

Moritz Beck: Das Verhältnis von Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 6. Fachsemester (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg). Der Beitrag ist im Rahmen des Proseminars „Geschlecht im Verfassungsrecht“ bei Ronja Heß (Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht) entstanden.

A. Einführung in die Problematik des Verhältnisses der speziellen Gleichheitssätze des Art. 3 GG

Sind verbindliche Frauenquoten ein legitimes Mittel, um die Gleichstellung von Frauen und Männern in unserer Gesellschaft zu erreichen, oder diskriminieren sie viel mehr Männer, da Frauen hierdurch rechtlich bevorteilt werden? Seit Jahren wird eine mitunter polemische Debatte darüber geführt, ob und wie Frauenquoten im deutschen Recht Einzug finden können, um beispielsweise mehr Frauen Zugang zu Führungspositionen großer Unternehmen zu verschaffen, die dort nach wie vor unterrepräsentiert sind. So waren etwa nach Angaben des Statistischen Bundesamts im Jahre 2019 weniger als 30 % der Führungskräfte in deutschen Unternehmen weiblichen Geschlechts.¹ Erst kürzlich hat die Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD dieser Debatte neues Futter geliefert, indem eine verbindliche Frauenquote in Vorständen großer privater und öffentlicher Unternehmen angekündigt wurde.²

Verfassungsrechtlich heikel und ebenso intensiv diskutiert sind derartige Frauenförderungsmaßnahmen unter Verfassungsrechtlern zweifellos. Dreh- und Angelpunkt dieser Debatte auf verfassungsrechtlicher Ebene ist dabei insbesondere das Verhältnis des Gleichberechtigungsgrundsatzes von Mann und Frau nach Art. 3 Abs. 2 GG und dem Differenzierungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 GG, wonach sich u. a. eine Bevorzugung bzw. Benachteiligung wegen des Geschlechts verbietet. Dies geht dabei über die konkrete Frage der Frauenförderung hinaus. Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 haben Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG die Literatur, die Rechtsprechung sowie den Gesetzgeber immer wieder vor erhebliche Probleme gestellt. Das Verständnis vom Verhältnis der beiden Verfassungsnormen hing dabei über die Jahre insbesondere davon ab, wie Art. 3 Abs. 2 GG interpretiert wurde. Die verschiedenen Ansätze hierzu gehen dabei mitunter weit

auseinander, was mit unterschiedlichen Ansichten zu Geschlechtergerechtigkeit zusammenhängt. Art. 3 Abs. 3 GG hingegen ist weitgehend unumstritten.

Diese Arbeit widmet sich eben diesem komplizierten Verhältnis der beiden genannten Verfassungsnormen auf Basis der Rechtsprechung des BVerfG, verfassungsrechtlicher Literatur unter Einbezug der historischen Entwicklung der Gleichberechtigung von Mann und Frau seit Inkrafttreten des Grundgesetzes. Dabei wird das Verhältnis nicht vollumfänglich beleuchtet, sondern es sollen vielmehr die dogmatischen Grundstrukturen der speziellen Gleichheitssätze des Art. 3 GG herausgearbeitet werden, um grundlegende Erkenntnisse zum Verhältnis der Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG zueinander zu gewinnen.

Um das Verhältnis der Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG im Detail darlegen zu können, müssen beide Absätze daher in das Grundrechtssystem eingeordnet und ihrem Regelungsgehalt nach analysiert werden. Dabei soll im Folgenden mit Art. 3 Abs. 3 GG begonnen werden, da dies im Gesamtkontext die unproblematischere Verfassungsnorm im Vergleich zu Art. 3 Abs. 2 GG darstellt. Diese Herangehensweise entgegen der gesetzlichen Systematik soll insbesondere – wie im Kapitel zu Art. 3 Abs. 2 GG veranschaulicht wird – der besseren Darstellung des eigenständigen Regelungsgehaltes des Art. 3 Abs. 2 GG dienen, indem u. a. eine inhaltliche Abgrenzung zu Art. 3 Abs. 3 vorgenommen wird.

B. Die Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG

Art. 3 Abs. 3 GG bestimmt, dass „niemand [...] wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden“ darf. Satz 2 erweitert diese Auflistung noch um das Merkmal *Behinderung*, stellt dabei aber lediglich ein Verbot von Benachteiligungen auf.

¹ Die Statistik hierzu sowie eine detaillierte Aufschlüsselung der weiblich besetzten Führungspositionen unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-1/frauen-fuehrungspositionen.html> [Stand: 14.09.2021].

² <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/frauen-quote-vorstand-deutschland-1.5125167> [Stand: 27. 11. 2020].

Die einzelnen Anknüpfungsmerkmale im Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG dürfen als eine der vielen Antworten des Grundgesetzes auf die nationalsozialistische Herrschaft zwischen 1933 und 1945, geprägt vom Rassenwahn, der Verfolgung Andersdenkender sowie der Auslöschung von religiösen Minderheiten und Menschen mit Behinderung, angesehen werden. Sie haben insofern neben dem konkreten Regelungsgehalt auch große Symbolkraft im Verfassungsstaat des Grundgesetzes.³

I. Verfassungsrechtliche Einordnung des Art. 3 Abs. 3 GG und sein Charakter als Differenzierungsverbot

Wie bereits erwähnt, ist der dogmatische Charakter des Art. 3 Abs. 3 GG seit Inkrafttreten des Grundgesetzes grundlegend unstrittig. So wird in Rechtsprechung und auch Literatur seit jeher Art. 3 Abs. 3 GG ein Differenzierungs- oder wahlweise auch Diskriminierungsverbot⁴ entnommen, wobei letzteres lediglich in Nuancen vom Differenzierungsverbot abweicht, wenn es etwa um die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen geht. Somit kann ein Differenzierungsverbot auch als strikteres Diskriminierungsverbot angesehen werden. Ausnahmen vom Verbot merkmalsbezogener Ungleichbehandlungen werden beim „weicheren“ Diskriminierungsverbot etwa vermehrt mit Verweis auf tatsächliche Unterschiede von Menschen bestimmter Merkmalsgruppen ermöglicht.⁵ Im Ergebnis kann diese Debatte in Bezug auf Art. 3 Abs. 3 GG an dieser Stelle vor dem Kontext dieser Arbeit allerdings dahinstehen, da beide Ansätze auf der gleichen Grundkonzeption basieren, die es sogleich darzulegen gilt. Für diesen Beitrag wird für eine einfache und einheitliche Darstellung auf den Begriff des Differenzierungsverbotes zurückgegriffen.

Sinn und Zweck des Differenzierungsverbotes ist das Verbot von Differenzierungen nach den aufgelisteten Merkmalen, oder bewusst laienhaft ausgedrückt: Die verschiedenen Merkmale des Differenzierungskatalogs des Art. 3 Abs. 3 GG dürfen grundsätzlich keinen Grund für Ungleichbehandlungen darstellen.⁶ Zwar begründet es genau wie der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG subjektive Abwehrrechte⁷ des Einzelnen, jedoch geht das Verbot von Ungleichbehandlungen wegen eines der verpönten Merkmale

über das des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus. Es stellt nicht nur wie Art. 3 Abs. 1 GG, beginnend bei weniger intensiven Ungleichbehandlungen, ein reines Willkürverbot auf, dem bei sachlicher und nachvollziehbarer Begründung bereits Genüge getan ist und dadurch dem Gesetzgeber einen entsprechend hohen Spielraum eröffnet, um im Stile eines jedito-Gedankens, stufenlos schärfere Rechtfertigungsmaßstäbe bis hin zur strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung anzulegen.⁸ Vielmehr verbietet Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich rechtliche Anknüpfungen an eines der Merkmale des Kataloges in Art. 3 Abs. 3 GG, wovon nur in besonders eng definierten Ausnahmen abgewichen werden darf, die insbesondere durch die Rechtsprechung des BVerfG herausgearbeitet wurden. Diese strengeren verfassungsrechtlichen Anforderungen an merkmalsbezogene Differenzierungen sind dabei mit der engen Verbindung der Differenzierungsverbote zum Grundsatz der unantastbaren Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG zu begründen.⁹ Ob eine gesetzliche Regelung, die an eines der verpönten Merkmale anknüpft, auch tatsächlich zu einer Benachteiligung oder Bevorzugung führt, ist für die Anwendung des Differenzierungsverbotes prima facie allerdings unerheblich. Ziel ist es hingegen, dass verpönte Merkmale als spezielle Kriterien keinen Einzug in Rechtsetzung und -anwendung finden,¹⁰ wobei erfahrungsgemäß quasi jeder Differenzierung auch Benachteiligungen oder Bevorzugungen innewohnen.

