

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur garantierten Gleichberechtigung

I. Einleitung

Am 23. Mai 1949 trat das Grundgesetz (GG) mit dem Gleichberechtigungsartikel des Art. 3 Abs. 2 GG in Kraft – die Wirkung war mit der Übergangsfrist bis Ende März 1953 zeitlich zurückgestellt. Das Bundesverfassungsgericht nahm am 7. September 1951 seine Arbeit auf. Es entschied bei der ersten sich bietenden Gelegenheit, bei Art. 3 Abs. 2 GG handele es sich seit dem 1. April 1953 um ein unmittelbar anwendbares Recht.¹ Das Gericht mischte sich so von Beginn an als Akteur im Bereich der „Staatsleitung“² und als letztes Kontrollorgan im Rahmen der Rechtsprechung zugunsten des seit dem In-Kraft-Treten des GG neuen Grundrechts auf Gleichberechtigung von Frau und Mann ein.

An beiden Ereignissen – der Formulierung von Art. 3 Abs. 2 GG und der Grundsatzentscheidung vom Dezember 1953 – war jeweils maßgeblich eine Juristin beteiligt. Die eine war Elisabeth Selbert, Mitglied des Parlamentarischen Rates und eine der vier Mütter³ des Grundgesetzes. Zu ihrem Wirken liegt mit der Biografie von Barbara Böttger eine umfassende Arbeit vor.⁴ Anders ist dies für die zweite Juristin, Erna Scheffler, einzige Frau unter den ersten Bundesverfassungsrichtern. Erna Scheffler nahm „sozusagen den

Staffelstab“⁵ auf, den Elisabeth Selbert 1949 abgeben musste, als sie – anders als die anderen Mütter des GG – nicht als Kandidatin für die Wahl zum ersten Deutschen Bundestag aufgestellt wurde. Dem Wirken beider Juristinnen ist zu verdanken, dass für den Rückblick auf 50 Jahre Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) auf zahlreiche Karlsruher Korrekturen zugunsten der garantierten Gleichberechtigung eingegangen werden kann. Im Teil 1 wird anknüpfend an die Tätigkeit von Elisabeth Selbert insbesondere an das Wirken von Erna Scheffler erinnert.

Als das BVerfG am 18. Dezember 1953, also gerade neun Monate nach Ablauf der Übergangsfrist des Art. 117 Abs. 1 GG, die unmittelbare Geltung von Art. 3 Abs. 2 GG bestätigte, lehnte es das mit Überlegungen der Rechtsklarheit begründete Übergangsweise Weitergeltenden des alten Rechts ab. Die mit Art. 3 Abs. 2 GG erstmals garantierte Gleichberechtigung⁶ von Frau und Mann hatte damit ihre erste Bewährungsprobe bestanden, und zwar „selbst“⁷ zu der dem Verfahren zugrundeliegenden komplizierten Materie des Ehegüterrechts.

Völkerrechtlich war damals eine entsprechende Garantie der Geschlechtergleichbehandlung so nicht gefordert.⁸ Auf materielle Standards des

1 Urteil vom 19. 12. 1953.

2 Jörg Menzel, Hundert Bände Verfassungsrechtsprechung: Einführende Überlegungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, zum Bundesverfassungsgericht und zur Bedeutung seiner Judikate, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung: hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, Tübingen 2000, S. 1–42, hier S. 9.

3 Die drei anderen waren Helene Wessel (Zentrum), Helene Weber (CDU) und Friederike Nadig (SPD).

4 Vgl. Barbara Böttger, Das Recht auf Gleichheit und Differenz. Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3 II Grundgesetz, Münster 1990. Auf diese Arbeit weist in den verfassungsrechtlichen Kommentaren Lerke Osterloh hin, Art. 3 Fn. 486, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, München 1999².

5 Renate Jaeger, Lebensbilder: Erna Scheffler, in: Deutscher Juristinnenbund e.V. (Hrsg.), Juristinnen in Deutschland. Die Zeit von 1900 bis 1998, Baden-Baden 1998, S. 183–188, hier S. 184.

6 Der Begriff der garantierten Gleichberechtigung verwendete Marianne Feuersenger, Die garantierte Gleichberechtigung. Ein umstrittener Sieg der Frauen, Freiburg i. B. 1980.

