

### III. Materiales Diskriminierungsverständnis

In der Verfassungspraxis wird die Ungleichheitsachse Geschlecht inzwischen über ein materiales Diskriminierungsverständnis adressiert. Vom Bundesverfassungsgericht wurde ein solches Diskriminierungsverständnis in den Entscheidungen zum Rentenalter und zum Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen Ende der 1980er/Anfang der 1990er Jahre herausgearbeitet und im Anschluss weiter konkretisiert.<sup>75</sup>

Das Grundgesetz liefert für die Gleichheit der Geschlechter gleich zwei Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Während in Absatz 3 Satz 1 die Bevorzugung oder Benachteiligung aufgrund des Geschlechts untersagt wird, konstatiert Absatz 2 positiv die Gleichberechtigung der Geschlechter.<sup>76</sup> Die umkämpfte Entstehungsgeschichte dieser zwei Absätze zeigt, wie schwierig es vor dem Hintergrund patriarchal geprägter Verhältnisse war, geschlechtliche Ungleichheit im Verfassungstext zum Thema zu machen. Die Formulierung in Absatz 2 sah im ursprünglichen Textentwurf der Herren-Chiemsee-Kommission eine Einschränkung für das Zivilrecht zugunsten des patriarchalen Familien- und Erbrechts vor.<sup>77</sup> Elisabeth Selbert konnte jedoch, unterstützt von der Frauenbewegung, im Parlamentarischen Rat durchsetzen, dass die Gleichheit der Geschlechter auch für das Zivilrecht gilt.<sup>78</sup> Die Existenz zweier Geschlechtergleichheitssätze wird daher auf den Umstand

75 BVerfGE 74, 163 (179 f.), *Rentenalter* (1987); 85, 191, *Nachtarbeitsverbot* (1992).

76 Das Verhältnis dieser zwei Gleichheitssätze wird in der Literatur viel diskutiert. Sacksofsky interpretiert Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Dominierungsverbot und Art. 3 Abs. 3 GG als individualbezogenes Differenzierungsverbot. Als Dominierungsverbot verbiete es nicht die Anknüpfung an Kategorien, sondern solle die dominierte Gruppe vor Benachteiligung schützen, *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 318; *Sacksofsky*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 332 ff; zustimmend mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte und Systematik *Heun*, Art. 3 GG, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, Rn. 103; *Baerl/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 357, 361 (7. Aufl. i.E.); ablehnend *Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 17 f.; *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, § 182 Besondere Gleichheitsgarantien, Rn. 83 ff.

77 *Häberle*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, S. 66 ff.; *Meyer*, in: Kritische Justiz, Elisabeth Selbert (1896–1986), S. 434 f.

78 Dennoch musste das BVerfG die Rechtsqualität noch einmal klarstellen: »Art. 3 Abs. 2 GG ist eine echte Rechtsnorm. Er enthält wie Art. 3 Abs. 3 GG eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes.«, BVerfGE 3, 225 (4. Ls.), *Gleichberechtigung* (1953).

zurückgeführt, dass konträr zur Weimarer Reichsverfassung die Gleichheit der Geschlechter nicht auf staatsbürgerliche Rechte begrenzt sein, sondern auch das Zivilrecht umfassen sollte. Art. 117 Abs. 1 GG stellte als Übergangsnorm sicher, dass die gleichheitswidrigen Zivilrechtsnormen nur bis zum 31. März 1953 galten, wobei die Legislative erst 1957 die Gleichberechtigung einfachgesetzlich umsetzte.<sup>79</sup> Im Zuge der Gemeinsamen Verfassungskommission nach dem Ende der Deutschen Demokratischen Republik kam die Diskussion um die Geschlechtergleichstellung erneut auf.<sup>80</sup> Um den staatlichen Gleichberechtigungsauftrag explizit zu machen und proaktives Gleichstellungsrecht verfassungsrechtlich abzusichern, wurde 1994 der 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>81</sup>

Der Beginn einer materialen Verfassungspraxis wird meist auf die Nacharbeits-Entscheidung datiert, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht – wie Ute Sacksofsky zeigt – auch vorher schon keine streng formale Gleichheitsdogmatik verfolgt.<sup>82</sup> Zwar hat es Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG als Differenzierungsverbot bezeichnet und Absatz 2 keine eigenständige, über Absatz 3 hinausgehende Bedeutung zugesprochen, dennoch hat es von Anfang an keinen formalen Differenzierungsmaßstab angelegt.<sup>83</sup>

Die wesentliche Konsequenz eines Differenzierungsverbots wäre es, dass Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts im Recht unzulässig sind, es also einer geschlechtslosen Rechtsordnung bedarf. Das Bundesverfassungsgericht hat aber mit Blick auf die »realen« Geschlechterunterschiede rechtliche Differenzierungen seit seiner ersten Entscheidung zur Geschlechtergleichheit als möglich angesehen: »Es bedarf kaum eines Hinweises, daß im Bereich des Familienrechts im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig ist (z. B. alle Bestimmungen zum Schutze der Frau als Mutter, Differenzierungen der Art der Leistung für die Familiengemeinschaft).«<sup>84</sup> Dabei ist beachtlich, dass

79 Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v. 18.6.1957, BGBl. I 1957, S. 609.

80 *Limbach/Eckert-Höfer*, Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland; *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 392 ff.

81 BGBl. I 1994, S. 3146.

82 Zu den 1950er bis 1990er Jahren *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Kap. 1.

83 BVerfGE 3, 225 (240 f.), *Gleichberechtigung* (1953); 10, 59 (73 f.), *Stichentscheid* (1959).

84 BVerfGE 3, 225 (242), *Gleichberechtigung* (1953); auch 10, 59 (74), *Stichentscheid* (1959). Zur Kritik *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf

das Gericht trotz paternalistischer Wortwahl den Maßstab der biologischen und funktionalen Unterschiede nicht einmal herangezogen hat, um Nachteile für Frauen zu rechtfertigen. So hat es etwa in einem Beschluss von 1960 die Gleichwertigkeit von Hausarbeit und Erwerbsarbeit betont und eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts wegen der Unterhaltsverpflichtung unehelicher Väter abgelehnt.<sup>85</sup>

Darüber hinaus hat das Gericht den besonderen Gleichheitssatz nicht symmetrisch interpretiert, sondern enge Grenzen gerade für die Ungleichbehandlung von Frauen und sozial marginalisierten Gruppen formuliert: »Wollte man dem Gesetzgeber im Wirkungsbereich des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG eine ähnliche Gestaltungsfreiheit zugestehen wie im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes, so würde dies zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß ›eine einfache gesetzgebende Mehrheit und eine ihr sekundierende der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts eben doch Diskriminierungen z.B. der Frauen, der Juden, der Angehörigen irgendeiner politischen Partei oder Religionsgesellschaft einführen‹ könnten, sofern die Mitglieder jener Verfassungsorgane nur der Meinung sind, unter den gegebenen Umständen sei diese Diskriminierung ›reasonable‹ und also ›gerecht‹ (...).«<sup>86</sup>

Im Folgenden soll dieses materiale Diskriminierungsverständnis rekonstruiert werden. Dafür werden zunächst die Entscheidungen zum Rentenalter (1.) und zur Nachtarbeit (2.) dargestellt und anschließend verschiedene dogmatische Konkretisierungen, die seit dem erfolgt sind, herausgearbeitet (3.).

## 1. Rentenalter

Als vorbereitende Entscheidung für die Nachtarbeits-Rechtsprechungslinie gilt der Beschluss zum Rentenalter von 1987. In diesem ging es um die unterschiedlichen Renteneintrittsalter für Frauen und Männer. Da weibliche Versicherte aufgrund ihrer traditionellen Zuständigkeit für Haushalt, Kinder und Alte typischerweise doppelt mit Arbeit belastet sind, wurde ihnen zur Kompensation des »stärkeren Kräfteverbrauchs« und der schlechteren Stellung im Erwerbsleben ermöglicht, bereits im Alter von 60 Jahren einen Antrag auf Altersruhegeld zu stellen.<sup>87</sup> Männliche Versicherte konnten, entsprechend der gesellschaftlichen Normalität einer lebenslangen Vollerwerbstätigkeit, die von Sorgearbeit freigestellt ist, diesen Antrag erst mit Erreichen von 65 Jahren stellen. In dem Fall

Gleichberechtigung, S. 49 ff.

85 BVerfGE 11, 277 (280 f.), *Unterhaltspflicht* (1960).

86 BVerfGE 10, 59 (73 f.), *Stichentscheid* (1959).

87 BVerfGE 74, 163 (165), *Rentenalter* (1987).

sah sich daher ein Witwer mit drei Kindern aufgrund seines Geschlechts diskriminiert.