II. Der Regelungsgehalt: Das Anknüpfungsverbot und die verpönten Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG im Überblick

Zu betrachten ist nun, wie der Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 GG konkret ausgestaltet ist. Anhand des Wortlautes lassen sich hierbei zwei Passagen ausfindig machen, die der genauen Bestimmung des Regelungsgehaltes dienen. Zum einen die kurze und auslegungsbedürftige Formulierung *wegen*, sowie die einzelnen verpönten Merkmale für sich.

1. Anknüpfungsverbot: *wegen*

Die Wortwahl *wegen* in Art. 3 Abs. 3 GG ist ebenso kurz wie konkretisierungsbedürftig. Traditionell wird dabei die Interpretation des Differenzierungsverbotes in Form eines Anknüpfungsverbotes vertreten.¹¹ Nach dieser Interpretation

³ Englisch in: Grundrechte-Kommentar, 3. Auflage, 2019, Art. 3, Rn. 66.

⁴ So z. B. BVerfGE 85, 191 (191); Nußberger in: Grundgesetz, 8. Auflage, 2018, Art. 3, Rn. 233.

⁵ Sacksofsky, Ute, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Auflage, 1996, S. 341.

⁶ Sacksofsky (Fn. 5), S. 26.

⁷ Nußberger in: Grundgesetz (Fn. 4), Art. 3, Rn. 233.

⁸ Britz, Gabriele: Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346 (351).

⁹ Heun in: Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage, 2013, Art. 3, Rn. 117.

¹⁰ Vgl. Sacksofsky (Fn. 5), S. 27.

¹¹ Vgl. Baer/Markard in: Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflg., 2018, Art. 3, Rn. 426.

kommt es nur darauf an, ob staatliche Maßnahmen, wie etwa gesetzliche Regelungen, eines der beschriebenen Merkmale verwenden oder zumindest an solche Eigenschaften anknüpfen, die ausschließlich den geschützten Merkmalsträgern anhaften und daran eine konkrete Rechtsfolge festmachen.¹² Knüpft also beispielsweise ein Gesetz zwar nicht an das Merkmal *Frau*, als eine Form des Geschlechts, sondern in irgendeiner Weise an die Schwangerschaft an, die nur Frauen unmittelbar betreffen kann, so wäre auch hier eine rechtserhebliche Differenzierung anzunehmen. Differenzierungen nach einem der verpönten Merkmale sind demnach vorbehaltlich der Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht ausgeschlossen.¹³ Die Rechtsprechung des BVerfG zum Differenzierungsmerkmal des Geschlechts unterstützt indessen diese Auffassung. So entwickelte es sich nach dem Nachtarbeitsurteil von 1992, auf das im Verlauf der Arbeit noch einmal genauer eingegangen wird, zur ständigen Rechtsprechung, ein Anknüpfungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG zu lesen,¹⁴ bei dem die Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht offengehalten wird.¹⁵ Diese Interpretation entspricht dem Gedanken hinter Art. 3 Abs. 3 GG, jeglichen Ungleichbehandlungen aufgrund von verpönten Merkmalen grundsätzlich vorzubeugen. Denn hier werden dem Staat nur sehr restriktive Möglichkeiten für merkmalsbezogene Differenzierungen geboten, um so die Schutzfunktion des Differenzierungsverbotes zu sichern.¹⁶

2. Das Merkmal des Geschlechts als Bruch mit dem binären Geschlechtsverständnis im deutschen Recht

Blickt man beispielsweise auf das Familienrecht, so wird schnell der Eindruck vermittelt, dass die deutsche Rechtsordnung grundsätzlich von einem binären Geschlechtsverständnis ausgeht. So normieren etwa die §§ 1591, 1592 BGB die Mutter- bzw. Vaterschaft. Hierbei ist ausdrücklich nur die Rede von *Frau* und *Mann*. Für Trans- bzw. Intersexualität bleibt kein Raum. So darf ein Transmann, welcher ein Kind zur Welt bringt, sich nicht rechtlich als Vater bezeichnen.¹⁷

Mit Blick auf das Anknüpfungsmerkmal des *Geschlechts* nach Art. 3 Abs. 3 GG wäre es daher naheliegend, auch diese Formulierung als *Mann und Frau* zu definieren, wie es die herrschende Meinung lange Zeit auch zu tun pflegte.¹⁸ Gesellschaftliche Entwicklungen, wie etwa die *Genderdebatte*, haben aber der Öffentlichkeit ins Bewusstsein gerufen, dass die Frage des Geschlechts keine rein binäre Vorstellung zulässt, sondern das weite Feld der Geschlechtsidentität eine – auch verfassungsrechtlich – differenzierte Betrachtung erfordert. Hier drängt sich auch erstmals die Frage zum Verhältnis zu Art. 3 Abs. 2 GG auf. Dort ist ausdrücklich von *Mann und Frau* die Rede. Das Anknüpfungsmerkmal des Art. 3 Abs. 3 GG inhaltsgleich auszulegen, erscheint hiernach zumindest bedenklich. Das BVerfG ist dieser Ansicht in seiner Entscheidung zur dritten Geschlechtsoption 2017 gefolgt. Das Gericht hat darin entschieden, dass Intersexuelle, deren geschlechtliche Identität grundsätzlich durch das Recht auf Selbstbestimmung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird, wegen ihres Geschlechtes diskriminiert werden, wenn sie dazu gezwungen werden, ihr Geschlecht im Personenstandsregister anzugeben, dabei aber keine andere Option als *männlich* oder *weiblich* vorgesehen ist.¹⁹ Dadurch wird nunmehr auch gerichtsfest dem Umstand Rechnung getragen, dass es bei der Beurteilung des Geschlechts nicht allein auf das Merkmal der Fortpflanzungsfähigkeit ankommt, das nach einem binären Geschlechtsverständnis ausschlaggebend ist. Intersexuelle, die Merkmale des männlichen als auch weiblichen Geschlechts aufweisen, würden dabei aus dem Raster fallen.²⁰ Dem Urteil ist, entgegen einiger Kritik, dass dem BVerfG eine Erweiterung des Sinnes des Wortes Geschlechts auf die *geschlechtliche Identität* nicht zustehe, dadurch der Gesetzestext in unzulässiger Weise ausgedehnt wird²¹ und eine entsprechende Verfassungsänderung nötig sei, zuzustimmen. Wie keine andere Verfassungsnorm sind die Garantien des Art. 3 GG dynamisch und müssen daher auch offen für sich verändernde Wertvorstellungen sein. Gerade auf das Geschlecht bezogen hat sich ein Verfassungswandel vollzogen, der sich in der Rechtsprechung des BVerfG niedergeschlagen hat.²² Das

¹² Kischel in: BeckOK Grundgesetz, 48. Edition, 2021, Art. 3, Rn. 212.

¹³ Englisch in: Grundrechte-Kommentar (Fn. 3), Art. 3, Rn. 69.

¹⁴ BVerfGE 85, 191 (206 f.); BVerfGE 121, 241 (254); BVerfGE 107, 257 (269).

¹⁵ Heun in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 9), Art. 3, Rn. 123.

¹⁶ Eine andere Ansicht sieht hingegen in Art. 3 Abs. 3 GG ein Begründungsverbot, wonach rechtliche Differenzierungen nicht anhand der verpönten Merkmale von ihrer selbst willen begründet werden dürfen. Hierdurch würde allerdings im Ergebnis das Begründungsverbot zu einem modifizierten Willkürverbot verkommen, was dem Schutzzweck des Art. 3 Abs. 3 GG zuwiderlaufen würde. Vgl. hierzu Englisch in: Grundrechte-Kommentar (Fn. 3), Art. 3, Rn. 70; a. A. Heun in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 9), Art. 3, Rn. 125.