7 Hans Jarass, Art. 3, Rn. 68, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, München 2000³.

8 Zwar enthielt bereits die Charta der Vereinten Nationen vom Juni 1945 den Grundsatz der Gleichberechtigung von Frauen und Männern sowie das Verbot, Menschen u. a. wegen ihres Geschlechts zu diskriminieren. Es blieb aber als Grundsatz ohne unmittelbare rechtliche Wirkung und war ohne verfahrensrechtliche Begleitung durch ein unabhängiges höchstes Gericht, das die Aufgabe der Obhut für dieses neue Recht hätte übernehmen können. Dies änderte sich auch nicht mit den beiden Menschenrechtspakten vom 19. 12.

europäischen Gemeinschaftsrechts konnte noch nicht zurückgegriffen werden.⁹ Daher knüpfte die Grundsatzentscheidung von 1953 an deutsche Rechtsstraditionen an. Erna Scheffler war als Berichterstatterin beteiligt. Im Urteil ist die später vielfach wiederholte Formel zu finden, besondere rechtliche Regelungen seien im Hinblick auf objektive biologische und funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede von Frau und Mann erlaubt. Zum Verständnis dieser so genannten neuen Formel als einem die Entscheidung von 1953 nicht tragenden Hinweis ist der Kontext der Entscheidung bedeutsam. Das BVerfG wehrte mit dem Urteil eine unmittelbare Einflussnahme der damaligen Bundesregierung Adenauer ab (vgl. dazu Teil 2).

Der Rückblick auf die 48 Jahre – wie es in der Überschrift präziser, dann aber unpassend zum Anlass auch hätte heißen können – Rechtsprechung des BVerfG zur garantierten Gleichberechtigung ist kein weiterer Beitrag zur dogmatischen

1966 über bürgerliche und politische bzw. über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Zwar enthalten beide Menschenrechtspakte die Verpflichtung, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller von ihnen umfassten Rechte sicherzustellen. Ein umfassendes Menschenrechtsinstrumentarium für Frauen wurde erst mit dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18. 12. 1976 geschaffen, für die Bundesrepublik als Bundesgesetz verbindlich seit der Ratifizierung (BGBl. 1985 II, 647). Das Frauenrechtsübereinkommen unterscheidet sich von den anderen Menschenrechtspakten durch die zahlreichen Vorbehalte und bisher – ebenfalls im Unterschied zu den anderen Menschenrechtspakten – fehlende Beschwerdemöglichkeit. Das am 10. 12. 1999 von der UN vorgelegte Zusatzprotokoll erweitert das Frauenrechtsübereinkommen um ein individuelles Beschwerdeverfahren. Die Bundesregierung hat das Zusatzprotokoll im Dezember 1999 gezeichnet. Ende Juli 2001 sind es 68 Signatarstaaten. Für die Bundesrepublik bedarf die Wirksamkeit damit nur noch der Ratifizierung. Vgl. u. a. im Internet: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw.

9 Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft folgte erst 1957 mit dem Gebot der Lohngleichheit des Art. 119 EWG-V mit einer für die ursprünglichen Mitgliedstaaten auf den 31. 12. 1961 festgesetzten Übergangsfrist, ergänzt ab Mitte der siebziger Jahre um die Gleichbehandlungsrichtlinien und von Beginn an mit dem EuGH wie Art. 3 Abs. 2 GG vom BVerfG begleitet von der Rechtsprechungsautorität eines für die Auslegung dieses neuen Rechts zuständigen Gerichts. Der EuGH hat wie das BVerfG 1953 die sich erst im Jahr 1976 bietende Gelegenheit wahrgenommen, als Hüterin des bis dahin einzigen allgemeinen sozialen Rechts des EGV tätig zu werden und Art. 119 EGV unmittelbare Wirkung zuzusprechen. Vgl. dazu Christine Langenfeld, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1990. Die nachfolgende umfangreiche Rechtsprechung ist seit 1999 mit dem Vertrag von Amsterdam teils in Art. 141 EGV kodifiziert. Die in Art. 23 der EU-Charta der Grundrechte verankerte Gleichheit von Männern und Frauen, die additiv den Diskriminierungsschutz des Art. 21 der Charta ergänzt, ist rechtlich noch nicht bindend, vgl. u. a. Klemens Fischer, Der Vertrag von Nizza, Baden-Baden 2001.

Struktur der sich im Zeitablauf verändernden Rechtsprechung des BVerfG.¹⁰ Der Beitrag soll im dritten Teil vielmehr nur beispielhaft die faszinierende Entwicklung der Interpretation einer Verfassungsnorm beleuchten, die im Wortlaut von 1949 bis 1994 unverändert geblieben ist und in der verfassungsrechtlichen Praxis der Rechtsprechung im Zeitablauf trotzdem einen teils grundlegenden Wandel erfahren hat.

II. Die „Ersten“: Elisabeth Selbert und Erna Scheffler

Art. 3 Abs. 2 GG i. d. F. (in der Fassung) von 1949 kann als „das Werk“¹¹ von Elisabeth Selbert bezeichnet werden. Erna Scheffler war in Bezug auf die Gleichberechtigung der Frau diejenige, die als Verfassungsrichterin dies Werk „vollstreckte“¹². Sie hielt zuvor nicht nur das erste für die Rechtsentwicklung zur Gleichberechtigung so wichtige Referat auf dem 38. Deutschen Juristentag (DJT) in Frankfurt und war überhaupt die erste Referentin auf einem Juristentag.¹³ Sie prägte in ihrer Zeit als Verfassungsrichterin von 1951 bis 1963 auch wesentlich die Rechtsprechung des Ersten Senats in Bezug auf Art. 3 Abs. 2 GG.¹⁴ Die Grundsatzentscheidungen vom Dezember 1953 und die nachfolgende Entscheidung vom Juli 1959, die den Stichtenscheid des Mannes für verfassungswidrig erklärte,¹⁵ ist insbesondere auf den Einfluss von Erna Scheffler zurückzuführen.