Das Bundesverfassungsgericht wies diese formale Interpretation des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts mit Verweis auf den gesellschaftlichen Kontext ungleicher Geschlechterbeziehungen jedoch zurück:<sup>88</sup> »Prüfungsmaßstab ist Art. 3 Abs. 2 GG. Der darin enthaltene Gleichberechtigungsgrundsatz entspricht dem in Absatz 3 geregelten Diskriminierungsverbot, wonach niemand »wegen seines Geschlechts« benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Er ist in der Rechtsprechung strikt angewendet worden, namentlich dort, wo es sich um Benachteiligungen von Frauen handelte; zum Abbau dieser Benachteiligungen sollte das Grundrecht bevorzugt dienen.«<sup>89</sup>

Als Nachteil identifizierte das Gericht die mit der Übernahme von Reproduktionsarbeit zusammenhängende schlechtere ökonomische Positionierung, von der Ausbildung, über die Entlohnung bis hin zu kürzeren Versicherungszeiten in der Rentenversicherung: »So weist die Bundesversicherungsanstalt zutreffend darauf hin, daß das Ausbildungsdefizit der Frauen, welches ihre berufliche Stellung und damit ihr Arbeitsentgelt sowie ihre Rentenerwartung in der Vergangenheit maßgeblich beeinträchtigt hat, in typischen Fällen durch eine Antizipierung der erwarteten Stellung der Frau als spätere Mutter verursacht worden ist. Ähnliche Ursachen dürften auch vielfach die Beschäftigung in unteren Lohngruppen und die geringeren Aufstiegschancen der Frau im Beruf haben. Die typischen Unterbrechungen einer entgeltlichen Tätigkeit durch Zeiten von Schwangerschaft, Geburt und Kindererziehung haben zudem bei Frauen häufig zur Folge, daß sie im Gegensatz zu Männern von der Inanspruchnahme des flexiblen Altersruhegeldes bei Vollendung des 63. Lebensjahres deswegen keinen Gebrauch machen können, weil sie die besondere Voraussetzung einer 35jährigen Versicherungszeit nicht erfüllen.«<sup>90</sup>

Daran anschließend argumentierte das Gericht erstmals anhand von Art. 3 Abs. 2 GG, dass die Gesetzgebung zum Ausgleich typisierbarer Nachteile berechtigt sei: »Insoweit gibt das Ausgangsverfahren Anlaß, die bisherige Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 GG dahingehend zu ergänzen, daß der Gesetzgeber zu einer Ungleichbehandlung auch dann befugt ist, wenn er einen sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen anordnet, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede

88 Auch der EGMR hatte solche Fälle zu entscheiden. Er konnte wegen ähnlicher Gründe keinen Verstoß gegen die Geschlechtergleichheit feststellen, EGMR, Urteil v. 12.4.2006 (GC), 65731/01, 65900/01, *Stec u. a.*, Rn. 66; Urteil v. 22.8.2006, 42735/02, *Barrow*, Rn. 38 f.; Urteil v. 22.8.2006, 37212/02, *Walker*, Rn. 38 f.; Urteil v. 22.8.2006, 8374/03, *Pearson*, Rn. 26 f.; Urteil v. 17.2.2011, 6268/08, *Andrle*, Rn. 60 f.

89 BVerfGE 74, 163 (179), *Rententalter* (1987).

90 Ebenda, S. 177 f.

zurückgehen. Darin liegt keine Ungleichbehandlung ›wegen des Geschlechts‹ (...), sondern eine Maßnahme, die auf eine Kompensation erlittener Nachteile zielt.«<sup>91</sup> Die Kompensation typischer geschlechtsbedingter Nachteile ist hiernach also im Sinne eines materialen Diskriminierungsverständnisses keine Geschlechtsdiskriminierung männlicher Subjekte. Biologische Unterschiede setzt das Gericht dabei mit der tradierten Zuständigkeit für reproduktive Tätigkeiten gleich und argumentiert, dass, weil sich die erhebliche ökonomische Schlechterstellung von Frauen aus der Übernahme von Hausarbeit und Kindererziehung ergebe, die Position als Ehefrau und Mutter ein biologischer Umstand sei.<sup>92</sup>

## 2. Nachtarbeit

Detaillierter ausbuchstabiert wurde das materiale Diskriminierungsverständnis im vieldiskutierten Urteil zum Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen von 1992.<sup>93</sup> In dem Fall wehrten sich Arbeitgeber\*innen gegen das bußgeldversehene Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen aus § 19 Abs. 1, 1. Alt. Arbeitszeitordnung. Während der Bundesgerichtshof argumentiert hatte, dass dieses Verbot Frauen als Mütter vor der Doppelbelastung durch tägliche Sorgearbeit und nächtliche Erwerbsarbeit sowie vor den Gefahren sexualisierter Gewalt auf dem nächtlichen Nachhauseweg schütze, erklärte das Bundesverfassungsgericht die Norm für verfassungswidrig. Dabei machte es drei dogmatische Feststellungen, die für eine materiale Perspektive relevant sind: Es interpretierte das Gleichberechtigungsgebot von Männern und Frauen in Art. 3 Abs. 2 GG als staatlichen Gleichberechtigungsauftrag, der sich auf die soziale Wirklichkeit bezieht (2.1), es formulierte einen neuen, stereotypensensiblen Maßstab für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts (2.2) und konstatierte, dass staatlicher Schutz nicht in Paternalismus umschlagen darf (2.3).

### 2.1 Soziale Wirklichkeit und Nachteilsausgleich

In dem Urteil reformuliert das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlichen Maßstab für die Bewertung von Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts. Dabei geht es auf die Bedeutung des Gleichheitsgebots von Männern und Frauen in Art. 3 Abs. 2 GG ein und argumentiert erstmals – und noch vor der Einfügung des Satzes 2 –, dass

91 Ebenda, S. 180.

92 Ebenda, S. 181.

93 BVerfGE 85, 191, *Nachtarbeitsverbot* (1992).

sich der Regelungsgehalt von Absatz 2 auf die soziale Wirklichkeit und die zukünftige Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter erstrecke. So gehe Absatz 2 über das Diskriminierungsverbot in Absatz 3 hinaus: »Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen die gleichen Erwerbchancen haben wie Männer (...). Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden (...).« Aus dem staatlichen Gleichstellungsauftrag folge, wie schon im Rentenalterfall festgestellt, dass es verfassungsrechtlich zulässig sei, »(f)aktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen« durch sozialstaatliche Maßnahmen auszugleichen.<sup>94</sup> Damit bestätigt das Bundesverfassungsgericht die materiale Deutung des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts. Darüber hinaus zielt der neue Maßstab, nach dem staatliche Maßnahmen nicht zur Verfestigung von Rollen beitragen dürfen, auf kulturelle Deutungsmuster, die die geschlechtliche Arbeitsteilung stützen, und ist daher als Ansatz für einen geschlechterstereotypensensiblen Maßstab zu verstehen.<sup>95</sup>

## 2.2 *Biologisch zwingende Gründe und Geschlechterstereotype*

Nach der Feststellung, dass das Nachtarbeitsverbot eine Ungleichbehandlung von Arbeiterinnen im Vergleich zu Arbeitern aufgrund des Geschlechts darstellt, prüft das Bundesverfassungsgericht verschiedene Rechtfertigungsgründe. Dabei leitet es einen Rechtsprechungswechsel ein. Es gibt seinen alten Maßstab der »objektiven biologischen und funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede« auf und stellt fest, dass nur noch zwingende biologische Gründe (z.B. eine Schwangerschaft), nicht aber Geschlechterstereotype oder tradierte Geschlechterrollen eine rechtliche Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts rechtfertigen können.<sup>96</sup>

Das Gericht weist die Annahme des Nachtarbeitverbots zurück, dass Arbeiterinnen generell körperlich schwächer als Arbeiter konstituiert seien und daher staatlichen Schutz vor Nachtarbeit benötigen. Dafür, dass Nachtarbeit für Frauen schädlicher als für Männer sei, gäbe es keine

94 Ebenda, beide Zitate S. 207.

95 Baer kritisierte diese Rollenanalyse. Nicht die Rollenverteilung, sondern die Rollen müssten sich ändern. Daher solle das BVerfG geschlechtshierarchisierende Strukturen kritisch in den Blick nehmen und nicht von Angleichung, sondern Gleichwertigkeit sprechen, *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 225 ff.

96 »Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.« BVerfGE 85, 191 (207), *Nachtarbeitsverbot* (1992).

medizinischen Anhaltspunkte. Nachtarbeit sei grundsätzlich für jeden Menschen schädlich.<sup>97</sup>

Auch die typische Doppelbelastung von Arbeiterinnen durch tägliche Hausarbeit und nächtliche Erwerbsarbeit akzeptiert das Gericht nicht als Rechtfertigung, da es sich hierbei um einen sozialen und keinen biologischen Grund handle. Die Gleichsetzung der weiblichen Zuständigkeit für reproduktive Arbeit mit biologischen Umständen, wie sie noch im Rentenalterfall argumentiert wurde, wird durch eine nicht naturalisierende Argumentation abgelöst und auf die Möglichkeit einer geschlechtslosen Regelung verwiesen: »Dem nicht zu leugnenden Schutzbedürfnis für Nachtarbeiterinnen und Nachtarbeiter, die zugleich Kinder zu betreuen und einen Mehrpersonenhaushalt zu führen haben, kann sachgerechter durch Regelungen Rechnung getragen werden, die an diesen Tatbestand anknüpfen.«<sup>98</sup>

Außerdem führe das Verbot, so das Bundesverfassungsgericht, zu erheblichen ökonomischen Nachteilen. Der vermeintliche Schutz von Arbeiterinnen führe z. B. zu schlechteren Arbeits- und Verdienstmöglichkeiten und reproduziere auf diese Weise die überkommene geschlechtliche Rollenverteilung: »Frauen werden [durch das Verbot, CR] bei der Stellensuche benachteiligt. Arbeit, die mindestens zeitweise auch nachts geleistet werden muß, können sie nicht annehmen. In einigen Branchen hat das zu einem deutlichen Rückgang der Ausbildung und des Einsatzes von weiblichen Arbeitskräften geführt. Darüber hinaus werden Arbeiterinnen daran gehindert, über ihre Arbeitszeit frei zu disponieren. Nachtarbeitszuschläge können sie nicht verdienen.«<sup>99</sup> Das Nachtarbeitsverbot erschwere daher den Abbau von gesellschaftlichen Nachteilen für Frauen. Die Gefahr sexualisierter Übergriffe rechtfertige ein pauschales Nachtarbeitsverbot ebenso wenig.<sup>100</sup>

### 2.3 *Paternalismus und staatlicher Schutz*

Das Bundesverfassungsgericht erkennt zwar die gesellschaftliche Realität an, in der Frauen weiterhin ganz überwiegend für Haus- und Sorgearbeit zuständig und daher in besonderer Weise durch Nachtarbeit belastet sind. Staatlicher Schutz, so das Gericht, dürfe jedoch nicht in Benachteiligung umschlagen: »Die besondere Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmerfamilien mit kleinen Kindern darf aber nicht zum Anlaß für ein frauenspezifisches Verbot, etwa für Mütter kleiner Kinder, genommen

97 Ebenda, S. 207 f.

98 Ebenda, S. 209.

99 Ebenda, S. 209 f.

100 Ebenda, S. 209.

werden.<sup>101</sup> An die Handelsvertreter-Entscheidung anschließend betont es, dass aber ein geschlechtsloser Schutz vor Nachtarbeit und den strukturellen Asymmetrien im Arbeitsleben grundrechtlich geboten sein können.<sup>102</sup>

#### 2.4 Zusammenfassung

Methodisch erörtert das Gericht detailliert die konkrete Situation von Arbeiterinnen und zeigt auf diese Weise einerseits die benachteiligenden ökonomischen Effekten des Nachtarbeitsverbots und andererseits die maskuline Perspektivität dieser Regelung auf. Dabei qualifiziert es Geschlechterstereotype – die überkommene Rollenverteilung – als gleichheitsgefährdend und macht den Zusammenhang zwischen der kulturell weiblich codierten Zuständigkeit für Sorgearbeit und der ökonomisch schlechteren Position von Arbeiterinnen sichtbar. Über diesen stereotypensensiblen, relationalen Maßstab werden die Geschlechterrollen verfassungsrechtlich problematisch, sodass auf diese Weise die kulturelle Grundlage der ungleichen Reproduktionsordnung zu einer Verfassungsfrage wird.