¹⁷ Bredler, Eva Maria / Guijarro, Victoria / Storf, Pia Lotta: Für eine Justitia ohne Augenbinde, <http://www.forum-recht-online.de/wp/?p=1896> [Stand: 28. 11. 2020].

¹⁸ So z. B. Heun in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 9), Art. 3, Rn. 127; Kischel in: BeckOK Grundgesetz (Fn. 12), Art. 3, Rn. 219.

¹⁹ BVerfGE 147, 1 (1).

²⁰ Sanders, Anne: Hat das Recht ein Geschlecht?, NZFam 2018, 241 (241 f.). Hier auch weitere Anmerkungen und Rückschlüsse aus der Entscheidung des BVerfG.

²¹ Ausführlich zu dieser Kritik Kischel in: BeckOK Grundgesetz (Fn. 12), Art. 3, Rn. 219.

²² Siehe hierzu z. B. BVerfGE 131, 239 (257).

Erfordernis einer Verfassungsänderung sah mithin nicht einmal der verfassungsändernde Gesetzgeber selbst, der einen entsprechenden Änderungsvorschlag 2010 mit dem Verweis, es handele sich hierbei um reine Symbolpolitik, abgelehnt hat.²³

Daher kann festgehalten werden: Auch wenn der Formulierung *Geschlecht* bei den Beratungen des Parlamentarischen Rats zur Ausarbeitung des Grundgesetzes dem *damaligen* Zeitgeist entsprechend ein binäres Geschlechtsverständnis zugrunde lag²⁴, so ist der Wortlaut offen genug, dass die Interpretation des BVerfG mit Blick auf den *heutigen* Zeitgeist und des Wissens um weitere Geschlechtsidentitäten geboten ist, weitere Geschlechtsoptionen in den Schutzbereich des Differenzierungsverbotes einzubeziehen.²⁵ Ein entgegenstehender Wille des verfassungsgebenden Gesetzgebers, die *geschlechtliche Identität* gerade nicht in das Merkmal des *Geschlechts* hineinzulesen ist hingegen nicht ersichtlich²⁶ und würde zudem der sozialen Realität auch widersprechen. Das kann nicht das Ziel von Verfassungsinterpretation sein.

Somit kann der Schluss gezogen werden, dass das Anknüpfungsmerkmal *Geschlecht* nach verfassungsrechtlicher Wertung keinen Anhalt bietet, lediglich Männer und Frauen vor Ungleichbehandlungen zu schützen. Sie bietet vielmehr weiteren Geschlechtsidentitäten eine Möglichkeit, in den Genuss des Schutzes des Differenzierungsverbotes zu kommen. Der Schutzfunktion des Art. 3 Abs. 3 GG, jeden Menschen vor geschlechtsspezifischer Differenzierung zu bewahren, entspricht diese Ansicht, da eine eindeutige Einordnung in ein binäres Geschlechtsmodell nicht immer möglich ist, und fördert überdies die gesellschaftliche Akzeptanz für das weite Feld der Geschlechtsidentität.

Zur Rechtfertigung von geschlechtsbezogenen Diskriminierungen herrscht in Rechtsprechung und Literatur indes weitgehend Einigkeit. So wird der Rechtfertigungsmaßstab sehr eng ausgelegt, wonach Differenzierungen wegen des Geschlechts nur gerechtfertigt sind, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.“²⁷ Fehlt es hingegen an solchen zwingenden Gründen, so ist nur noch die Rechtfertigung im Zuge des kollidierenden Verfassungsrechts

möglich, wobei insbesondere Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht kommt.²⁸

3. Die übrigen Anknüpfungsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 GG

Die verbleibenden Differenzierungsverbote führen in der verfassungsrechtlichen Diskussion weitgehend ein Schattendasein, sollen aber der Vollständigkeit halber nicht unerwähnt bleiben. Grundsätzlich ist deren Schutzfunktion vor Diskriminierungen in Anbetracht der historischen Bedeutung von hoher Relevanz für das deutsche Grundrechtsverständnis.

Die *Abstammung* ist die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren, wohingegen der – worauf vorliegend lediglich hingewiesen werden kann – politisch wie verfassungsrechtlich sehr umstrittene Begriff *Rasse* auf tatsächlich biologisch vererbare Eigenschaften (z. B. Hautfarbe) abstellt.

Heimat dient insbesondere dem Schutz von Geflüchteten und bezieht sich auf die örtliche Herkunft eines Menschen, *Herkunft* hingegen auf dessen soziale Verwurzelung.

Sprache meint nach einhelliger Auffassung die Muttersprache, mit der man aufgewachsen ist.

Glaube und *religiöse Anschauung* sind nicht konsequent voneinander zu trennen. Sie sind allerdings im Einklang mit der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG weit auszulegen und schützen sowohl innere Glaubenseinstellungen als auch Glaubensausübung.

Politische Anschauung schützt insbesondere die freie Meinungsäußerung und wird daher in aller Regel durch Art. 5 Abs. 1 GG verdrängt.²⁹

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG stellt ein Benachteiligungsverbot von Menschen mit Behinderung auf. *Behinderung* wird hierbei als Funktionsbeeinträchtigung durch einen nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand verstanden³⁰ und wurde im Zuge der gemeinsamen Verfassungskommission 1994 in Art. 3 Abs. 3 GG eingefügt.

²³ BT-Drucks 17/4775, S. 5.

²⁴ Voßkuhle, *Andreas*: Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, JuS 2019, 417 (419).

²⁵ Vgl. Voßkuhle, JuS 2019, 417 (419).

²⁶ BVerfGE 131, 239 (257).

²⁷ BVerfGE 92, 91 (109); dem zustimmend auch Baer/Markard in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 11), Art. 3, Rn. 461.

²⁸ Di Fabio, *Udo*: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, AöR 122 (1997), 404 (411).

²⁹ Zu den verschiedenen Definitionen *Englisch* in: Grundrechte-Kommentar (Fn. 3), Art. 3, Rn. 77 ff.

³⁰ Baer/Markard in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 11), Art. 3, Rn. 531.

III. Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen?

Differenzierung von Rechts wegen führt zu Diskriminierung. Jedoch drängt sich mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG die Frage auf, ob hierdurch auch individuelle Abwehrrechte entstehen, wenn eine Regelung zwar nicht ausdrücklich an eines der verpönten Merkmale anknüpft – also an sich rechtlich *neutral* ist –, in seiner Wirkung aber geschützte Merkmalsträger *faktisch* benachteiligt oder bevorzugt. Dieser vermeintliche Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen würde damit den Schutzgehalt der speziellen Differenzierungsgebote auch auf die gesellschaftliche Realität ausdehnen und dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnen, unter dem Deckmantel des Art. 3 Abs. 3 GG kompensatorische Maßnahmen zu treffen, um rein faktische Ungleichheiten zwischen gesellschaftlichen, von Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Gruppen auszugleichen. Dieser Ansatz würde den Charakter des Differenzierungsverbotes in Form eines Anknüpfungsverbotes über Bord werfen.

In Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zum heutigen Art. 157 AEUV (ehem. Art. 119 EWGV und Art. 141 EGV) hat das BVerfG auch vereinzelt einen Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen im Verhältnis zwischen Mann und Frau in Art. 3 Abs. 3 GG angenommen.³¹ Diesen Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen auf die übrigen verpönten Merkmale auszuweiten, scheut das Gericht hingegen bisher.³² Zurecht, wie sich mit Blick auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG herausstellt. Denn die Differenzierungsverbote geben keinen Anlass, einen Förderauftrag in Form einer Staatszielbestimmung in Art. 3 Abs. 3 GG hineinzuzinterpretieren, der es gebieten würde, auch rein faktische Benachteiligungen unter Bezug auf Art. 3 Abs. 3 GG abzubauen.³³ Der Unterschied zu Art. 157 AEUV besteht demnach darin, dass Art. 3 Abs. 3 GG gerade keinen Sicherstellungsauftrag normiert, sondern ein reines subjektives Abwehrrecht des bzw. der Einzelnen darstellt.