Elisabeth Selbert (1896–1986) und Erna Scheffler (1893–1983) gehörten zu den ersten Studentinnen an deutschen Rechtsfakultäten. Es waren Frauen

10 Grundlegend u. a. Ines Reich-Hilweg, Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 GG) in der parlamentarischen Auseinandersetzung 1948 bis 1957 und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1953 bis 1975, Frankfurt/M. 1979; Vera Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis. Zur Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in Recht und Wirklichkeit, Berlin 1988; Ute Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Baden-Baden 1996².

11 Ursula Nelles, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: Bodo Pieroth (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, Berlin 2000, S. 45–58, hier S. 47.

12 R. Jaeger (Anm. 5), S. 183.

13 Vgl. Hans-Joachim Kurland, Der Deutsche Juristentag. 1980–1994, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Der Deutsche Juristentag von 1860 bis 1994, München 1997, S. 251.

14 Vgl. M. Feuersenger (Anm. 6), S. 132 ff.

15 Urteil des BVerfG vom 29. 7. 1959, BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 10, 59.

einer Generation, für die Bildung – dabei auch der Zugang zum Abitur – nur auf Umwegen offen gestanden hatte. Es waren Juristinnen, die politische bzw. rassische Verfolgung selbst erlebten und das faktische Berufsverbot für Juristinnen in der NS-Zeit.¹⁶ Der Berufsalltag von Erna Scheffler wurde in der Bundesrepublik außerdem noch von den für mit Richtern verheirateten Richterinnen bestehenden Nachteilen beeinflusst. Dazu Näheres:

Elisabeth Selbert machte zunächst als Externe die Mittlere Reife und wurde danach 1914 Beamtenanwärterin bei der Post.¹⁷ Im Alter von 30 Jahren holte sie das Abitur als Externe nach, unterstützt vom Ehemann. Sie war damals Mutter zweier kleiner Kinder. Ihr Mann förderte auch ihr Vorhaben, Jura zu studieren. Rechtlich war dies seit dem Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege vom Juli 1922 möglich. Elisabeth Selbert studierte in Marburg und Göttingen, wo sie in der Mindestzeit von nur sechs Semestern ihr Referendarexamen absolvierte. Zu ihrer Zeit in Marburg erinnert sich Elisabeth Selbert, sie sei wohl eine von insgesamt drei Frauen gewesen, und in Göttingen waren es unter 350 Jura-Studenten vier Frauen, von denen nur Elisabeth Selbert bis zur Promotion durchhielt. Ihre Dissertation zum Thema „Ehezerrüttung als Scheidungsgrund“ schrieb sie innerhalb von vier Monaten. Das Assessorexamen legte sie im Oktober 1934 beim Preußischen Prüfungsamt in Berlin ab und beantragte umgehend ihre Zulassung als Anwältin, die sie noch erhielt, bevor die Zulassungssperre für Frauen zum Anwaltsberuf vom 15. Januar 1935 an in Kraft trat. Sie konnte so in der NS-Zeit die Familie als Rechtsanwältin durchbringen. Ihr Ehemann war bereits Anfang 1933 aus seiner Funktion als Kommunalbeamter als „Staatsfeind“ entlassen worden. Nach dem Krieg eröffnete Elisabeth Selbert ihre Praxis in Kassel wieder, arbeitete in der verfassungsgebenden Versammlung in Hessen mit und wurde 1946 in den hessischen Landtag gewählt. Vom niedersächsischen Landtag wurde sie auf Vorschlag des

16 Vgl. Ursula Rust, Zur Situation von Frauen in der juristischen Ausbildung und an den juristischen Fakultäten, in: dies. (Hrsg.), *Juristinnen an den Hochschulen – Frauenrecht in Lehre und Forschung*, Baden-Baden 1997, S. 91–114; Hiltrud Häntschel, *Justitia – eine Frau? Bayerische Positionen einer Geschlechterdebatte*, in: dies./Hadumod Bußmann, *Bedrohlich gescheit. Ein Jahrhundert Frauen und Wissenschaft in Bayern*, München 1997, S. 194–213.

17 Die folgenden Angaben beruhen u. a. auf Angaben von Heike Mundzeck, *Lebensbilder: Elisabeth Selbert*, in: *Deutscher Juristinnenbund* (Anm. 5), S. 189–194, und von Antje Dertinger, *Elisabeth Selbert: Eine Kurzbiographie*, Bevollmächtigten der Hessischen Landesregierung für Frauenangelegenheiten (Hrsg.), Wiesbaden 1986.

sozialdemokratischen Parteivorstandes, dem sie seit 1946 als gewähltes Mitglied angehörte, als durch die Arbeit in Hessen erfahrene Staats- und Verfassungsrechtlerin in den Parlamentarischen Rat entsandt.