### 3. Nach der Nachtarbeit

Seit der Nachtarbeits-Entscheidung wurde das materiale Diskriminierungsverständnis in der Verfassungspraxis weiter konkretisiert. Danach umfasst ein solches Diskriminierungsverständnis ein Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund von Mutterschutz und Schwangerschaft (3.1) sowie ein Gleichberechtigungsgebot, das sowohl als Schutzpflicht (3.2) als auch als Rechtfertigung (3.3) für Gleichstellungsrecht dient. Zum virulenten Thema Frauenquote hat das Bundesverfassungsgericht noch keine Entscheidung getroffen, weshalb diese Thematik unter Bezugnahme der europarechtlichen Rechtsprechung diskutiert wird (3.4).

#### 3.1 Unmittelbare Diskriminierung wegen Mutterschutz und Schwangerschaft

Nach der Nachtarbeits-Entscheidung sind rechtliche Differenzierungen aufgrund des Geschlechts nur zulässig, soweit sie zwingend zur Lösung von Problemen, die nur bei einem Geschlecht auftreten, erforderlich sind oder sich durch kollidierendes Verfassungsrecht – insbesondere Art. 3

<sup>101</sup> Ebenda, S. 213.

<sup>102</sup> Ebenda; BVerfG 81, 242 (254 f.), *Handelsvertreter* (1990).



Abs. 2 GG – rechtfertigen lassen.<sup>103</sup> Mit diesem Maßstab der zwingenden Gründe rücken insbesondere Normen, die an die Erfahrung von Schwangerschaft anknüpfen oder mit dieser begründet werden, in das verfassungsrechtliche Interesse.

### 3.1.1 Mutterschaftsgeld und Arbeitsmarktzugang

Nach dem Mutterschutzgesetz dürfen Frauen sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt eines Kindes nicht arbeiten. Um ihnen in dieser Zeit die Existenz zu sichern, wird als Lohnersatz ein Mutterschaftsgeld gezahlt, das der Staat, die gesetzlichen Krankenkassen und die Arbeitgeber\*innen tragen müssen. Das Bundesverfassungsgericht bekam bereits 1974 und erneut 1985 die Regelungen zum Mutterschaftsgeld vorgelegt, um der Frage nachzugehen, ob die gesetzlich vorgesehene Zuschusspflicht der Arbeitgeber\*innen zum Mutterschaftsgeld eine verfassungswidrige finanzielle Belastung darstellt.<sup>104</sup> Während damals das Mutterschutzgebot gem. Art. 6 Abs. 4 GG und Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstäbe für die Feststellung einer verfassungskonformen Belastung der Arbeitgeber\*innen herangezogen wurden, schloss das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2003 an die Nachtarbeits-Entscheidung an, um nun mit Art. 3 Abs. 2 GG zu argumentieren, dass sich Schutzvorschriften nicht diskriminierend auf Frauen auswirken dürfen.<sup>105</sup>

In dem Fall ging es um die Verfassungsbeschwerde einer Arbeitgeberrin, die sich durch die Zuschusspflicht in ihrer Freiheit aus Art. 12 GG beeinträchtigt sah. Das Gericht nahm diese Beschwerde zum Anlass, um sich inzident mit der Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung auseinanderzusetzen. Das Bundesverfassungsgericht hielt die Zahlungspflicht der Arbeitgeberin zwar grundsätzlich für eine zulässige Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, denn das Mutterschutzgesetz ziele

103 »Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, läßt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren (...).« BVerfGE 92, 91 (109), *Feuerwehrrabgabe* (1995). Eine Differenzierung zuungunsten von Männern ist z. B. gleichheitswidrig, wenn das Aufenthaltsrecht von Kindern nur von der Mutter nicht aber vom Vater abgeleitet werden kann, BVerfGE 114, 357 (364, 367), *Aufenthalts-erlaubnis von Kindern* (2005). Zum Sorgerecht von Vätern BVerfGE 107, 150 (170 f.), *Sorgeerklärung* (2003), überprüft und als Gleichheitsverstoß gewertet, EGMR, Urteil v. 3.12.2009, 22028/04, Z.

104 BVerfGE 37, 121, *Mutterschaftsgeld I* (1974); 70, 242, *Mutterschaftsgeld II* (1985).

105 BVerfGE 109, 64 (90), *Mutterschaftsgeld III* (2003); Krause, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Schutzvorschriften und faktische Diskriminierung; Buchner, NZA 2004, 1121.

darauf, die in einem Arbeitsverhältnis stehende Frau und ihr neugeborenes Kind vor Arbeitsplatz indizierten Belastungen zu schützen, in diesem Sinne komme die Gesetzgebung mit der Zuzahlungspflicht ihrem Schutzauftrag gem. Art. 6 Abs. 4 GG nach. Da aber die konkrete Ausgestaltung einer faktischen Diskriminierung von Frauen Vorschub leiste, könne sie nicht als rechtfertigende Einschränkung der Berufsfreiheit der Arbeitgeberin gewertet werden.<sup>106</sup>

Im Einzelnen stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, dass das zur Entlastung von Kleinunternehmen eingeführte Ausgleichs- und Umlagesystem, das die Kostenlast nicht mehr an die Beschäftigung von Frauen bindet, wegen seiner Begrenzung auf Kleinunternehmen nicht ausreichend sei, um nachteilige Effekte für Frauen zu verhindern. Da auch in mittleren und größeren Unternehmen eine geschlechtsspezifische Teilung des Arbeitsmarktes bestehe und diese 50 Prozent weniger Frauen als Männer beschäftigen, würden für diese Anreize gesetzt, keine Frauen im »gebärfähigen Alter« einzustellen. Eine Einbeziehung aller Unternehmen würde demgegenüber alle Arbeitgeber\*innen gleichmäßig mit Beiträgen belasten und zwar unabhängig davon, ob und wie viele Frauen sie einstellen. In den negativen Anreizen für mittlere und große Unternehmen sieht das Gericht eine faktische Diskriminierung von Frauen und daher eine diskriminierende Ausgestaltung des Mutterschutzes.<sup>107</sup>

Eine Diskriminierung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 GG ergibt sich nach dieser Entscheidung also nicht allein aus einer frauenbenachteiligenden Regelung, sondern auch aus dem Zusammenwirken von gesetzlicher Regulierung mit gesellschaftlichen Strukturen und den sich daraus ergebenden negativen Effekte, nämlich geminderter Einstellungschancen wegen »Risikovermeidung« durch (private) Arbeitgeber\*innen. Erneut argumentiert hier das Gericht mit der konkreten ungleichen Situation von Frauen auf dem Arbeitsmarkt und den benachteiligenden Effekte der rechtlichen Regelung.

Auch wenn das Gericht den Begriff der faktischen Benachteiligung in einigen Entscheidungen zur Bezeichnung einer mittelbaren Diskriminierung verwendet, liegt hier ein Fall der unmittelbaren Diskriminierung vor, da die Regelung an das Kriterium des Mutterschutzes anknüpft, das allein auf die weibliche Erfahrung von Schwangerschaft verweist und sich daher nicht negativ auf eine kleinere Anzahl von Männern auswirken kann.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> BVerfGE 109, 64 (89 ff.), *Mutterschaftsgeld III* (2003).

<sup>107</sup> Ebenda, S. 92 ff.

<sup>108</sup> So auch EuGH, Urteil v. 8.II.1990, C-177/88, *Dekker*. Langenfeld nennt dies verdeckte Diskriminierung, da die Regelung auf ein Merkmal abstellt, das nur, aber nicht stets beim verpönten Merkmal vorkommt, *Langenfeld*,

## 3.1.2 Schwangerschaft in der Alterssicherung

In einem Kammerbeschluss von 2011 wird die spezifische Erfahrung von Schwangerschaft und Mutterschutz erneut unter einer antidiskriminierungsrechtlichen Perspektive thematisiert. Das Bundesverfassungsgericht sah in der Nichtberücksichtigung von Mutterschutzzeiten für die Berechnung der Umlagemonate für die betriebliche Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst durch die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.<sup>109</sup> Zuvor hatte es bereits die Nichtberücksichtigung des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots bei der Berechnung der Anwartschaftszeit für die gesetzliche Arbeitslosenversicherung wegen des Schutzes von Müttern gemäß Art. 6 Abs. 4 GG für verfassungswidrig erklärt.<sup>110</sup> In dem Kammerbeschluss von 2011 hob es demgegenüber die Geschlechtergleichheitsdimension hervor und stellte auf das Verbot der geschlechtsbedingten Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ab. Während Art. 6 Abs. 4 GG vorwiegend einen positiven Schutzauftrag enthalte, der Eingriffe in Rechte Dritter legitimiere, diene Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG der Abwehr von Benachteiligungen von Müttern.<sup>111</sup>

Die Beschwerdeführerin hatte 59 Monate angesammelt und kam daher nicht auf die für die Auszahlung der Betriebsrente erforderlichen 60 Monate, wie sie die Satzung der VBL vorsah. Ihre Mutterschutzzeit wurde nicht einberechnet, da sie während dieser Zeit entsprechend des Beschäftigungsverbots kein zusatzversorgungspflichtiges Entgelt bzw. keinen steuerpflichtigen Arbeitslohn erhalten und daher auch keine Beiträge eingezahlt hatte. Dies hängt damit zusammen, dass das Mutterschaftsgeld als Lohnersatzleistung ausgestaltet und daher steuerfrei gestellt ist.