Die neuere Rechtsprechung des BVerfG kann also diesbezüglich nicht als Bruch mit der Interpretation des Art. 3 Abs. 3 GG als Anknüpfungsverbot, das sich als ein Verbot rechtlicher Differenzierungen versteht, gesehen werden, sondern zeugt vielmehr von einem Schlingerkurs der Verfassungsrechtsprechung in Bezug auf das Verhältnis von

Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG. Denn der Schutz von mittelbaren Diskriminierungen, zumindest soweit das Verhältnis zwischen Mann und Frau betroffen ist, ist im Grundgesetz durchaus angelegt. Der Rückschluss auf Art. 3 Abs. 3 GG diesbezüglich ist aber dogmatisch wie systematisch inkonsequent, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.³⁴ Sonstige mittelbare Diskriminierungen, wie etwa aufgrund der Religion oder Weltanschauung, sind hingegen ohnehin freiheitsgrundrechtlich abzuwehren. Es kann an dieser Stelle allerdings festgehalten werden, dass Art. 3 Abs. 3 GG keinen dezidierten Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen bietet.³⁵

C. Art. 3 Abs. 2 GG: Ein dogmatisches Labyrinth

Analysiert man das Verhältnis der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG, hängt das Ergebnis insbesondere von der Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG ab. Die dogmatische Einordnung hiervon gestaltet sich durchaus kompliziert. Die auf den ersten Blick einfachen Worte „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ lassen nicht vermuten, welcher ausufernden Meinungsstreit zum konkreten Regelungsgehalt die Verfassungsnorm mit sich bringt. Der 1994 ergänzte Satz 2 des Art. 3 Abs. 2 GG hat, anders als erhofft, die Diskussion nicht zum Erliegen gebracht, sondern weitere Fragen aufgeworfen.

I. Einführung in die Problematik des rechtsdogmatischen Charakters des Art. 3 Abs. 2 GG

Die Ansichten zur Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG sind vielfältig. Wie wohl kein anderes Grundrecht ist die Gleichberechtigung von Mann und Frau in all seinen Facetten politisch höchst umstritten. Dieser Umstand wirkt sich auf die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG aus. Die Ansichten reichen von Art. 3 Abs. 2 GG als einem lediglich sprachlich nuancierten, aber sonst inhaltlich zu Art. 3 Abs. 3 GG identischen Differenzierungsverbot, bis hin zu einer objektiven Gestaltungspflicht des Gesetzgebers. Beides hat dogmatisch nichts mehr miteinander zu tun.³⁶ Das BVerfG hatte lange Zeit indes auch keine klare Linie zur Auslegung des Gleichberechtigungsgebotes und stiftete mit einer teils wankelmütigen Rechtsprechung, die insbesondere das

³¹ Vgl. z. B. BVerfGE 121, 241 (254 f.).

³² So etwa beim Merkmal Sprache; siehe hierzu BVerfGE 64, 135 (156); Koch, Nguyen, Schutz vor mittelbarer Diskriminierung – Gleiches Recht für alle?, EuR 2010, 364 (370).

³³ Vgl. Englisch in: Grundrechte-Kommentar (Fn. 3), Art. 3, Rn. 76.

³⁴ Es scheint konsequenter, rein faktische Beeinträchtigungen anderer nach Art. 3 Abs. 3 GG gelisteten Merkmalsträger freiheitsrechtlich abzuwehren; Vgl. Englisch in: Grundrechte-Kommentar (Fn. 3), Art. 3, Rn. 76.

³⁵ a. A. Baer/Markard in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 11), Art. 3, Rn. 429; Hier wird zwar angemerkt, dass das Modell der mittelbaren Diskriminierung durchaus umstritten ist, jedoch beschrieben, dass die Wirksamkeit des Art. 3 Abs. 3 GG hierdurch erheblich erhöht wird.

³⁶ Vgl. zur etwas diffusen Situation rund um Art. 3 Abs. 2 GG auch Heun in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 9), Art. 3, Rn. 100 ff.

Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3 GG betrifft, zusätzliche Verwirrung. So prüfte es, wenn Gleichberechtigung von Mann und Frau in Rede stand, wahlweise eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG oder Art. 3 Abs. 3 GG für sich, verwies aber auch auf einen gemeinsamen Regelungsgehalt der speziellen Gleichheitssätze und war in der Nomenklatur inkonsequent.³⁷ Welche eigenständige Bedeutung dem Art. 3 Abs. 2 GG zukommt, blieb lange fraglich und ist auch heute weiterhin umstritten. Daher scheint es geboten, dessen historische Entstehung und Entwicklung genauer zu betrachten, um hieraus wichtige Erkenntnisse zur konkreten Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG in seiner heutigen Fassung zu gewinnen.

II. Historische Entwicklung: Von Elisabeth Selbert zur Gemeinsamen Verfassungskommission

Zwischen Inkrafttreten des Grundgesetzes und dessen groß angelegter Reform im Zuge der Gemeinsamen Verfassungskommission 1994 hat sich die Sicht auf die natürliche Rollenverteilung zwischen Mann und Frau einem stetigen Wandel unterzogen. So auch die Ansichten auf Art. 3 Abs. 2 GG, eine Norm, die ohne die Anstrengungen der Sozialdemokratin Elisabeth Selbert im Parlamentarischen Rat zur Ausarbeitung des Grundgesetzes wohl gar nicht in die Verfassung aufgenommen worden wäre. Der Formulierungsvorschlag „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ fand erst bei der vierten Abstimmung eine Mehrheit im Gremium, das aus 61 Männern und 4 (!) Frauen bestand, und das auch erst nach massiven öffentlichen Protesten zehntausender Frauen.³⁸

In seiner Grundsatzentscheidung von 1953 erklärte das BVerfG nach Ablauf einer Übergangsfrist Art. 3 Abs. 2 GG für unmittelbar bindendes Verfassungsrecht.³⁹ Ausgehend von dieser Entscheidung lassen sich über die nächsten 40 Jahre bis zur Novellierung des Art. 3 Abs. 2 GG drei Phasen der Interpretation und Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 2 GG ausmachen, die das heutige Verständnis von der verfassungsrechtlich zugesicherten Gleichberechtigung von Mann und Frau prägen.⁴⁰

1. Die drei Phasen der Grundrechtsinterpretation bis 1992

In der ersten Phase in den 1950er und 1960er Jahren wurden stets die natürlichen Unterschiede zwischen den Geschlechtern betont.⁴¹ Bestehende patriarchale Rollenverteilungen zwischen Mann und Frau wurden dabei nicht etwa als soziales und historisches Konstrukt, sondern als natürliche Folge der biologischen Unterschiede zwischen den Geschlechtern angesehen.⁴² Die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG a. F. als Differenzierungsverbot, dem neben dem Gehalt des Art. 3 Abs. 3 GG keine weitergehende Bedeutung zukommt – es sich hierbei also auch um ein Verbot *rechtlicher* Differenzierungen handelt – wurde dabei, ohne weitere Ausführungen zu bemühen, angenommen. Nichtsdestoweniger wurden in dieser Zeit wichtige Weichenstellungen für die Gleichberechtigung der Frau gelegt. Die meisten Verfassungsbeschwerden wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG, die mit Erfolg gekrönt waren, wurden von Frauen eingelegt. Diejenigen von Männern hingegen wurden regelmäßig als evident unbegründet zurückgewiesen bzw. nicht zur Entscheidung angenommen. So kippte das BVerfG in dieser Zeit etwa den väterlichen Stichtentscheid im Familienrecht und die Bevorzugung des Mannes in der Höfeordnung.⁴³

Die zweite Phase in den 1970ern und frühen 1980ern hingegen ist geprägt von der Annahme der grundsätzlichen Gleichheit von Mann und Frau.⁴⁴ Im Zuge der Frauenbewegung änderte sich auch die Ansicht des BVerfG zur natürlichen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau hin zu einem gleichwertigen Miteinander und weg von der Fürsorgepflicht für Familie und Haushalt und einer klaren Unterordnung der Frau.⁴⁵ Hier zeigt sich erstmals eine Tücke der Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot, wenn dessen Ziel formale Gleichberechtigung ist, darüber hinaus aber nicht die soziale Wirklichkeit erfassen soll. Indem rechtliche Differenzierungen zwischen Mann und Frau während dieser zweiten Phase weitgehend aus der deutschen Rechtslandschaft verschwunden sind, hat sich die Schutzfunktion des Differenzierungsverbotes für Frauen, deren Schutz die Einfügung des Art. 3 Abs. 2 GG in das Grundgesetz bezweckte, erfüllt. Das Ziel Elisabeth Selberts der nicht nur

³⁷ So beschreibt es auch *Sacksofsky* (Fn. 5), S. 24.