Erna Scheffler machte ihr Abitur als Externe an einem Knabengymnasium und nahm in den Jahren 1911 bis 1914 an den Universitäten Heidelberg, München und Berlin das Jurastudium auf.¹⁸ Sie schloss das Studium mit der Promotion – dem damals einzigen für Frauen möglichen Abschluss des juristischen Studiums – ab. Im ersten Weltkrieg arbeitete sie in der Zivilverwaltung des besetzten Belgiens. Sie heiratete, wurde 1917 Mutter und legte nach dem Gesetz zur Zulassung der Frauen vom Juli 1922 noch im selben Jahr das erste und 1925 das zweite Staatsexamen ab. Von 1925 bis 1928 war sie als Rechtsanwältin in Berlin zugelassen und wechselte mit dem Erreichen der für Frauen geltenden Altersgrenze von 35 Jahren als eine der ersten Richterinnen in die Gerichtsbarkeit. Als so genannte Halbjüdin wurde sie 1933 entlassen. Ihr war auch die Tätigkeit als Rechtsanwältin verschlossen. Die Rassengesetze verwehrt ihr, deren erste Ehe inzwischen geschieden war, die Eheschließung mit Georg Scheffler. Sie heiratete ihn kurz nach Kriegsende. Erna Scheffler kehrte als Unbelastete in den Justizdienst in Berlin zurück, bald als Vorsitzende Richterin am Landgericht. Ihr Ehemann wurde Richter am Oberlandesgericht in Düsseldorf. Damit war für sie nach der damaligen Vorstellung kein Platz mehr in der Zivilgerichtsbarkeit. Sie wechselte in die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die „eigentliche Entstehungsgeschichte“¹⁹ der Bundesrepublik und des Grundgesetzes begann 1948 mit dem Auftrag der Militärgouverneure an die Ministerpräsidenten der elf westdeutschen Länder, eine Nationalversammlung einzuberufen, die eine demokratische Verfassung ausarbeiten sollte.²⁰ Daraus wurde nach Verhandlungen die Einberufung des Parlamentarischen Rates zur Vorbereitung eines Grundgesetzes mit 65 von den Landtagen entsandten Mitgliedern und weiteren

18 Angaben nach R. Jaeger (Anm. 5) und M. Feuersenger (Anm. 6).

19 Jörn Eckert, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Entstehung und rechtliche Würdigung im Zusammenhang der deutschen Verfassungstradition*, in: Robert Alexy/Joachim Laux (Hrsg.), *50 Jahre Grundgesetz*, Baden-Baden 2000, S. 15–45, hier S. 15.

20 Der Auftrag zur Verfassungsgebung war ein Teil der Frankfurter Dokumente, abgedruckt u. a., in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 32–33/98, S. 42 ff.

fünf aus West-Berlin, die allerdings ohne Stimmrecht nur beratend mitwirken konnten.

Zur Vorbereitung der Beratungen des Parlamentarischen Rates bestellten die Ministerpräsidenten einen „Sachverständigen-Ausschuss für Verfassungsfragen“, in den jedes westdeutsche Land einen Vertreter entsandte und der vom 10. bis 23. August 1948 auf der Insel Herrenchiemsee tagte.²¹ Der Entwurf der elf Männer enthielt noch keine Vorschrift über das Verhältnis der Geschlechter.

Ein gesellschaftspolitisches Kapitel wäre in den Hintergrund geraten, wenn es nicht Akteurinnen und Akteure gegeben hätte, die sich der Frage annahmen, wie in der neuen Verfassung für Frauen „ein zweites Weimar“ von vornherein verhindert werden könnte. Auch 1919, nach dem verlorenen ersten Weltkrieg und damit dem Ende des Kaiserreiches, sollte der veränderten Stellung der Frauen Rechnung getragen werden. Die Verfassung vom 11. August 1919 besagte im Art. 109: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.“ Dies bedeutete staatsbürgerliche Gleichheit. Frauen wurde das seit 1918 in Deutschland geltende passive und das aktive Wahlrecht garantiert. Ansonsten hatten sie nicht viel dazu gewonnen, denn nach Interpretation der Verfassung hatte dies keine Folgen für die patriarchale Struktur des Familienrechts. Hieran erinnerten sich die Frauen, die bereits in der Zeit der Weimarer Republik diese enttäuschende Erfahrung mit der Bedeutung der Verfassung erlebt hatten. Sie sahen nun die einmalige Chance, mit der Verfassung einen Neubeginn für den verfassungsrechtlichen Schutz zu machen.