Das Bundesverfassungsgericht sieht darin eine Ungleichbehandlung von Frauen mit Mutterschutzzeiten gegenüber männlichen Arbeitnehmern, »deren Erwerbsbiografien im öffentlichen Angestelltenverhältnis nicht durch die gesetzlich zwingend vorgegebenen Mutterschutzzeiten unterbrochen wurden und auch nicht werden können.«<sup>112</sup>

Darüber hinaus ergebe sich aus der Regelung eine zweite Ungleichbehandlung im Vergleich zu männlichen und weiblichen Versicherten,

Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 32.

<sup>109</sup> BVerfG, Kammerbeschluss v. 28.4.2011, 1 BvR 1409/10, Rn. 50, Bezug nehmend auf § 3 Abs. 1 S. 2 AGG, Art. 2 Abs. 2 lit. c RL 2006/54 und EuGH, Urteil v. 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*; Urteil v. 13.1.2005, C-356/03, *Mayer*.

<sup>110</sup> BVerfGE 115, 259 (270 ff.), *Mutterschutzzeiten in der Arbeitslosenversicherung* (2006).

<sup>111</sup> BVerfG, Kammerbeschluss v. 28.4.2011, 1 BvR 1409/10, Rn. 54.

<sup>112</sup> Ebenda, Rn. 56.

die für Krankheitszeiten das ebenfalls steuerfreie Krankengeld erhalten. Während Krankheitszeiten auf Grundlage eines fiktiven Urlaubslohns für die Wartemonate der VBL angerechnet werden, fehle eine entsprechende Regelung für die Mutterschutzzeit.<sup>113</sup>

Auf der Ebene der Rechtfertigung greift das Gericht auf den Maßstab aus der Nachtarbeitsrechtsprechung zurück und stellt fest, dass es für die Nichtberücksichtigung von Mutterschutzzeiten in der VBL keinen zwingenden biologischen Grund gibt. Die Freistellung der Arbeitgeberseite von der Lohnzahlung und der Lohnersatz durch das Mutterschaftsgeld sollen dazu dienen, keine negativen Anreize zu setzen, Frauen im gebärfähigen Alter zu beschäftigen. Diese gleichstellungsorientierte Ausgestaltung des Mutterschutzes dürfe aber nicht zu Lasten von Müttern bei der Altersvorsorge gehen.<sup>114</sup>

Hinsichtlich der Rechtsfolgenseite erklärt das Gericht, dass sich ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Anrechnung der Wartezeiten ergebe und die Diskriminierung nur durch Ausweitung der Begünstigung aufgehoben werden könne. Daran anschließend diskutiert es eine zeitliche Begrenzung dieses Anspruchs, gerade im Hinblick auf eine mögliche »schwerwiegende Störung des finanziellen Gleichgewichts im Versicherungssystem« und den Eigentumsschutz der Versicherten gemäß Art. 14 Abs. 1 GG. Eine solche Gefahr nimmt das Bundesverfassungsgericht aber nicht an, sondern konstatierte knapp, dass eine Berücksichtigung von Mutterschutzzeiten wegen der Ausschlussfristen in der VBL-Satzung nur begrenzt in Betracht kommen werde.<sup>115</sup>

Die rechtliche Leerstelle »Schwangerschaft« wird in dieser Entscheidung durch die Figur der unmittelbaren Diskriminierung erfolgreich adressiert und auf diese Weise Schwangerschaft in das historisch maskulin geprägte Alterssicherungsrecht akkommodiert. Die maskuline Perspektivität der VBL-Satzung wird offengelegt und als Gleichheitsproblem thematisiert: Unmittelbare Diskriminierung liegt also nicht nur dann vor, wenn ausdrücklich an das Geschlecht angeknüpft wird, sondern auch wenn die geschlechtsspezifische Erfahrung der Schwangerschaft nicht berücksichtigt wird und daraus ökonomische Nachteile entstehen. Entgegen der Rechtsprechung zum materialisierten Eigentumsschutz stuft das Gericht Finanzierungsargumente als weniger relevant ein und sieht einen Vorrang des Diskriminierungsschutzes und der Betroffenenperspektive.

113 Ebenda, Rn. 57.

114 Ebenda, Rn. 59.

115 Ebenda, Rn. 63.

## 3.1.3 Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete

Die maskuline Perspektivität rechtlicher Regelungen thematisiert das Bundesverfassungsgericht auch anhand des unmittelbaren Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts in einer Entscheidung zum Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete.<sup>116</sup> In diesem Fall ging es u. a. um die Frage, ob ausländische Frauen, denen der Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen erlaubt ist und die ihre Kinder stillen, rechtlich vom Erziehungsgeld bzw. Elterngeld ausgeschlossen werden dürfen, weil sie nicht in den Arbeitsmarkt integriert sind. Der Bezug von Erziehungs- bzw. Elterngeld wurde für Geflüchtete nämlich von der Voraussetzung der Erwerbstätigkeit, dem Beziehen von Arbeitslosengeld I oder der Elternzeit – also von der Arbeitsmarktintegration – abhängig gemacht. Die Arbeitsmarktintegration sei jedoch eine Voraussetzung, so das Bundesverfassungsgericht, die Frauen schwerer erfüllen könnten als Männer, weil Frauen nach der Geburt eines Kindes nach dem Mutterschutzgesetz gerade nicht arbeiten dürfen. Da nicht alle betroffenen Frauen Mutterschaftsgeld nach dem Mutterschutzgesetz erhalten und weil dieses auch nicht notwendigerweise so hoch wie das Erziehungs- oder Elterngeld ist, werde der Ausschluss nicht durch das Mutterschaftsgeld kompensiert.<sup>117</sup>

Auch nach der Mutterschutzzeit benachteilige diese Regelung Frauen, weil im Falle des Stillens die Erwerbstätigkeit nur erschwert oder gar nicht möglich sei. Deswegen stellt das Gericht fest: »Grundsätzlich müssen sich Mütter nicht entgegenhalten lassen, sie stillten ihr Kind freiwillig und hätten, wenn sie auf das Stillen verzichteten, (nach der Mutterschutzfrist) die gleichen Möglichkeiten, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen wie Männer.«<sup>118</sup> Dem stehe Art. 6 Abs. 4 GG entgegen, der stillenden Müttern einen Anspruch auf Schutz gewähre.

Die Ungleichbehandlung sei an Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu messen. Es handele sich bei der Arbeitsmarktintegration zwar um ein geschlechtsneutral formuliertes Erfordernis, jedoch sei die daraus resultierende Benachteiligung von Frauen »aufs Engste mit den rechtlichen und biologischen Umständen der Mutterschaft verbunden« und komme »darum einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts besonders nahe.«<sup>119</sup> Es scheint sich also um einen Grenzfall zu handeln, bei dem die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung sich nicht trennscharf

116 BVerfGE 132, 72 (96 ff.), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012); *Sachs*, JuS 2013, 474; *Wallrabenstein*, KritV 2012, 433 (448 f.).

117 BVerfGE 132, 72 (96), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012).

118 Ebenda, S. 97.

119 Ebenda.

abgrenzen lassen.<sup>120</sup> Die Anspruchsvoraussetzung knüpft nicht an Mutterschaft, sondern ein vermeintlich neutrales Kriterium an, wirkt sich aber dennoch ausschließlich negativ auf Frauen als Mütter aus. Entsprechend der ausschließlich einseitigen Betroffenheit von Frauen zieht das Bundesverfassungsgericht in dieser Konstellation auch bei geschlechtsneutral formulierten Regelungen den Rechtfertigungsmaßstab der zwingenden Gründe heran und erklärt die Regelung mangels erkennbarer rechtfertigender Gründe für nichtig.<sup>121</sup> Methodisch argumentiert das Gericht wie bei der zuvor dargestellten Entscheidung mit der konkreten sozialen Situation von Müttern und den wirtschaftlichen Nachteilen, die sich aus der Nichtberücksichtigung von geschlechtsspezifischen Erfahrungen ergeben.

### 3.2 Gleichberechtigungsgebot als Schutzpflicht im Arbeitsleben

Das Recht auf Gleichberechtigung gemäß Art. 3 Abs. 2 GG wurde vom Bundesverfassungsgericht zu einer antidiskriminierungsrechtlichen Schutzpflicht der Fachgerichte weiterentwickelt. Dabei steht nicht der Vergleich von Frauen und Männern, sondern, im Anschluss an die Lüth-Rechtsprechungslinie, die Maßstababildung der Fachgerichte im Fokus, die im Sinne einer staatlichen Schutzpflicht dem Antidiskriminierungsschutz aus Art. 3 Abs. 2 GG auch im Privatrecht zur Durchsetzung verhelfen müssen. Durch die antidiskriminierungsrechtlich gedeutete Schutzpflicht, rückt das Bundesverfassungsgericht methodisch die Benachteiligungen, die Frauen im Erwerbsleben erfahren, in den Vordergrund und verfolgt auf diese Weise einen Betroffenheitsmaßstab.