³⁸ *Bredler/Guijarro/Storf*, <http://www.forum-recht-online.de/wp/?p=1896> [Stand: 28. 11. 2020].

³⁹ BVerfGE 3, 225 (225).

⁴⁰ Vgl. hierzu im Wesentlichen *Rust, Ursula*: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungs-Gerichts zur garantierten Gleichberechtigung, APuZ, B 37.-38/2001, 26 (32); detaillierte Ausführungen dazu in *Sacksofsky* (Fn. 5), S. 79 ff.

⁴¹ So z. B. BVerfGE 2, 225 (241); BVerfGE 6, 389 (425 f.); *Rust*, APuZ, B 37.-38/2001, 26 (32).

⁴² *Sacksofsky* (Fn. 5), S. 81.

⁴³ BVerfGE 10, 59; BVerfGE 15, 337.

⁴⁴ *Rust*, APuZ, B 37.-38/2001, 26 (32).

⁴⁵ Hierzu exemplarisch etwa BVerfGE 39, 169 (187 f.); BVerfGE 48, 327 (337); BVerfGE 52, 369 (376); i. Ü. vgl. *Sacksofsky* (Fn. 5), S. 85 ff.

formalen, sondern materiellen Gleichberechtigung war allerdings noch lange nicht erfüllt.

Diese zweite Phase ging zuletzt fließend in die dritte über. Ab den 1980er Jahren wurde dann zunehmend die soziale Wirklichkeit bei der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG berücksichtigt. Längst hatten verfestigte Rollenverteilungen sich aufzulösen begonnen. Dass Frauen trotz weitgehend formaler Gleichberechtigung nach wie vor in weiten Teilen gesellschaftlich faktisch signifikant schlechter gestellt waren als Männern, ließ sowohl Literatur als auch Rechtsprechung nach und nach tatsächliche soziale Unterschiede, unabhängig von der rechtlichen Qualität von Gesetzen diesbezüglich, in die Überlegungen aufnehmen.⁴⁶ So beginnt insbesondere die Literatur über weitere Interpretationsansätze als das bisher stillschweigend angenommene Differenzierungsverbot zu diskutieren. Insbesondere ein Verfassungsauftrag⁴⁷, der etwa auch aktive Frauenförderungsmaßnahmen verlange⁴⁸, wurde dabei erörtert. Diese Entwicklung zieht sich bis 1992, als das BVerfG in seinem Nachtarbeitsurteil erstmals den Schutzgehalt des Art. 3 Abs. 2 GG auf faktische Ungleichbehandlungen ausweitet.

2. Das Nachtarbeitsurteil des BVerfG 1992

Das Nachtarbeitsurteil⁴⁹ darf zwar als logische Konsequenz des gesellschaftlichen Wandels der vorangegangenen 40 Jahre betrachtet werden, ist in Anbetracht der dogmatischen Einordnung des Art. 3 Abs. 2 GG aber durchaus ein Paukenschlag. Hat das BVerfG 1956 noch die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit des § 19 AZO betont⁵⁰, wird eben dieses Gesetz nun für nicht vereinbar mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG erklärt und das Gericht ordnet das Verhältnis der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG neu.

§ 19 AZO untersagte die Beschäftigung von Arbeiterinnen zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen nach 17 Uhr, was mit funktionellen und konstitutionellen Unterschieden von Mann und Frau begründet wurde, um Frauen vor gesundheitlichen Folgen der Nacharbeit zu schützen.⁵¹ Nach Auffassung des BVerfG entspricht dieses Verständnis nicht der grundsätzlichen Gleichheit von Mann und Frau und diskriminiere sie ungerechtfertigt wegen ihres Geschlechts.

Viel interessanter als das Ergebnis ist die Neuinterpretation des Art. 3 Abs. 2 GG durch das BVerfG. So wendet es sich von der Ansicht ab, dass Art. 3 Abs. 2 GG ein zu Art. 3 Abs. 3 GG inhaltsgleiches Differenzierungsverbot normiert. Rechtliche Ungleichbehandlungen sollen fortan nur noch am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 GG geprüft werden, wohingegen Art. 3 Abs. 2 GG a. F. „ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt“.⁵² Des Weiteren billigt das Gericht grundsätzlich staatliche Fördermaßnahmen, um faktische Nachteile, die in aller Regel Frauen treffen, auszugleichen.⁵³

Nun hat das BVerfG mit diesem Urteil nicht alle Fragen zur Einordnung des Art. 3 Abs. 2 GG in das System der Grundrechte beantwortet. Die Formulierung, Art. 3 Abs. 2 GG stelle ein Gleichberechtigungsgebot auf, ist sehr weitläufig und nicht ganz unstrittig. Doch stellt das Gericht fest, was sich die Jahre zuvor in der verfassungsrechtlichen Debatte herauskristallisiert hat: Art. 3 Abs. 2 GG zielt auf etwas anderes ab als Art. 3 Abs. 3 GG, nämlich die tatsächliche Gleichberechtigung von Mann und Frau in der gesellschaftlichen Realität, und stellt einen Verfassungsauftrag auf, dessen Umsetzung alle öffentliche Gewalt bindet.⁵⁴

3. Gemeinsame Verfassungskommission 1994

Im Geiste des Nachtarbeitsurteils des BVerfG wurde der Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG im Zuge der Gemeinsamen Verfassungskommission 1994, welche nach der deutschen Wiedervereinigung von Bund und Ländern einberufen wurde, eingefügt. Zwar bestand von Anfang an grundsätzliche Einigkeit darüber, dass Art. 3 Abs. 2 GG durch eine Ergänzung konkretisiert und die Entscheidung des BVerfG im Nachtarbeitsurteil sinngemäß im Art. 3 Abs. 2 GG widergespiegelt werden soll, über die genaue Formulierung wurde hingegen gestritten. Insbesondere darüber, wie konkret die Zulässigkeit von Frauenförderungs- und Kompensationsmaßnahmen zur Bekämpfung bestehender Nachteile für Frauen im Wortlaut abgebildet werden sollen.⁵⁵ Das Ergebnis – „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“ – wirkt klangvoll, ist aber ein unglücklicher Kompromiss.

⁴⁶ So befusste sich bereits 1974 *Maier, Irene*: Die Gleichberechtigung der Frau im Arbeitsleben. Zum 50. Deutschen Juristentag 1974 in Hamburg, NJW 1974, S. 1685; mit faktischen Benachteiligungen von Frauen und zeigt damit auf, dass Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot nicht weiter zielführend ist.

⁴⁷ So beispielsweise *Friauf, Karl Heinrich*, Gleichberechtigung der Frau als Verfassungsauftrag, 1981, S. 9.

⁴⁸ *Sacksofsky* (Fn. 5), S. 160 ff.

⁴⁹ BVerfGE 85, 191.

⁵⁰ BVerfGE 5, 9.

⁵¹ *Müller-Terpitz, Ralf*: BVerfGE 85, 191 – Nachtarbeitsverbot, in: Menzel, Jörg/Müller-Terpitz, Ralf, Verfassungsrechtsprechung, 3. Auflage, 2017, S. 507 (508).

⁵² BVerfGE 85, 191 (207).

⁵³ BVerfGE 85, 191 (207).

⁵⁴ Vgl. *Di Fabio*, AöR 122 (1997), 404 (410).

⁵⁵ *Sacksofsky* (Fn. 5), S. 395 f.

Die grundsätzliche Konzeption als Staatsziel ist zwar unstrittig, aber die Diskussion über Frauenförderungsmaßnahmen und den dogmatischen Charakter des Art. 3 Abs. 2 GG wurde hierdurch im Ergebnis nur in die nächste Runde geschickt, statt endgültig klarzustellen, um was es sich bei Art. 3 Abs. 2 GG rechtsdogmatisch nun handelt.