Nachweisbar ist es Elisabeth Selbert als einer der vier Mütter des Grundgesetzes zu verdanken, dass das Grundgesetz in einer unmissverständlichen Klarheit anders als die Weimarer Verfassung den Gleichberechtigungsartikel enthält. Sie überzeugte nicht nur zunächst ihre eigene Partei, die SPD von ihrem Vorschlag, den zweiten Absatz des Gleichheitsartikels in der Form „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ zu fassen und das Merkmal

21 Vgl. Christine Stresemann, Die wahren Gründe für den Ansehensverlust des Bundesverfassungsgerichts, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, (1997), S. 59 ff. bzw. in: Streit, (1998), S. 9 ff. weist im „Festvortrag beim BVerfG-Mitarbeiterfest 1996“ spöttisch darauf hin, der Freistaat Bayern habe die ungeliebte Verfassung nicht mit der Hypothek belasten wollen, von der Frauenchiemseer-Kommission inspiriert zu werden, obwohl die benachbarte Fraueninsel als Tagungsort laut Dumont Reiseführer offensichtlich viel besser geeignet gewesen wäre.

Geschlecht in den Katalog des dritten Absatzes aufzunehmen. Sie wurde dabei von der damals in der hessischen Landesverwaltung tätigen Wiltraud Rupp von Brünneck unterstützt, die eine Frist für den Selbstvollzug der Verfassung für erforderlich erachtete, damit der Gesetzgeber nicht durch Untätigkeit die Umsetzung hätte blockieren können.²² Nach Ablehnung des Vorschlags im Hauptausschuss organisierte sie im Dezember 1948 einen Sturm der Empörung²³ mit dem Ergebnis²⁴ eines einstimmigen Beschlusses des Parlamentarischen Rats, Art. 3 Abs. 2 in die neue Verfassung aufzunehmen.²⁵

Für Erna Scheffler wird die Verfassung und dabei speziell Art. 3 Abs. 2 GG wichtiges Thema. Nachdem die Anpassungsfrist für die Gleichberechtigung feststand, bildeten seit 1949 überall in Westdeutschland sachkundige Frauen Beratungsgruppen, die zum Familienrecht änderungsbedürftige Vorschriften sammelten. Erna Scheffler leitete den Vorsitz „Rechtsausschuss“ des „Deutschen Frauenrings“, in dem auch Juristinnen des „Ver eins der Juristinnen und Volkswirte“ und des „Akademikerinnenbundes“ mitarbeiteten.²⁶ Sie wurde Referentin beim 38. DJT (1950) in Frankfurt. Dessen Thema lautete: „In welcher Weise empfiehlt es sich, gemäß Artikel 117 Grundgesetz das geltende Recht an Art. 3 Abs. 2 GG anzupassen.“ Einige der von ihr vertretenen Positionen waren:

- *Staatsangehörigkeitsrecht*: Die Staatsangehörigkeit für Mann, Frau und Kinder ist nicht durch Heirat zu beeinflussen.
- *Beamtenrecht*: Die Zölibatsklausel ist zu streichen, es bedarf der gleichen Hinterbliebenenversorgung und des gleichen Mindestalters zur Verbeamtung.
- *Steuerrecht*: Die Zusammenveranlagung der Eheleute ist verfassungswidrig.
- *Familienrecht*: Es bedarf der Freiheit der Namenswahl, eines gleichberechtigten Eltern-

22 Vgl. R. Jaeger (Anm. 5), S. 187.

23 Einige der an die Abgeordneten waschkorbeweise gesandten Briefe sind im Anhang bei I. Reich-Hilweg (Anm. 10), S. 143 ff., abgedruckt.

24 Die einzelnen Stationen sind übersichtlich bei U. Sacksofsky (Anm. 10), S. 323 ff., nachgewiesen.

25 Elisabeth Selbert kehrte anschließend in den Hessischen Landtag zurück und arbeitete dort bis 1958 als Landtagsabgeordnete. In den Frauenverbänden bereitete sie das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 vor. Sie wäre gerne selbst Bundesverfassungsrichterin geworden. Aber ihre Partei, die SPD, schlug eine andere Frau vor.

26 Vgl. M. Feuersenger (Anm. 6), S. 63.

rechts, des Güterstands der Gütertrennung mit hälftiger Beteiligung am Zugewinn.

Erna Scheffler schrieb 20 Jahre später zurückschauend: „Dieser Frankfurter Juristentag wird mir als Wahrzeichen der Wandlung unvergeßlich bleiben. Noch einmal wurden in der Diskussion alle Argumente gegen die Gleichordnung der Frauen aufgewärmt – aber sie hatten keine Kraft mehr; und Professor Ulmer und ich haben die große Freude gehabt, dass unsere Thesen nicht nur von der großen Mehrheit – auch der männlichen Teilnehmer – angenommen wurden, sondern dass sie inzwischen nahezu vollständig in die Gesetze übergegangen sind – zum Teil allerdings nur mit Nachhilfe durch das Bundesverfassungsgericht.“²⁷

In den Würdigungen zum 80. Geburtstag von Erna Scheffler²⁸ und in Nachrufen²⁹ wird immer wieder darauf hingewiesen, sie sei auf diesem Juristentag entdeckt worden und habe sich als Verfassungsrichterin empfohlen.

