit der bisherigen Instrumente der Frauenförderung verbessert werden kann, oder ob grundsätzlich neue Instrumente entwickelt werden müssen.

179 In diese Richtung wohl König, Grundgesetzänderung, S. 844.

180 S. der Titel ihres Aufsatzes.

# Literaturverzeichnis für die ersten vier Kapitel

- Abendroth, Wolfgang: Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Alfred Herrmann (Hrsg.), *Aus Geschichte und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag von Ludwig Bergstraesser*, Düsseldorf 1954, S. 279-300.
- Abram, Morris B.: Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers, in: *99 Harvard L. Rev.* (1986), S. 1312-1326.
- Ackerman, Bruce A.: Beyond Carolene Products, in: *98 Harvard L. Rev.* (1985), S. 713-746.
- Adelman, Ronald W.: Voluntary Affirmative Action Plans by Public Employers: the Disparity in Standards between Title VII and the Equal Protection Clause, in: *56 Fordham L. Rev.* (1987), S. 403-430.
- Aldag, Heinrich: Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung. Eine öffentlichrechtliche Abhandlung auf rechtsvergleichender Grundlage, Berlin 1925.
- Alessandra, Anita M.: When Doctrines Collide: Disparate Treatment, Disparate Impact, and *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, in: *137 U. Pennsylvania L. Rev.* (1989), S. 1755-1790.
- Alexy, Robert: Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: *Der Staat* 1990, S. 49-68.
- zit.: Grundrechte.
- ders.: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985.
- zit. Theorie.
- Alstyne, William van: Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution, in: *46 U. Chicago L. Rev.* (1979), S. 775-810.
- Andritzky, Frank W./Andritzky, Joseph G.: Affirmative Action: The Original Meaning, in: *17 Lincoln L. Rev.* (1987), S. 247-273.
- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl., Berlin 1933.
- Apelt, Willibalt: Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes, in: *JZ* 1951, S. 353-359.
- Arndt, Adolf: Gedanken zum Gleichheitssatz, in: *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Zweiter Band*, Tübingen 1966, S. 179-185.
- zit.: Gleichheitssatz.
- ders.: Das nicht erfüllte Grundgesetz. Ein Vortrag, Tübingen 1960.
- zit.: Grundgesetz.
- Arnold, Egon: Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht. Ein Kommentar zu der Rechts situation seit dem 1. April 1953, Berlin - Frankfurt 1954.
- Bachof, Otto: Anmerkung zum Beschlüsse des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 22. April 1953 - 3 U 51/53 -, in: *DVBl.* 1953, S. 601-603.
- zit.: Anmerkung.
- ders.: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: *VVDStRL* 12 (1954), S. 37-79.
- zit.: Sozialer Rechtsstaat.
- Badura, Peter: Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: *Der Staat* 1975, S. 17-48.
- zit.: Soziale Grundrechte.
- ders.: Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, München 1986.
- zit.: Staatsrecht.
- Bäumer, Gertrud: *Die Frau im Deutschen Staat*, Berlin 1932.