III. Auslegungs- und Interpretationsmöglichkeiten des Art. 3 Abs. 2 GG

Anhand der historischen Entwicklungen rund um den Art. 3 Abs. 2 GG sind bereits einige Diskussionspunkte und konkrete Ansichten zur Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG dargelegt worden. Im Folgenden soll im Detail auf die zentralen Interpretationsmöglichkeiten eingegangen werden und diese vor dem Hintergrund des zuvor Dargelegten auf ihre dogmatische Stringenz und Zweckmäßigkeit hin durchleuchtet werden. Dabei soll in einem ersten Schritt als Vorüberlegung auf die Frage eingegangen werden, ob Art. 3 Abs. 2 GG in seiner heutigen Fassung ein Gleichberechtigungs- oder Gleichstellungsgebot aufstellt, um dann in einem zweiten Schritt die konkret vertretenen Auslegungsmöglichkeiten zu betrachten.

1. Gleichberechtigungs- oder Gleichstellungsauftrag als Staatsziel: Chancen- oder Ergebnisgleichheit?

Im Zuge der Gemeinsamen Verfassungskommission entbrannte eine Debatte darüber, ob Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als Staatsziel ein Gleichberechtigungs- oder Gleichstellungsgebot aufstellt. Dabei determiniert die Betrachtung des Satz 2 das grundsätzliche Verständnis von Art. 3 Abs. 2 GG als Gesamtkonstruktion. Wirkt die sprachliche Nuancierung der beiden Ansichten noch so geringfügig, wird dieser Debatte in Teilen der verfassungsrechtlichen Literatur große Aufmerksamkeit gewidmet.⁵⁶ Auch die Anschlussfrage, ob es bei Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG um Chancen- oder Ergebnisgleichheit ginge, erhitze bisweilen die Gemüter. So zielt die Interpretation, die Chancengleichheit verlangt, auf gleichwertige Ausgangsbedingungen für Männer und Frauen ab, um etwa in Führungspositionen zu gelangen, wohingegen Ergebnisgleichheit tatsächliche Parität zwischen Männern und Frauen anstrebt. Beide Diskussionen stellen sich bei genauerer Betrachtung jedoch als Scheindebatten heraus.

Die Entscheidung, ob es sich bei Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG um ein Gleichberechtigungs- oder Gleichstellungsgebot handle,

erübrigt sich bereits mit einem Blick auf die zuvor dargelegte historische Entwicklung der Grundrechtsinterpretation. So kann Gleichstellung auch als die Durchsetzung tatsächlicher bzw. materieller Gleichberechtigung umschrieben werden.⁵⁷ Gleichberechtigung kann in Anbetracht der bereits flächendeckend vorhandenen formellen Gleichberechtigung allerdings im Kontext der Ergebnisse der Gemeinsamen Verfassungskommission und der neueren Rechtsprechung des BVerfG als nichts anderes betrachtet werden, da formale Gleichberechtigung nicht mehr ernsthaft als Ziel ausgegeben werden kann. Beide Ansätze kommen also, wenn man die geschichtliche Entwicklung betrachtet, materiell zum gleichen Ergebnis.

Auch die Frage, ob der neu eingefügte Satz 2 auf Chancen- oder Ergebnisgleichheit abzielt, läuft ins Leere. Die Angst von Verfechtern der Idee der Chancengleichheit, eine Interpretation als Ergebnisgleichheit führe zu einer Gesellschaft geprägt von starren Frauenquoten, wäre schon gar nicht mit der freiheitlichen Konzeption der Grundrechte vereinbar⁵⁸ und daher vom Prinzip der Ergebnisgleichheit nicht als Ziel ausgegeben. Andererseits ist natürlich Chancengleichheit solange nicht endgültig erreicht, wie Frauen noch strukturelle Benachteiligungen erfahren.⁵⁹ Also entspricht bei grundrechtskonformer Betrachtung das Konzept der Chancengleichheit bei hypothetischer endgültiger Durchsetzung dem der Ergebnisgleichheit.

So detailliert, wie es diese Debatten darzustellen versuchen, können Staatsziele gar nicht entwickelt sein. Sie sind vielmehr ein dynamisches Konstrukt der Verfassungsordnung, das anpassungsfähig ist und sich nicht in starre Formen pressen lässt.⁶⁰ Der Versuch, das Staatsziel des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG so verschieden zu umschreiben, um am Ende materiell auf das gleiche Ergebnis zu kommen, ist ein Irrweg und zeugt mehr von ideologisch verhärteten Fronten und Wortklauberei, wenn es um Gleichberechtigung von Mann und Frau geht, als von ergebnisorientierter Debattenkultur. Schon die Beschreibung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 2 GG im Nachtarbeitsurteil, woraufhin Satz 2 eingefügt wurde, ließ bewusst Spielraum für Interpretationen, um das Staatsziel auszufüllen.

⁵⁶ So bezeichnen *Baer/Markard* in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 11), Art. 3, Rn. 341. Art. 3 Abs. 2 GG etwa konkret als Gleichstellungsgebot, während *Linck, Rüdiger* in: Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Auflage, 2019, § 3, Rn. 20 lapidar von einem Gleichberechtigungsgebot ausgeht.

⁵⁷ So beschreibt es auch *Sacksofsky* (Fn. 5), S. 396 f.

⁵⁸ *Di Fabio*, AöR 122 (1997), 404 (442 f.).

⁵⁹ Vgl. *Sacksofsky* (Fn. 5), S. 400 f.

⁶⁰ Vgl. *Schladebach, Markus*: Staatsziel-bestimmungen im Verfassungsrecht, JuS 2018, 118 (119).

2. Verschiedene Interpretationsansätze der dogmatischen Einordnung des Art. 3 Abs. 2 GG

Auf jede einzelne Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG im Detail einzugehen, wäre wohl unmöglich. Selbst bei ähnlichen Ansätzen unterscheiden sich die konkreten Ansichten der Autoren immer wieder in Details. Es lassen sich allerdings drei grundlegende Interpretationsansätze zu Art. 3 Abs. 2 GG unterscheiden: ein explizites Differenzierungs- bzw. Diskriminierungsverbot, ein kollektiver Förderauftrag des Staates und ein sog. Dominierungsverbot.

a. Differenzierungs- bzw. Diskriminierungsverbot

Im Ergebnis sollte anhand der Darstellungen der historischen Entwicklungen rund um den Art. 3 Abs. 2 GG feststehen, dass die Interpretation als Differenzierungsverbot, das weitgehend inhaltsgleich zu Art. 3 Abs. 3 GG ist, nicht weiter zielführend ist. Denn diese ehemals herrschende Meinung leidet insbesondere nach systematischer und historischer Auslegung an vielen dogmatischen Konstruktionsfehlern.

So kann etwa bemängelt werden, dass Art. 3 Abs. 2 GG bei rechtlichen Differenzierungen wegen des Regelungsgehaltes des Art. 3 Abs. 3 GG leerlaufen würde, da dieser das Verhältnis Mann-Frau bereits mitabdeckt.⁶¹ Der Umstand, dass Art. 3 Abs. 2 GG damit quasi obsolet würde, muss aus verfassungsrechtlicher Sicht zumindest stutzig machen.

Des Weiteren würde die Interpretation als striktes Differenzierungsverbot den Sinn und Zweck der Einfügung des Satz 2 und die Entscheidung des BVerfG im Nachtarbeitsurteil, also den Schutzzweck des Gleichberechtigungsgebotes auf die gesellschaftliche Wirklichkeit zu erweitern, schlichtweg ignorieren. Denn zum einen sollte, wie bereits dargelegt, nicht lediglich formale – die bereits weitgehend erreicht ist –, sondern tatsächliche Gleichberechtigung Ziel des Art. 3 Abs. 2 GG sein. Zum anderen würde dadurch der Erkenntnis, dass Frauen in unserer Gesellschaft nach wie vor strukturelle Benachteiligungen erleben,⁶² in keiner Weise Rechnung getragen werden, da Frauenförderungsmaßnahmen nach dieser Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG rechtlich undenkbar wären, indem diese positiv an das Merkmal *Frau* anknüpfen und daher gegen das Differenzierungsverbot

verstoßen würden. Vielmehr würde Art. 3 Abs. 2 GG nach heutiger Rechtslage nur noch Schutzwirkung für Männer ausüben, die von bereits existierenden Frauenförderungsmaßnahmen nicht profitieren können, was mit Blick auf die gesellschaftliche Realität ein bemerkenswertes Ergebnis wäre.⁶³