Erna Scheffler gehörte dem Ersten Senat von 1951 bis 1963 an. Urteile des ersten Senats unter ihrer Mitwirkung³⁰ waren:

- BVerfGE 3, 25 (Grundsatzentscheidung zur Gleichberechtigung);
- BVerfGE 6, 59 (Zusammenveranlagung im Steuerrecht für verfassungswidrig erklärt);
- BVerfGE 10, 55 (Unterzeichnung der Verfassungswidrigkeit des Stichtenscheids des Vaters) für den erkrankten Präsidenten im Juli 1959;
- BVerfGE 15, 337 (Bevorzugung männlicher Erben nach der Höfeordnung verfassungswidrig);
- BVerfGE 17, 1 und 38 bzw. 62 (Nichtberücksichtigung der Werte der Leistungen als Mutter, Hausfrau und Mithelfende in der Sozialversicherung verfassungswidrig).

Dies waren die letzten Entscheidungen, an denen Erna Scheffler vor ihrem Ausscheiden noch mitwirkte.³¹

²⁷ Ebd., S. 80.

²⁸ Vgl. Konrad Zweigert, Erna Scheffler 80 Jahre, in: Juristenzeitung (JZ), (1973), S. 605.

²⁹ Vgl. Karl Heck, in: JZ, (1983), S. 721; Richard Ley, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), (1983), S. 1653.

³⁰ Beim BVerfG gibt es anders als beim EuGH nicht offizielle Berichterstatter, und das Dissenting gibt es offiziell erst seit 1971.

³¹ Vgl. Renate Jaeger, Frauen verändern die Justiz – verändern Frauen die Justiz?, in: Streit, (1998), S. 6.

Auf Erna Scheffler folgten im ersten Senat jeweils wieder Richterinnen. Die erste war die ebenfalls an den Beratungen im Parlamentarischen Rat durch Beratung von Elisabeth Selbert beteiligte Wiltraut Rupp- von Brünneck. Es folgten Gisela Niemeyer (1977–1989), Helga Seibert (1989–1999) und Christine Hohmann-Dennhardt (seit 1999). Im ersten Senat gibt es seit 1994 zwei weitere Richterinnen: Evelyn Haas (vorgeschlagen von der CDU) und Renate Jaeger (SPD). Im zweiten Senat gibt es seit 1986 die erste Richterin.³² Heute sind es im ersten Senat drei und im zweiten Senat zwei Richterinnen und damit bei insgesamt 16 Senatsmitgliedern ein erheblich höherer Frauenanteil als an den anderen Bundesgerichten.³³

III. Die erste Karlsruher Korrektur

Die einfache oder apodiktische Formulierung des Art. 3 Abs. 2 GG bedarf der Interpretation des Begriffs der Gleichberechtigung. Außerdem wird die Gleichberechtigung von Mann und Frau seit 1949 zweifach in der Verfassung genannt. Es darf auch niemand wegen des Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden, so in Art. 3 Abs. 3 GG³⁴ verankert. Es galt für das Bundesverfassungsgericht von Beginn an, auch das Verhältnis von Art. 3 Abs. 3 GG zu Art. 3 Abs. 2 GG zu bestimmen.

Anfang der fünfziger Jahre betraten die Autoren der juristischen Literatur hierzu Neuland und zeigten noch wenig Bereitschaft, die verfassungsrechtliche Wertung des Art. 3 Abs. 2 GG zu akzeptieren. So war zwar das Grundrecht des Art. 3 Abs. 2 GG mit Art. 117 Abs. 1 GG anders als Art. 3 Abs. 3 GG mit einer Übergangsfrist versehen. Trotzdem wurde Art. 3 Abs. 2 GG in ersten Auflagen der verfassungsrechtlichen Kommentarliteratur keine eigenständige Bedeutung zugesprochen. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG seien inhaltsgleich.³⁵

³² Karin Graßhof (1986–1998), seit 1998 Prof. Dr. Lehe Osterloh, jeweils vorgeschlagen von der SPD. Im zweiten Senat gibt es seit der Wahl von Prof. Dr. Jutta Limbach auf Vorschlag der SPD seit 1994 zwei Richterinnen.

³³ Vgl. R. Jaeger (Anm. 31).

³⁴ Art. 3 Abs. 1 GG regelt den allgemeinen Gleichheitssatz, nach dem alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind.

³⁵ Vgl. Hermann von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Berlin–Frankfurt/M. 1953, Art. 3, S. 52, zit. in: Theresia Degener, Der Streit um Gleichheit und Differenz in der Bundesrepublik Deutschland seit 1945, in: Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, S. 881.