Die gleichheitsorientierte Auslegung gesetzlicher Schutzvorschriften als Schutzpflicht der Fachgerichte entwickelte das Bundesverfassungsgericht erstmals in einer Entscheidung zu § 611a BGB a. F.<sup>122</sup> § 611a BGB a. F. setzte die europarechtliche Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG um und sollte Diskriminierungsschutz in privaten Arbeitsverhältnissen, insbesondere beim Zugang zu Arbeitsverhältnissen, gewährleisten.<sup>123</sup> In dem

120 Dies zeigt sich darin, dass die in dieser Entscheidung entwickelte Definition später für die Prüfung einer mittelbaren Diskriminierung herangezogen wird, BVerfGE 138, 296 (353), *Kopftuch II* (2015).

121 BVerfGE 132, 72 (97 f.), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012).

122 BVerfGE 89, 276 (285), § 611a (1993); *Sachs*, JuS 1994, 704.

123 Richtlinie 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 (76/207/EWG), ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40; Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am

Fall ging es um eine Maschinenschlosserin, die sich neben vierzig anderen männlichen Bewerbern auf eine Stelle in einem Forschungsprojekt beworben hatte und trotz der Erfüllung der formalen Voraussetzungen nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde, weil, wie man ihr telefonisch später mitteilte, die Arbeit im Technikum Frauen physisch überfordere. Im anschließenden Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht Frankfurt änderte der Arbeitgeber die Begründung dahingehend, dass der eingestellte Bewerber über eine bessere Qualifikation und mehr Berufserfahrung verfüge und die telefonische Begründung nur dazu gedient habe, die Absage möglichst schonend beizubringen. Das Landesarbeitsgericht sah in der objektiv besseren Qualifikation den Grund dafür, dass eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts in Wirklichkeit nicht gegeben sei.

Das Bundesverfassungsgericht stellte demgegenüber eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 2 GG der Beschwerdeführerin fest: »Bei Vorschriften, die grundrechtliche Schutzpflichten erfüllen sollen, ist das maßgebende Grundrecht dann verletzt, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehlt.«<sup>124</sup> Daher müssten die Fachgerichte § 611a BGB a.F. dem antidiskriminierungsrechtlichen Ziel, Geschlechtsdiskriminierung bei der Arbeitsplatzsuche zu verhindern, entsprechend auslegen und anwenden. Das Landesarbeitsgericht habe diesen Schutzzweck aber verkannt, weil es das Vorliegen einer geschlechtsbedingten Benachteiligung im Einstellungsverfahren nicht ausreichend geprüft habe. Zwar sei das Gericht zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Klägerin Tatsachen glaubhaft gemacht habe, die eine mögliche Benachteiligung vermuten lassen, dennoch sei es nicht ausreichend der Frage nachgegangen, ob eine Diskriminierung festzustellen ist, weil die Beschwerdeführerin trotz vorheriger Ankündigung nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Zum Diskriminierungsschutz des § 611a BGB a.F. gehöre auch ein diskriminierungsfreies Verfahren, ansonsten könnten sachliche Gründe nachgeschoben und damit eine diskriminierende Verfahrensgestaltung folgenlos gemacht werden.<sup>125</sup>

Außerdem habe das Landesarbeitsgericht die Beweislastregel des § 611a Abs. 1 S. 3 BGB a.F. nicht dem antidiskriminierungsrechtlichen

Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz), BGBl. I 1980, S. 1308.

<sup>124</sup> BVerfGE 89, 276 (286), § 611a (1993). Der EuGH sah die in § 611a BGB a.F. vorgesehene Schadensersatzhöhe von drei Monatsgehältern als zu gering an, um einen wirksamen Diskriminierungsschutz durch abschreckende Sanktionierung zu gewährleisten, EuGH, Urteil v. 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rn. 25 ff.

<sup>125</sup> BVerfGE 89, 276 (287 ff.), § 611a (1993). In einer aktuelleren Entscheidung zu § 611a BGB a.F. ging es um die Ausschreibung einer Ausbildungsstelle als Eurokauffrau über die Seite des Arbeitsamtes, die fälschlicherweise mit

Schutzzweck entsprechend ausgelegt. Wird die Vermutung für das Vorliegen einer geschlechtsbedingten Benachteiligung ausreichend durch Betroffene argumentiert, dann findet eine Beweislastumkehr statt: Die Arbeitgeber\*innen müssen nun darlegen, dass keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Indem das Landesarbeitsgericht das Vorbringen eines Kriteriums akzeptiert habe, das zwar die Einstellung begründen könne, aber weder in der Ausschreibung noch im Einstellungsverfahren genannt worden war, ermögliche es eine nachträgliche Entlastung der Arbeitgeberseite in nahezu jedem Fall. Bei nachträglich vorgebrachten Gründen bestünde daher eine erhöhte Rechtfertigungslast, um die vorgebrachten Gründe glaubhaft zu machen. Dabei müssten Kriterien, die typischerweise nur oder ganz überwiegend das männliche Geschlecht erfüllen, besonders kritisch gewürdigt werden. Im Fall des Schlossereiberufs als einem männlich dominierten Beruf hätte daher der nachgeschobene Grund der längeren Berufserfahrung näher erörtert werden müssen.<sup>126</sup>

### 3.3 Gleichberechtigungsgebot als Rechtfertigung: *aktive Vaterschaft*

Zu einem materialen Diskriminierungsverständnis gehört auch die Rechtfertigung von gesetzlichen Maßnahmen, die auf die Transformation der ungleichen Geschlechterbeziehungen zielen. Das Gleichberechtigungsgebot in Art. 3 Abs. 2 GG wird in diesem Sinne in der Verfassungspraxis herangezogen, um Maßnahmen zur verbesserten Vereinbarkeit von Familie und Beruf bzw. zur Umverteilung von Sorgearbeit zu rechtfertigen.

Schon in einem Beschluss von 1998 stellte das Bundesverfassungsgericht auf die Schutz- und Förderpflicht aus Art. 3 Abs. 2 GG als einen rechtfertigenden Grund für einkommensgestaffelte Kindergartengebühren ab. Mit der Schaffung von Kindergartenplätzen unterstütze der Staat die Gleichstellung von Frauen im Arbeitsleben. Kindergärten eröffneten für viele Frauen gerade erst die Möglichkeit berufstätig zu sein. Aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG folge die Verpflichtung dafür Sorge zu tragen, dass

dem Zusatz versehen war, dass männliche Bewerber bevorzugt gesucht seien. Das Landesarbeitsgericht habe seine Schutzpflicht verletzt, weil es den Ausbildungsbetrieb nicht in der Pflicht sah, die Ausschreibung zu überprüfen und damit Arbeitgeber\*innen ermögliche, die Verantwortung für die Inhalte einer Ausschreibung auf Dritte abzuwälzen. Darin sah die Zweite Kammer des Ersten Senats eine unzureichende Prüfung einer möglicherweise vorliegenden Diskriminierung wegen des Geschlechts, BVerfG, Kammerbeschluss v. 21.9.2006, 1 BvR 308/03, Rn. 11 ff.

126 BVerfGE 89, 276 (289 f.), § 611a (1993).



»Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt (...).«<sup>127</sup> Durch die sozial gestaffelten Tarife werde auch einkommensschwächeren Eltern – und gerade einkommensschwachen Frauen und Alleinerziehenden müsste präzisiert werden – Kinderbetreuung ermöglicht.

In zwei aktuellen Kammerbeschlüssen greift das Bundesverfassungsgericht diese Argumentation erneut auf, um das Bundeselterngeld als Gleichstellungsmaßnahme zu rechtfertigen.<sup>128</sup> Während im ersten Verfahren um die Partnermonate (sogenannte »Vätermonate«), die nur dann zusätzlich zu den zwölf regulären Bezugsmonaten gewährt werden, wenn auch das andere Elternteil – regelmäßig die Väter – Elternzeit nehmen, gestritten wurde, wurde im zweiten Verfahren die ungleiche Bezugshöhe aufgrund der Orientierung am Nettoeinkommen angegriffen.

Im ersten Verfahren legte das Landessozialgericht Bremen-Niedersachsen dem Bundesverfassungsgericht vor, da es der Auffassung war, dass die »Vätermonate« gegen die Gestaltungsfreiheit des Ehe- und Familienlebens aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, die auch die Freiheit der innerfamiliären Aufgabenverteilung beinhalte, verstoßen würden und dieser Grundrechtseingriff nicht durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt werden könne, da die familiäre Aufgabenverteilung nicht unbedingt ein ausgleichsbedürftiger Nachteil im Sinne von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG sei.

Diese Rechtsauffassung teilte die Zweite Kammer des Ersten Senats nicht. Die Vätermonate-Regelung setze Anreize für eine partnerschaftliche Teilung von Erwerbs- und Familienarbeit. Dies sei eine zulässige Konkretisierung von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Das Landessozialgericht erkenne dies nicht, weil es methodisch weder den Gesetzeszweck noch ausreichend die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichberechtigungsgebot zur Kenntnis nehme.<sup>129</sup> Das Gleichberechtigungsgebot diene auch dazu – und hier greift die Kammer den

127 BVerfGE 97, 332 (347 f.), *Kindergartengebühren* (1998). Daher ist die Begünstigung der Alleinverdiener Ehe durch die steuerliche Berücksichtigung von Hausarbeit gegenüber der Doppelverdiener Ehe, bei der tatsächlich Kinderbetreuungskosten anfallen, wenig nachvollziehbar, BVerfGE 99, 216, *Kinderbetreuungskosten im Steuerrecht* (1998). Die Privilegierung der Alleinverdiener Ehe bei der Bedürftigkeitsprüfung für die Arbeitslosenhilfe gegenüber der Doppelverdiener Ehe hatte das BVerfG zuvor, jedenfalls knapp anhand von Art. 3 Abs. 2 GG, als Festschreibung der überkommenen Rollenverteilung kritisiert, BVerfGE 87, 234 (258), *Einkommensanrechnung Arbeitslosenhilfe* (1992). Aktuell BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.10.2010, 2 BvR 2064/08.