Auch ein *weiches* Diskriminierungsverbot, das bestimmte Frauenförderungsmaßnahmen vom Verbot der rechtlichen Anknüpfungen ausnimmt, kann nicht überzeugen. Denn die sonst so klaren Konturen eines Anknüpfungsverbot würden hier verschwimmen.⁶⁴ Die Frage, wann etwa Frauenförderungsmaßnahmen angebracht wären, bliebe ungeklärt. Die systematischen Bedenken im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3 GG bestehen indes genauso wie bei der Interpretation eines strikten Differenzierungsverbotes.

b. Kollektives Fördergebot

Eine diametral entgegengesetzte Auffassung sieht in Art. 3 Abs. 2 GG ein kollektives Fördergebot. Danach wohnt dem Art. 3 Abs. 2 GG ein Auftrag des Staates zum Schutz der Gruppe der Frauen inne, der dem Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Ermächtigung an die Hand gibt, faktische Benachteiligungen, die Frauen erleben, mit kompensatorischen Maßnahmen auszugleichen.⁶⁵

Damit wird dem Grundgedanken der Rechtsprechung des BVerfG seit dem Nachtarbeitsurteil durchaus entsprochen, indem die soziale Realität Einzug in gesetzgeberische Überlegungen findet. Auch der Umstand, dass dem Art. 3 Abs. 2 GG in seiner neuen Fassung ein gruppenbezogenes Element innewohnt, wird hierbei beachtet.

Bei Betrachtung der Systematik der Grundrechte im Grundgesetz fällt jedoch auch hier eine entscheidende Schwachstelle auf. Grundrechte sind nämlich Individualrechte, also solche, die entweder einen – im Falle der Grundrechte in aller Regel – negatorischen Charakter haben. Durch die Interpretation als kollektives Fördergebot, das lediglich Handlungen des Gesetzgebers legitimiert, wird dieses Grundprinzip der Grundrechte verkannt.⁶⁶ So sehr man der Auffassung, dass Art. 3 Abs. 2 GG etwas Programmatisches innewohnt, zustimmen kann, so schwammig bleibt das kollektive Fördergebot auf individualrechtlicher Ebene. Denn

⁶¹ Heun in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 9), Art. 3, Rn. 101.

⁶² Hier sei exemplarisch noch einmal auf die in der Einleitung angesprochene Statistik zu Frauen in Führungspositionen verwiesen. Ein weiteres Beispiel struktureller Benachteiligungen von Frauen findet sich im sog. Gender Pay Gap, das 2020 laut Zahlen des Statistischen Bundesamtes ergab, dass Frauen in Deutschland durchschnittlich 18 % weniger verdienen als Männer. Die genauen Statistiken hierzu unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-1/gender-pay-gap.html>[Stand: 20.09.21].

⁶³ Baer/Markard in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 11), Art. 3, Rn. 362.; Sacksofsky (Fn. 5), S. 339 ff.

⁶⁴ Sacksofsky (Fn. 5), S. 341.

⁶⁵ Slupik, Vera, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, S. 137; Sacksofsky (Fn. 5), S. 346 f.

⁶⁶ Vgl. Heun in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 9), Art. 3, Rn. 103.

wie sich diese Idee auf die individuelle Einklagbarkeit der einzelnen Frau auswirkt, bleibt unklar.⁶⁷ Zudem werden an Rechtfertigungen für Frauenförderungsmaßnahmen durch den Gesetzgeber, dem durch das Fördergebot eine weitreichende Ermächtigungsgrundlage geschaffen wird, keine klaren Anforderungen gestellt und der Beurteilungsspielraum hierfür steigt ins Unermessliche. Das scheint mit den anerkannten Methoden der Verfassungsauslegung nicht vereinbar.⁶⁸ Die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als kollektives Fördergebot verkommt somit zum politischen Programmsatz, der verfassungsrechtlich schwer greifbar, und daher im Ergebnis abzulehnen ist.

c. Gruppenbezogenes Dominierungsverbot

Die Idee des Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Dominierungsverbot ähnelt in seinem Grundgedanken dem des kollektiven Fördergebots, enthält aber auch Aspekte eines Diskriminierungsverbotes. So erkennt auch dieser Ansatz an, dass durch das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 GG ein Werkzeug zur Beseitigung faktischer Benachteiligungen von Frauen geschaffen wurde. Auch nach der Interpretation als Dominierungsverbot wird dem Art. 3 Abs. 2 GG also eine gewisse programmatische Tendenz zugrunde gelegt.⁶⁹ Der entscheidende Unterschied liegt allerdings darin, dass daraus nicht lediglich eine Gestaltungspflicht des Staates abgeleitet wird, sondern Art. 3 Abs. 2 GG in erster Linie dennoch als subjektiv einklagbares Abwehrrecht fungiert. Denn Sinn und Zweck des Dominierungsverbotes ist es zu hinterfragen, welche faktisch diskriminierenden Maßnahmen der Staat zu unterlassen hat.

Die programmatische Tendenz legt dabei nur den Grundstein, nämlich das Bewusstsein darüber, dass in vielen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens Frauen faktisch ungleich behandelt werden, oder anders gesagt, Männer das alltägliche Leben dominieren. Dieser Umstand ist mit der verfassungsrechtlich zugesicherten Gleichberechtigung der Geschlechter nicht vereinbar. Die Gruppe der Frauen wird also als besonders schutzwürdig anerkannt. Man legt dem Art. 3 Abs. 2 GG ein materielles Verständnis von Diskriminierungen zugrunde, das auf die gesellschaftliche Wirklichkeit blickt. Der Abbau von Benachteiligungen ist also auch hier zunächst das Ziel.⁷⁰

Grundrechtsdogmatisch konform bietet der Art. 3 Abs. 2 GG allerdings ein konkretes Abwehrrecht. Der abwehrrechtliche

Charakter rührt daher, Frauen die Möglichkeit auf einen Anspruch auf Unterlassung gegen staatliche Hoheitsakte an die Hand zu geben⁷¹, wenn sie etwa durch Gesetze in tradierte Rollenverteilungen gezwängt, oder Chancen auf gleichwertige Teilhabe an gesellschaftlicher Freiheit versagt werden. Entscheidend ist dabei nicht, ob eine Regelung in irgendeiner Form an das Merkmal *Frau* anknüpft, wie es die Interpretation als Differenzierungs- oder Diskriminierungsverbot verlangt, sondern ob eine Regelung eine bestehende Domination oder Hierarchie verfestigt oder sogar bestärkt. Im Einklang mit der Nachtarbeitsentscheidung des BVerfG ist dabei der eigenständige Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 2 GG, der Schutz vor mittelbaren, rein faktischen Benachteiligungen, den etwa Art. 3 Abs. 3 GG nicht bieten kann, um perspektivisch für tatsächliche Gleichberechtigung zu sorgen. Der Staat kann sich also nicht nur auf geschlechtsneutrale Normen zurückziehen, sondern hat bei der Gesetzgebung auf die konkreten Auswirkungen auf das Rollenverhältnis von Männern und Frauen zu achten. Durch das in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG formulierte Staatsziel wird diese Auffassung bestärkt und betont, dass der Staat nicht nur formale Gleichberechtigung schaffen, sondern auch das (private) gesellschaftliche Leben gestalten soll, bis tatsächliche Gleichberechtigung erreicht ist, ohne allerdings eine uferlose Eingriffsermächtigung zu erhalten.⁷² Gelingt dies einer Norm nicht, so steht der benachteiligten Gruppe der Frauen das eben beschriebene Abwehrrecht zur Seite, um diskriminierende Regelungen zu beseitigen oder deren Anwendung zu unterlassen. Stellt sich nach verfassungsrechtlicher Abwägung eine Regelung als faktisch diskriminierend heraus, so darf der Gesetzgeber gezielte Maßnahmen zur Kompensation dieses Umstandes erlassen. Auch das ist ganz im Sinne des Nachtarbeitsurteils.

Der Interpretationsansatz des Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungsverbot stellt also das so dringend benötigte Korrektiv historisch bedingter struktureller Geschlechterungleichbehandlungen dar und ist mit dem individualrechtlichen Charakter der Grundrechte als Gesamtkonstruktion und der Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar.