Es begann eine in der Literatur teils sehr polemisch geführte Diskussion um den Begriff der Gleichberechtigung. Die natürliche Verschiedenheit von Mann und Frau müsse in der Rechtsordnung Ausdruck finden. Es zeichnete sich die Tendenz ab, die bestehende Verschiedenheit verfassungsrechtlich zu legitimieren. Die herrschende Meinung ging von einem Vorrang des allgemeinen Gleichheitssatzes aus.³⁶ Hieran übte Erna Scheffler 1950 in ihrem Referat beim 38. DJT bereits deutliche Kritik.³⁷

Im ersten deutschen Bundestag waren 31 Frauen neben 378 Männern vertreten. In der ersten Regierungserklärung von Konrad Adenauer kam der mit der Übergangsfrist zu Art. 3 Abs. 2 GG bestehende Handlungsbedarf nicht vor. Bei der Diskussion um die von der SPD-Opposition zur Gleichberechtigung eingebrachten Anträge wurden die alten, bereits zu Art. 3 Abs. 2 GG vorgebrachten Einwände wieder aufgegriffen, und die Frauen agierten nicht mehr parteienübergreifend. Die Übergangsfrist bis zum 31. März 1953 verstrich ohne gesetzliche Neuregelung zum Familienrecht. Vor diesem Hintergrund war die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Vorlagen der Zivilgerichte zum Familienrecht mit Spannung erwartet worden. Die Bundesregierung hatte das Bundesverfassungsgericht zuvor ersucht, die bereits angekündigte Entscheidung auf unbestimmte Zeit zurückzustellen.

Parallel dazu suchte die durch die so genannte Adenauer-Wahl 1953 mit absoluter Mehrheit ausgestattete CDU/CSU-Fraktion um Unterstützung für ihren Antrag, Art. 3 Abs. 2 GG bis zum 31. März 1955 außer Kraft zu setzen. Dies wäre nur als Verfassungsänderung mit Zwei-Drittel-Mehrheit im Bundestag möglich gewesen, und die Koalitionsparteien hätten geschlossen dafür stimmen müssen, also auch die FDP, die im Ergebnis dazu nicht bereit war. Anlass für den Verlängerungsantrag der CDU/CSU Fraktion war die auch in der zweiten Legislaturperiode des Bundestages nicht beschlossene Familienrechtsreform, mit der Konsequenz, dass – bestätigt auch vom BGH – die Gerichte ohne neues Gesetz im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GG seit dem 1. April 1953 entscheiden mussten. Es hatte sich hierzu in den wichtigsten Zweifelsfragen im Ehe- und Familienrecht bereits eine deutlich herrschende Meinung bei den unteren Gerichten entwickelt, sodass eine unerträgli-

che Rechtsunsicherheit weder entstand noch künftig zu erwarten war.

Das BVerfG folgte 1953 dem Wunsch der Bundesregierung nicht und verschob die angekündigte Entscheidung nicht. Die Karlsruher Korrektur des gesetzgeberischen Nichthandelns war deutlich. Die Feststellung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 GG öffnete der Zivilgerichtsbarkeit die Tür, auch ohne gesetzliche Neuregelung eine verfassungskonforme Anwendung der Familienrechts zu praktizieren.

Die einfache³⁸ oder apodiktische³⁹ Formulierung des Art. 3 Abs. 2 GG hat sich damit als klar genug erwiesen, um die Bindung nach Art. 1 GG als Grundrecht für Gesetzgebung, Exekutive und Rechtspflege realisieren zu können. Der Standort als Grundrecht sichert vor einer Änderung ohne verfassungsändernde Mehrheit. Der Aufschub für vier Jahre hat sich als Schutz vor dem „Aussitzen“ des Gesetzgebers als kluge Weichenstellung erwiesen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Gleichberechtigungsgrundsatzes sicherte die rechtliche Verbindlichkeit dieser 1949 vom Parlamentarischen Rat zugunsten der Gleichberechtigung von Mann und Frau auch so gewollten verfassungsrechtlichen Weichenstellung.

IV. Die neue Formel und der Wertewandel zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG

Der Hinweis in der Grundsatzentscheidung von 1953 auf die mögliche Unterscheidung in biologische oder funktionale Unterschiede ist für die Begründung der unmittelbaren Anwendbarkeit zwar nicht tragend gewesen. Das Urteil kann aber als Ansatzpunkt für den Versuch genommen werden, die Anfang der fünfziger Jahre noch von vielen in der juristischen Literatur vertretene generelle Ablehnung des neuen Rechts jetzt mit einer verfassungsgerichtlichen Wertung zu rechtfertigen. Die neue Formel kann auch bei Akzeptanz der verfassungsrechtlichen Wertung der garantierten Gleichberechtigung zu nicht überzeugenden Wertungen führen. Die Formel der biologischen und funktionalen Unterschiede, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können, beherrscht seit der Grundsatzentscheidung von 1953 die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 2 und

³⁶ Vgl. U. Sacksofsky (Anm. 10), S. 106.

³⁷ R. Jaeger (Anm. 5), S. 107 nennt dies zutreffend ein fulminantes Referat.

³⁸ Vgl. M. Feuersenger (Anm. 6), S. 51.