128 BVerfG, Kammerbeschluss v. 19.8.2011, 1 BvL 15/11; Kammerbeschluss v. 9.11.2011, 1 BvR 1853/11.

129 BVerfG, Kammerbeschluss v. 19.8.2011, 1 BvL 15/11, Rn. 19 ff.

stereotypensensiblen Maßstab der Nacharbeits-Entscheidung wieder auf – die traditionelle Rollenverteilung zu transformieren: »Der Verfassungsauftrag will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen (...). Dies verpflichtet den Gesetzgeber auch dazu, einer Verfestigung überkommener Rollenverteilung zwischen Mutter und Vater in der Familie zu begegnen, nach der das Kind einseitig und dauerhaft dem ›Zuständigkeitsbereich‹ der Mutter zugeordnet würde (...).«<sup>130</sup> So sieht die Kammer in den Partnermonaten etwa die Chance, dass Väter sich in ihrem Wunsch ermutigt sehen, entgegen der Geschlechterstereotype, ebenso ihre Kinder zu versorgen und auf diese Weise kulturelle Vorurteile gegen aktive Vaterschaften in der Arbeitswelt abzubauen. Auch erwägt die Kammer, dass die Regelung sich positiv auf die Aufstiegschancen von Frauen auswirken könne, da Arbeitgeber\*innen nun nicht mehr davon ausgehen könnten, dass immer nur Frauen ihr Erwerbsleben zugunsten der Kindererziehung unterbrechen, sondern auch Männer nicht kontinuierlich verfügbar sind. Schließlich setze sich das Landessozialgericht weder mit dem legislativen Gesetzgebungsspielraum, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG bestehe, noch mit der leicht zugänglichen Spezialliteratur, noch mit der leicht zugänglichen Kommentarliteratur zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG auseinander.<sup>131</sup> Aufgrund dieser Schwächen wies die Kammer die Vorlage zurück.

In der zweiten Kammerentscheidung ging es um die Zulässigkeit der Umstellung des bedarfsorientierten Bundeserziehungsgeldes auf das einkommensorientierte Bundeselterngeld und die damit einhergehende Schlechterstellung von Einkommenslosen, also Hausfrauen, Arbeitssuchenden und Studierenden sowie von Eltern mit geringem Einkommen. Keine andere Sozialleistung, so die Beschwerdeführerin, gewähre bei einem höheren Einkommen eine höhere Leistung ohne rechtfertigenden Grund; junge Eltern mit geringem Einkommen seien nicht weniger finanziell belastet als junge Eltern mit einem höheren Einkommen; dennoch sei sie als einkommenslose Hausfrau, die nur den Mindestbetrag erhalte, übermäßig schlechter gestellt. Um dies zu verdeutlichen, zieht sie folgendes Beispiel heran: »Erhalte ein Elternteil heute bei Inanspruchnahme des Mindestbetrags von 300 € monatlich insgesamt 3.600 €, so konnte ein bezugsberechtigtes Elternteil bei zweijährigem Bezug 7.200 € Bundeserziehungsgeld erhalten. Demgegenüber erhielten

<sup>130</sup> Ebenda, Rn. 19; auch Kammerbeschluss v. 26.10.2011, 2075/11; Kammerbeschluss v. 9.11.2011, 1 BvR 1853/11; Kammerbeschluss v. 6.6.2011, 1 BvR 2712/09, Rn. 5.

<sup>131</sup> BVerfG, Kammerbeschluss v. 19.8.2011, 1 BvL 15/11, Rn. 20 ff.

Eltern bei Bezug des Höchstbetrags von 1.800 € monatlich insgesamt 21.600 € Elterngeld (25.200 € bei Inanspruchnahme der Partnermutter).<sup>132</sup>

Die Ungleichbehandlung von Eltern nach dem Einkommen sieht die Zweite Kammer des Ersten Senats als gerechtfertigt an. Zwar berühre die Differenzierung nach dem Einkommen das Schutz- und Fördergebot aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, dennoch komme im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit dem Gesetzgeber ein weiter Entscheidungsspielraum zu, weshalb keine strenge verfassungsrechtliche Kontrolle angezeigt sei. Sachlich ausreichend gewichtige Gründe für die Ungleichbehandlung lägen vor.<sup>133</sup> Zum einen dürfe die Gesetzgebung sich typisierend auf die Förderung von Berufstätigen konzentrieren und ökonomische Hürden für Kinderwünsche abbauen. Dabei habe die Gesetzgebung zwar auf einen sozialen Ausgleich verzichtet, sie habe aber Einkommenslose auch nicht gänzlich ohne Förderung gelassen.<sup>134</sup> Zum anderen sei im Gleichbehandlungsauftrag eine Rechtfertigung zu erblicken. Die Kammer stellt erneut auf Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ab, da das Elterngeld auch für Gutverdienende (regelmäßig Väter) finanzielle Anreize zur Übernahme von Sorgearbeit setzen solle: »Um Vätern und Müttern gleichermaßen eine aktive Elternrolle zu erlauben, wolle das Elterngeld die Übernahme der Elternzeit auch durch jenen Elternteil, meist den Vater, ermöglichen, der das höhere Einkommen erziele (...). Daten des Statistischen Bundesamts zeigen, dass sich die Zahl der Väter, die Elternzeit und Elterngeld in Anspruch nehmen, seit der Einführung des Elterngelds zum 3. Quartal 2009 auf 23,9 Prozent erhöht hat. Väter erhalten auch häufig ein höheres Elterngeld als Mütter. So erhielten von Januar 2007 bis Juni 2008 21,7 Prozent der Väter über 1.500 € Elterngeld, während dies nur auf 4,4 Prozent der Mütter zutrif (...).«<sup>135</sup> Dies zeige, dass die Umstellung auf eine Einkommensersatzleistung dazu in der Lage sei, Anreize für eine aktive Vaterschaft und die Neuverteilung von Sorgearbeit zu setzen. Aus diesen Gründen nahm die Kammer die eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.

In diesen Entscheidungen wird die kulturelle Aufwertung und Umverteilung von Sorgearbeit als eine Dimension der ungleichen Geschlechterbeziehungen über einen stereotypensensiblen Maßstab verhandelt, der die traditionellen Geschlechterrollen als gleichheitswidrig qualifiziert. Betreuungsarbeit soll nicht mehr allein in den Zuständigkeitsbereich von Müttern fallen, sondern zwischen den Geschlechtern umverteilt

132 Kammerbeschluss v. 9.11.2011, 1 BvR 1853/11, Rn. 5; *Lenze*, NVwZ 2015, 1658 (1659).

133 Ebenda, Rn. 13.

134 Ebenda, Rn. 15 ff.

135 Ebenda, Rn. 19.

werden, und durch die Entkopplung von Sorgearbeit und Weiblichkeit auch Frauen bessere ökonomische Chancen bieten. Das Gleichberechtigungsgebot stellt daher ein Instrument dar, das es ermöglicht, die einseitige Verteilung von Sorgearbeit als eine Quelle asymmetrischer Geschlechterbeziehungen zu adressieren.

Darüber hinaus wird erneut ersichtlich, dass ökonomische Ungleichheit ohne Bezug zu einer Identitätskategorie nur schwer erfolgreich verhandelbar ist, verweist doch das Gericht in seiner zweiten Entscheidung, wie in seiner sozialverfassungsrechtlichen Rechtsprechungspraxis üblich, auf den weiten Gestaltungsspielraum der Legislative für die Rechtfertigung von als unsozial kritisierten Sozialleistungen.<sup>136</sup>

### 3.4 Frauenquote

Die wesentliche Pointe eines materialen Diskriminierungsverständnisses ist, dass proaktives Gleichstellungsrecht, und insbesondere Frauenquoten, nicht als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts, sondern als Gleichheitsdurchsetzung aufgefasst werden. Frauenquoten gelten in dieser Perspektive als ein Instrument, um geschlechtsspezifische sowie geschlechterstereotypenbasierte Nachteile im Berufsleben auszugleichen und auf diese Weise die Präsenz von Frauen in qualifizierten Positionen zu gewährleisten und zu erhöhen. Aus einer formalen Perspektive steht aber weiterhin zur Diskussion, ob Frauenquoten gegen die Gleichheit männlicher Bewerber verstoßen.

Nach dem das Thema rechtspolitisch länger nicht diskutiert wurde, hat es im Jahr 2016 wieder Aufwind erfahren. Seit dem 1. Januar 2016 gilt eine Quote von 30 Prozent für Aufsichtsräte in börsendotierten oder mitbestimmungspflichtigen Unternehmen.<sup>137</sup> Damit reagiert die gesetzliche Änderung des Aktiengesetzes auf die anhaltende massive Unterrepräsentanz von Frauen in der Führungsebene deutscher Unternehmen. Erste Zahlen deuten darauf hin, dass der Anteil von ca. 10 Prozent im Jahr 2011 auf knapp 26 Prozent im September 2016 angestiegen ist.<sup>138</sup>

Obwohl es sich um ein Instrument zur Frauenförderung handelt, formuliert § 25 Abs. 2 EGAktG die Quote geschlechtsneutral: Es muss ein Mindestanteil von 30 Prozent an Frauen und Männern bestehen. Das

136 Zur Kritik *Martinek*, in: Auth/Buchholz/Janczyk, Die Einführung des Elterngeldes; *Farahat u. a.*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2006, 985.

137 Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, BGBl. I 2015, S. 642.

138 *FidAR – Frauen in die Aufsichtsräte e.V.*, Women-on-Board-Index (WoB 160), S. 16.

zeigt, dass beim Thema Quote weiterhin ein formales Gleichheitsverständnis dominiert, das konträr zu einem materialen Diskriminierungsverständnis nicht die Privilegien, die in der geschlechtlichen Arbeitsteilung und in Geschlechterstereotypen gründen, adressiert, sondern die Befürchtung zu implizieren scheint, dass Frauenförderung in eine massive Unterrepräsentanz des männlichen Geschlechts umzuschlagen könne.<sup>139</sup> Geschlechtsneutrale Formulierungen können zudem Unklarheit über das Ziel der Frauenförderung stiften und verschleiern, dass es im Arbeitsleben Frauen sind, die Nachteile wegen Kindererziehung und Altenpflege erfahren.<sup>140</sup>

In Deutschland ist die verfassungsrechtliche Diskussion bisher rein akademischer Natur gewesen. Diese Debatte soll hier nicht in ihrer Breite aufgemacht werden, in der Literatur wurde schon viel dazu gesagt.<sup>141</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Sache noch nicht geäußert, es ist jedoch zu vermuten, dass es aufgrund des Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, der Nachtarbeitsrechtsprechung, die Nachteilsausgleich zur Kompensation geschlechtsspezifischer Nachteile ermöglicht, sowie der europarechtlichen Spruchpraxis Quotenregelungen unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachten würde.