3. Fazit zum rechtsdogmatischen Charakter des Art. 3 Abs. 2 GG

Die Interpretationen als Differenzierungsverbot und als kollektiver Förderauftrag weisen, wie ausführlich dargelegt,

⁶⁷ Sacksofsky (Fn. 5), S. 347.

⁶⁸ Di Fabio, AöR 122 (1997), 404 (412 f.).

⁶⁹ Sacksofsky (Fn. 5), S. 350.

⁷⁰ Baer/Markard in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 11), Art. 3, Rn. 360.

⁷¹ Sacksofsky (Fn. 5), S. 359.

⁷² Heun in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 9), Art. 3, Rn. 104 f.

erhebliche dogmatische Schwächen auf, die zum Teil historisch bedingt sind. In Anbetracht dessen ist der Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Dominierungsverbot daher der Vorzug zu geben. Nur dieses vermag die Erkenntnisse aus der Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG, der Systematik des Art. 3 GG als Gesamtkonstrukt und der Dogmatik der Grundrechte zu vereinen. Mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG lässt sich Art. 3 Abs. 2 GG als *zugleich enger und weiter* beschreiben. Einerseits beschränkt sich die Schutzwirkung auf persönlicher Ebene tatsächlich nur auf Männer und Frauen, andererseits geht sie auf sachlicher Ebene über das Verbot rein rechtlicher Anknüpfungen hinaus und schützt vor mittelbaren Diskriminierungen, was ein Differenzierungsverbot nicht gewährleisten kann.

D. Rückschlüsse auf das Verhältnis von Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG: Zusammenspiel von Dominierungs- und Differenzierungsverbot

Es wurde dargelegt, dass Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Dominierungsverbot und Art. 3 Abs. 3 GG als Differenzierungsverbot zu verstehen sind. Daraus können nun zwei elementare Rückschlüsse zum Verhältnis der beiden Verfassungsnormen im Detail gezogen werden. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG können wahlweise in Konkurrenz zueinander für praktische Konkordanz oder in gegenseitiger Ergänzung für effektiven Diskriminierungsschutz sorgen.

I. Konkurrenz und kollidierendes Verfassungsrecht

Beide Regelungsgehalte schränken sich gegenseitig ein. So gewährt man weder jeder beliebigen frauenpolitischen Wunschvorstellung Einzug in das deutsche Recht, was mit Art. 3 Abs. 3 GG unvereinbar wäre, noch müssen reelle soziale Umstände, die eine Benachteiligung von Frauen aufweisen, verfassungsrechtlich hingenommen werden, wie es Art. 3 Abs. 2 GG verlangt. Typischer Anwendungsfall ist es, wenn etwa Frauenförderungsmaßnahmen in Rede stehen, dass eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG in Betracht kommt, indem an das *Geschlecht* direkt oder indirekt angeknüpft wird, ohne dass hierfür zwingende biologische Gründe bestehen.⁷³ Es bleibt also nur noch die Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht, wonach Art. 3 Abs. 2 GG als das nötige entgegenstehende Recht von Verfassungsrang fungiert, das es

⁷³ BVerfGE 85, 191 (207).

⁷⁴ Diese Erkenntnis ist ganz im Sinne von BVerfGE 92, 91 (109).

⁷⁵ Baer/Markard in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 11), Art. 3, Rn. 357.

⁷⁶ Heun in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 9), Art. 3, Rn. 104.

⁷⁷ Freilich kann dieses Ergebnis in Anbetracht der Geschlechterdiversität zunehmend als unbefriedigend wahrgenommen werden. Zurecht ließe sich die Frage stellen, wie es um den Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen von Intergeschlechtlichen steht. Jedoch bietet die geltende Rechtslage hierfür m. E. noch keine solide Grundlage. Daher wird die Zukunft zeigen müssen, wie mit faktischen Benachteiligungen für Angehörige weiterer Geschlechter umgegangen werden wird.

dem Gesetzgeber erlaubt, faktische Nachteile für Frauen durch kompensatorische Maßnahmen auszugleichen.⁷⁴ Diese Funktion als Element der Rechtfertigung von geschlechterspezifischen Differenzierungen ist wohl die entscheidende Erkenntnis bezüglich Art. 3 Abs. 2 GG, seitdem er 1953 für unmittelbar bindendes Verfassungsrecht erklärt wurde.

Ein klarer Vorrang einer der beiden Normen in Form von Spezialität besteht dabei nicht. Die Einzelfallabwägung anhand der konkreten Normzwecke der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG ist hier das maßgebliche Kriterium. Es muss also danach gefragt werden, ob die Not zur Abwehr von rechtlicher Differenzierung oder die von Benachteiligung aufgrund einer bestehenden Hierarchie zwischen Mann und Frau überwiegt. Frauenförderung kann damit auf ein gesundes, die freiheitliche Grundordnung des Grundgesetzes entsprechendes Maß beschränkt werden, das sozial verträglich ist, ohne tatsächliche Gleichberechtigung von Mann und Frau aus den Augen zu verlieren.

II. Gegenseitig ergänzende Regelungsgehalte

Daneben können Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG auch nebeneinander Anwendung finden. Die Herstellung von Geschlechtergleichberechtigung erfordert nämlich effektiven Diskriminierungsschutz. Wenn es um die Abwehr unmittelbarer Diskriminierungen in Form direkter Differenzierung nach Geschlecht geht, greift hierbei Art. 3 Abs. 3 GG.⁷⁵ Wohingegen bei der Abwehr mittelbarer Diskriminierungen von Frauen auf Art. 3 Abs. 2 GG rekurriert werden kann, wie es vom BVerfG und der Literatur mittlerweile auch weitgehend getan wird.⁷⁶ Dies scheint systematisch und dogmatisch stringent. Hierdurch können also Ungleichbehandlungen zwischen den Geschlechtern, solange es Mann und Frau betrifft, effektiv in jeder Hinsicht entgegengewirkt werden.⁷⁷ Die klare Trennung zwischen Dominierungs- und Differenzierungsverbot sorgt darüber hinaus für Rechtssicherheit und Transparenz, was gerade der Rechtsprechung bei der Behandlung des Verhältnisses von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG lange Zeit nicht immer gelungen ist.

III. Fazit

Die Kombination dieser beiden aufgezeigten Anwendungsmechanismen, Konkurrenz und ergänzende Anwendung der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG, führen zu einem verfassungsrechtlich effektiven Zusammenspiel der speziellen Gleichheitssätze des Art. 3 GG, wenn es um Geschlechtergerechtigkeit im deutschen Recht geht. Die unterschiedlichen Regelungsgehalte sind klar voneinander abzugrenzen, was Rechtssicherheit schafft und so die Akzeptanz für die Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung stärkt.

E. Schlussworte

Zum Schluss sei noch einmal ein Blick auf die neuesten Entwicklungen in der Quoten-diskussion geworfen. Wie wirkt sich nun das Verhältnis der speziellen Gleichheitssätze auf die Zulässigkeit verbindlicher Frauenquoten in Zukunft aus, wie es

in der Einleitung dieser Arbeit als Frage aufgeworfen wurde? Die Antwort ist, wie so oft in der Rechtswissenschaft: „Es kommt darauf an.“ Namentlich auf den Grad der Ungleichbehandlung, die Intensität der getroffenen Maßnahme und vieles mehr. Anhand des besonderen Konkurrenzverhältnisses von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG und deren gesellschaftlicher Relevanz als Verfassungsgüter lässt sich allerdings festhalten, dass Frauenquoten und dabei insbesondere starre Frauenquoten nur ultima ratio sein können. Je stärker sich ein Eingriff an den Wesensgehalt eines Grundrechts annähert, umso höhere Anforderungen sind an die Rechtfertigung zu stellen. Die dargelegte dogmatische Einordnung der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG und die daraus gezogenen Rückschlüsse auf deren Verhältnis untereinander können aber zumindest dabei helfen, etwas Polemik aus der leidigen Debatte um „die Quote“ zu nehmen. Zumindest dann, wenn man verfassungsrechtlich fundierte Erkenntnisse in die politische Debatte Einzug gewähren lässt und gewillt ist, die verhärteten ideologischen Fronten zu überwinden.