### 3.4.1 Rechtliche Grundlagen

Neben dem verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsgebot fordern europarechtliche und völkerrechtliche Normen die Gewährleistung der Geschlechtergleichheit und erlauben proaktive Gleichstellungsmaßnahmen.

- 139 Zur Befürchtung, dass Frauenförderung in die Benachteiligung von Männern umschlagen kann, *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 217 f.
- 140 Dazu die Landesverfassungsbeschwerde eines Landesbeamten, der sich erfolglos dagegen wehrte, dass im öffentlichen Dienst seines Landes nur Frauen Gleichstellungsbeauftragte werden können, Landesverfassungsgericht Meck.-Vorp., Urteil v. 10.10.2017, LVerfG 7/16.
- 141 Zur Diskussion der 1980er/90er Jahre *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 374 ff., insbes. 378 f., 405 ff.; *Richelmann*, Gleichstellungsstellen, Frauenförderung, Quotierung, S. 109 ff.; *Maidowski*, Umgekehrte Diskriminierung; *Ebsen*, Verbindliche Quotenregelungen für Frauen und Männer in Parteistatuten; *Raasch*, Frauenquoten und Männerrechte; rechtsvergleichend *Peters*, Women, Quotas, and Constitutions; aktuell *Sacksofsky*, in: Mau/Schöneck, Frauenquoten; *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG; *Papier/Heidebach*, DVBl. 2015, 125; politikwissenschaftlich *Davidson-Schmich*, Gender Quotas and Democratic Participation.

Im Europarecht werden in Art. 157 Abs. 4 AEUV und Art. 23 GR-Ch, »spezifische Vergünstigungen« für »das unterrepräsentierten Geschlecht« zur Erleichterung der Berufstätigkeit bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen im Arbeitsleben geschlechtsneutral für möglich erklärt. Die neugefasste Genderrichtlinie sieht in Art. 3 RL 2006/54 ebenso positive Maßnahmen zur »Gewährleistung der vollen Gleichstellung« vor.

Völkerrechtlich werden in Art. 4 Abs. 1 CEDAW »zeitweilige Sondermaßnahmen« zur »beschleunigten Herbeiführung der Defacto-Gleichberechtigung« als kein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot qualifiziert.<sup>142</sup> In der allgemeinen Empfehlung Nr. 25 hat der CEDAW-Fachausschuss Art. 4 Abs. 1 CEDAW in der Art konkretisiert, dass die Vertragsstaaten nach der Konvention auch zum Ergreifen positiver Maßnahmen verpflichtet sein können, um Geschlechtergleichheit effektiv durchzusetzen.<sup>143</sup>

Verfassungsrechtlich, europarechtlich und völkerrechtlich scheinen die Grenzen für Quoten, und Bevorzugungsregeln als deren Variante, dahingehend konkretisierbar zu sein, dass solche Maßnahmen nur bei Unterrepräsentanz des weiblichen Geschlechts sowie zeitlich bis zur Herstellung von Parität zulässig sind.<sup>144</sup>

### 3.4.2 EuGH: Erfordernis der Öffnungsklausel

In der für die grundgesetzliche Ordnung relevanten Rechtspraxis wurden Frauenquoten durch den Europäischen Gerichtshof bereits mehrfach

142 Allgemeiner formuliert Art. 3 CEDAW, dass die Vertragsstaaten dazu verpflichtet sind, alle geeigneten Maßnahmen »zur Sicherung der vollen Entfaltung und Förderung der Frau« zu ergreifen, »damit gewährleistet wird, dass sie die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt mit dem Mann ausüben und genießen kann.«

143 CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, Rn. 24.: »Consequently, the Committee considers that States parties are obliged to adopt and implement temporary special measures in relation to any of these articles if such measures can be shown to be necessary and appropriate in order to accelerate the achievement of the overall, or a specific goal of women's de facto or substantive equality.« Dazu Raday, Art. 4 CEDAW, in: Rudolf u. a., The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. Die Bundesregierung teilt die Rechtsauffassung des CEDAW-Fachausschusses nicht *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Kombiniertes siebter und achter Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), S. 12.

144 Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 378 f.; Sacksofsky, ZESAR 2004, 208; Sacksofsky, in: Mau/Schöneck, Frauenquoten.

verhandelt. In den 1990er Jahren hat der Europäische Gerichtshof mehrere Vorlagefragen zur Unionsrechtskonformität von deutschen Bevorzugungsregelungen für den öffentlichen Dienst nach Artikel 2 Abs. 1 und Abs. 4 der alten Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207 beantwortet.

In der ersten Rechtssache Kalanke beurteilte der Europäische Gerichtshof eine Regelung aus dem Landesgleichstellungsgesetz für den öffentlichen Dienst des Landes Bremen, nach der Frauen bei Unterrepräsentation und gleicher Qualifikation vorrangig einzustellen und zu befördern waren. Damit wollte das Land Bremen die traditionelle Zuordnung von Frauen zu unteren Positionen im öffentlichen Dienst überwinden und einen größeren Frauenanteil im höheren Dienst erreichen. Zwar zitiert der Europäische Gerichtshof die dritte Begründungserwägung der Richtlinie, nach der positive Maßnahmen zur Überwindung faktischer Benachteiligung im Arbeitsleben erforderlich sind, dennoch sieht er in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207 vor allem eine Ausnahme vom individuellen Recht auf Gleichbehandlung und stützt auf diese formale Perspektive einer Ausnahme seine Entscheidungsbegründung. Da die Bremer Regelung auf Ergebnisgleichheit ziele, stelle sie eine Überschreitung der zulässigen Chancengleichheit dar und sei nicht mit der Richtlinie vereinbar.<sup>145</sup>

Während in Kalanke eine individualisierend-abstrakte Gleichheitsinterpretation überwiegt und die Deutung von Leistung und Qualifikation nicht zum Thema gemacht wurde, setzte sich der Europäische Gerichtshof im folgenden Urteil zu Marshall im Jahr 1997 mit benachteiligenden Beförderungskriterien und Geschlechterstereotypen auseinander und verfolgte auf diese Weise eine relational-konkrete Argumentation. In dem Fall ging es um das Beamtengesetz aus Nordrhein-Westfalen, das bei gleicher Qualifikation und Unterrepräsentation ebenfalls einen Vorrang für Frauen vorsah, aber nur insofern in der Person des männlichen Mitbewerbers keine Gründe liegen, die den Vorrang entfallen lassen. Das Land Nordrhein-Westfalen begründete diese Regelung mit den traditionellen beamtenrechtlichen und frauenbenachteiligende Beförderungskriterien, darunter das Lebens- und Dienstalter sowie die Erwägung, dass der Bewerber alleinverdienender Familienvater sei und daher Ehefrau und Kinder zu versorgen habe. Die Vorrangregel solle dazu ein Gegengewicht bilden.<sup>146</sup>

Der Europäische Gerichtshof erklärte diese Regelung für richtlinienkonform, da sie konträr zu Kalanke keinen automatischen Vorrang von Frauen vorsehe und durch eine Öffnungsklausel sicherstelle, dass

145 EuGH, Urteil v. 17.10.1955, C-450/93, *Kalanke*, Rn. 21 ff. Kritisch zur Disqualifizierung von Erfolgsquoten, da Art. 2 Abs. 4 RL 76/207 nicht ausreichend gewürdigt worden sei, *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 407 ff.

146 EuGH, Urteil v. 11.11.1997, C-409/95, *Marshall*, Rn. 4, 15.

männliche Bewerber objektiv betrachtet werden und der Vorrang im Einzelfall auch entfallen könne.<sup>147</sup>

In der Begründung problematisiert der Europäische Gerichtshof benachteiligende, in der weiblichen Zuständigkeit für Sorgearbeit gründende Geschlechterstereotype und stellt auf deren diskriminierende Effekte im Erwerbsleben ab: »Es zeigt sich jedoch, (...) daß selbst bei gleicher Qualifikation die Tendenz besteht, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern; dies hängt vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben und z.B. mit der Befürchtung zusammen, daß Frauen ihre Laufbahn häufiger unterbrechen, daß sie ihre Arbeitszeit aufgrund häuslicher und familiärer Aufgaben weniger flexibel gestalten oder daß sie durch Schwangerschaften, Geburten und Stillzeiten häufiger ausfallen. Aus diesen Gründen bedeutet allein die Tatsache, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, nicht, daß sie gleiche Chancen haben.«<sup>148</sup> Die Vorrangregel diene dazu, diese Einstellungen und Verhaltensmuster auszugleichen und bestehende faktische Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit zu verringern. Die Kriterien, die für das Entfallen des Vorrangs im Einzelfall herangezogen werden, dürften, so das Gericht, aber selbst nicht geschlechtsdiskriminierend sein.<sup>149</sup>

Um Einstellungs- und Beförderungskriterien ging es auch in der Rechtssache Badeck, in der der Europäische Gerichtshof das Hessische Gleichstellungsgesetz für den öffentlichen Dienst verhandelte. Dieses Gesetz sah verschiedene Zielvorgaben für verschiedene Bereiche vor. Während für den regulären öffentlichen Dienst Zielvorgaben über Frauenförderpläne mit einer Öffnungsklausel formuliert wurden, wurde für die Wissenschaft eine absolute Erfolgsquote dem Absolventinnenanteil entsprechend, für wissenschaftliche Mitarbeiterinnen, Hilfskräfte und für Ausbildungsstellen, für die der Staat kein Monopol hält, eine starke Erfolgsquote von 50 Prozent definiert. Da es sich bei letzteren um Ausbildungs- und Qualifikationsphasen handelt, erklärte der Europäische Gerichtshof diese für mit der Chancengleichheit vereinbar. Für die Zielvorgaben für den regulären öffentlichen Dienst wurden erneut Entscheidungskriterien, die die Qualifikation von Bewerber\*innen bestimmen, relevant. Nach dem Hessischen Gleichstellungsgesetz sollten Familienarbeit positiv und Teilzeit und Unterbrechungen nicht negativ berücksichtigt werden, demgegenüber wurden die traditionellen Kriterien wie Einkommen der Ehepartner\*innen ausgeschlossen und das Lebens- und Dienstalster nur für insofern als zulässig erklärt, als diese für

147 Ebenda, Rn. 24.

148 Ebenda, Rn. 29 f.

149 Ebenda, Rn. 31 ff.



die Stelle relevant waren. Der Europäische Gerichtshof argumentierte im Anschluss an die Rechtssachen Marshall, dass diese Kriterien zwar Frauen begünstigen und Männer benachteiligen würden, dass diese aber dazu dienen, materiale Gleichheit herzustellen und gegebene Ungleichheiten zu verringern; wegen der Öffnungsklausel seien keine Bedenken hinsichtlich der Richtlinienkonformität feststellbar.<sup>150</sup>

### 3.4.3 Rezeption in der Kommentarliteratur

Der europarechtliche Maßstab gehört heute zum deutschen verfassungsrechtlichen Mainstream und wird zur Interpretation des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG in der Kommentarliteratur herangezogen. In dieser scheint jedoch trotz des verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsbefehls und des materialen Diskriminierungsverständnisses aus der Nachtarbeitsrechtsprechung ein formales Gleichheitsverständnis zu dominieren, nach dem Quoten als engbegrenzte und nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtfertigbare Ausnahme zum individuellen Gleichheitsrechts anzuwenden sind.<sup>151</sup> Quoten werden in der Kommentarliteratur daher überwiegend als Gleichheitsgefährdung und nicht als Gleichheitsdurchsetzung verstanden. Dies zeigt, dass proaktives Gleichstellungsrecht nicht nur Schutz vor Diskriminierung im Sinne von gleicher Anerkennung, sondern potentiell auch die Umverteilung von begrenzten ökonomischen Chancen, Ressourcen und Macht zwischen den Geschlechtern bedeuten kann und daher Widerstände hervorruft. Besonders deutlich tritt dies in der Diskussion um gesetzliche Quoten im Wahlrecht hervor.

Susanne Baer und Nora Markard schlagen in ihrer Kommentierung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG ein alternatives Modell vor, das Gleichstellungsmaßnahmen nicht als Ausnahme von einem individuellen Recht,

<sup>150</sup> EuGH, Urteil v. 28.3.2000, C-158/97, *Badeck*, Rn. 30 ff. Für Entscheidungen zu Quoten in anderen europäischen Ländern EuGH, Urteil v. 6.7.200, C-407/98, Rn. 50 ff., *Abrahamsson und Anderson*; Urteil v. 19. 3.2002, C-476/99, *Lommers*; Urteil v. 30.9.2004, C-319/03, *Briheche*.

<sup>151</sup> *Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 89 ff., insbes. 98; *Kischel*, Art. 3 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Rn. 200, 201.1; *Papier/Heidebach*, DVBl. 2015, 125 (129). Einen differenzierenden Vorschlag machen Osterloh und Nußberger, die eine leistungsabhängige 50-Prozent-Quote für möglichen halten, sofern diese auf das Ziel der Chancengleichheit bzw. dem Schutz der Diskriminierung gerichtet sei. Dafür ziehen sie den Frauenanteil im qualifizierten Bewerber\*innenpool heran. Die Quote begreifen sie daher als Hilfsmaßstab, um zu quantifizieren, welcher Frauenanteil bei einer diskriminierungsfreien Auswahl aus dem qualifizierten Bewerber\*innenpool vorliegen müsste, *Osterloh/Nußberger*, Art. 3 GG, in: Sachs, Grundgesetz, Rn. 288.

sondern als regulären Teil des Diskriminierungsschutzes denkt. Dafür entwerfen sie ein Tatbestandsmodell, das die gleichheitsrechtliche Prüfung an die Struktur der Freiheitsrechte anpasst und im Schutzbereich das Vorliegen einer Diskriminierung dann verneint, wenn die Maßnahme historisch gewachsene Nachteile ausgleichen soll und sich nicht nachteilig auf Dritte auswirkt. Sie richten ihr Augenmerk auf gewachsene Privilegien und setzen Nachteilsausgleich nicht mit der Erfahrung struktureller Diskriminierung gleich: »Maßnahmen, die historische Benachteiligung ausgleichen, sich gegen Stigmatisierung wenden oder sonst Gleichstellung fördern, sind nicht so zu behandeln wie die Benachteiligung selbst.«<sup>152</sup> Soweit eine positive Maßnahme bzw. eine Quotenregelung Dritte nachteilig trifft, müsse dies gerechtfertigt und gefragt werden, ob die Maßnahme erforderlich und zumutbar ist.<sup>153</sup> Die Anforderungen an eine Rechtfertigung werden daher im Vergleich zu einer engbegrenzten Ausnahme weniger streng formuliert. Eine solche Perspektive ist vor allem bei der streng formal verstandenen Wahlrechtsgleichheit weiterführend (dazu mehr im Abschnitt zur relationalen Demokratie in Kapitel § 4).

#### 4. Drei Potentiale des materialen Diskriminierungsverständnisses

Zusammenfassend lassen sich aufgrund der dargestellten Entscheidungen drei Potentiale eines materialen Diskriminierungsverständnisses für die Adressierung von Geschlechterungleichheit in der Verfassungspraxis herausstreichen.

Erstens können mit einer materialen Deutung des Gleichberechtigungsgebots gemäß Art. 3 Abs. 2 GG und des unmittelbaren Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG die kulturelle Abwertung oder Nichtberücksichtigung weiblicher Subjekte und Lebenserfahrungen sowie die daraus resultierenden ökonomischen Nachteile adressiert werden. Damit können insbesondere geschlechtsspezifische Erfahrungen, für die es bei der männlichen Vergleichsgruppe keine Entsprechung gibt – wie Schwangerschaft, Mutterschutz und Stillen –, im Recht akkommodiert werden. Darüber hinaus stellt die antidiskriminierungsrechtliche Schutzpflichtenkonstruktion sicher, dass die Fachgerichte Antidiskriminierungsrecht als Verwirklichung der Geschlechtergleichheit im Privatrecht zur Geltung bringen. Über das Diskriminierungsverbot bzw. die Gleichberechtigung der Geschlechter können also sowohl die Anerkennungsdimension – z.B. die Aufwertung von Sorgearbeit – als auch die

<sup>152</sup> *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Zitat Rn. 422, auch Rn. 422 f., 435 (7. Aufl. i.E.).

<sup>153</sup> Ebenda, Rn. 372, 435.

Umverteilungsdimension – z. B. verbesserte Einstellungs- und Aufstiegschancen sowie gleiche Alterssicherung – als Verfassungsfragen thematisiert werden.

Zweitens können stereotype Annahmen, auf denen rechtliche Regelungen und Rechtsanwendungen basieren, als hierarchisierende und damit gleichheitswidrige Deutungsmuster dekonstruiert werden. Das Bundesverfassungsgericht spricht hier von überkommenden Geschlechterrollen. Über einen solchen stereotypensensiblen Maßstab können kulturelle Deutungsmuster als Quelle der (ökonomischen) Geschlechterungleichheit problematisiert und sowohl staatlicher Paternalismus disqualifiziert als auch Gleichstellungsmaßnahmen, die auf die kulturelle Entkopplung von Sorgearbeit und Weiblichkeit zielen, gerechtfertigt werden.

Drittens stellt proaktives Gleichstellungsrecht, einem materialen Diskriminierungsverständnis folgend, nicht zwingend einen Verstoß gegen das unmittelbare Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts dar, sondern kann durch das Gleichberechtigungsgesetz gerechtfertigt werden. Dafür muss es als Kompensation typischer geschlechtsbedingter Nachteile ausgestaltet sein. Bevorzugungs- und Quotenregelungen können über die Anerkennungs- und Umverteilungsdimension hinaus die Dimension der Repräsentation adressieren und die Präsenz von Frauen in attraktiven Positionen in der öffentlichen Verwaltung, Wissenschaft und Privatwirtschaft stärken. Während der Europäische Gerichtshof eine Öffnungsklausel für geboten hält, um die Gleichheit männlicher Subjekte zu gewährleisten, begreifen Susanne Baer und Nora Markard solche Regelungen als Gleichheitsdurchsetzung sowie Privilegienabbau und legen daher für deren verfassungsrechtliche Überprüfung allein ein Erforderlichkeits- und Zumutbarkeitskriterium an.

Methodisch wird ein materiales Diskriminierungsverständnis, dies sollte die Darstellung der Entscheidungen verdeutlicht haben, durch eine relationale Argumentationsweise ermöglicht, die die konkret-historischen Geschlechterbeziehungen zum Thema macht, die sozioökonomische Lage der dominierten Gruppe der Frauen ausführlich erörtert, eine Betroffenenperspektive einnimmt sowie die maskuline Perspektivität rechtlicher Regelungen offenlegt. Eine Argumentation über die Privilegien der Vollerwerbstätigen bzw. eines Privilegienabbaus durch die Umverteilung von Sorgearbeit oder Gleichstellungsmaßnahmen ist bisher nicht zu beobachten und könnte ein Ansatzpunkt für zukünftige Argumentationsstrategien sein. Dies würde sichtbar machen, dass ökonomische Sicherheit durch Vollerwerbsarbeit nur möglich ist, weil andere ökonomisch prekär die notwendigerweise anfallende Reproduktionsarbeit übernehmen.