³⁹ So aus heutiger Sicht U. Nelles (Anm. 11).

3 GG. Dazu liegen zahlreiche Stellungnahmen vor, nicht nur juristische.⁴⁰

Typisierend lassen sich für die ersten 40 Jahre der Rechtsprechung des BVerfG vier Phasen unterscheiden.⁴¹ Die erste Phase der fünfziger und der sechziger Jahre betont die natürliche Verschiedenheit der Geschlechter. Verfassungsbeschwerden von Männern werden regelmäßig verworfen. In der zweiten Phase der siebziger Jahre und der frühen achtziger Jahre wird die Gleichheit betont, Männerrechte werden begründet. In der dritten werden ab den achtziger Jahren soziale Unterschiede in den Blick genommen. Die vierte Phase beginnt mit den ersten Entscheidungen, für die eine rechtliche Bewertung faktischer Unterschiede im Vordergrund steht. Die dogmatische Struktur des Verhältnisses von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG wird seitdem klar unterschieden. Den Phasen ist auch ein Wertewandel zuzuordnen, der zum Teil eine Entsprechung in der gesellschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik findet.

Nichtjuristinnen und Nichtjuristen mag es zunächst nicht einleuchten, wie es denn möglich ist, dass das für die Interpretation der Verfassung höchste Gericht zu einer Verfassungsnorm im Zeitverlauf zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann. Noch mehr kann dies zunächst erstaunen, wenn dabei sogar jeweils die identische gesetzliche Vorschrift der verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen wurde.

Die Rechtsprechung des BVerfG kann einen forschenden Zugriff auf die Rechtsordnung bedeuten, wie bereits die Grundsatzentscheidung von 1953 zeigte. Gefundene Ergebnisse werden vom BVerfG bestätigt. Verständlich ist für das höchste Gericht auch die Tendenz einer konsequenten Selbstbehauptung dieser Ergebnisse. Teils deuten sich solche Wandel in vorherigen Entscheidungen an, wenn die Bedeutung zunächst dahingestellt bleibt. Anhand von drei Beispielen (Recht des Ehenamens, Arbeitszeitschutz, Feuerwehrabgabe) soll ein solcher möglicher Wandel beschrieben werden.

- Mit der Heirat erhielt die Frau den Namen des Mannes (§ 1355 BGB i. d. F. von 18. August 1896). Erna Scheffler hatte bereits bei ihrem Referat zum 38. DJT auf die Bedeutung der

Freiheit der Namenswahl bei Heirat hingewiesen. Das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 ermöglichte nur der Frau, ihren bisherigen Namen dem Ehenamen hinzuzufügen. Das BVerfG erklärte am 26. November 1963 das Gebot der Führung eines einheitlichen Ehe- und Familiennamens für mit dem GG vereinbar.⁴² Dem Verfahren lag der Antrag einer Fachärztin zugrunde, ihren Geburtsnamen auch nach der Eheschließung weiterführen zu können. Das BVerfG stellte lapidar fest, das Gebot des einheitlichen Familiennamens treffe beide Ehegatten in gleicher Weise. Seit dem Ersten Eherechtsreformgesetz vom 14. Juni 1976 bestand nach § 1355 BGB die Möglichkeit, dass auch der Name der Ehefrau Familienname werden konnte. Der Zwang zum gemeinsamen Familiennamen (Ehenamen) mit der Konsequenz, dass der Mannesname von Gesetzes wegen Ehename wird, wenn die Ehegatten keinen ihrer Geburtsnamen zum Ehenamen bestimmen (sog. Stichentscheid nach § 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB), blieb unverändert und wurde auch nicht vom BVerfG infrage gestellt. Dies änderte sich 1991. Das BVerfG stellte zum Stichentscheid eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG fest. Der Gesetzgeber führte den Auftrag des BVerfG mit dem Familiennamengesetz vom 16. Dezember 1993 aus.⁴³ Die ständige Kritik an der ursprünglichen Rechtsprechung des BVerfG dürfte zu dieser Neuorientierung der Rechtsprechung geführt haben, weniger ein gesellschaftlicher Wertewandel, da unverändert überwiegend ein gemeinsamer Ehenamen mit der Heirat bestimmt wird.

- Beim Arbeitszeitschutz bestand das Problem darin, dass mit Pausenregelungen und auch mit dem Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen in der alten Arbeitszeitordnung besondere Schutzstandards für Frauen begründet waren. 1956 verwarf das BVerfG die Verfassungsbeschwerde eines Mannes, die sich gegen die in § 17 Abs. 2 Arbeitszeitordnung geregelten besonderen Pausenregelungen richtete, mit der Begründung, Männer würden durch die angegriffene Norm nicht benachteiligt, denn es handele sich um eine Regelung, „die der biologischen Besonderheit der Frau im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses schützend

40 Vgl. Th. Degener (Anm. 35), S. 871–899, hier S. 881 ff.; Kerstin Schweizer, Der Gleichberechtigungssatz – neue Form, alter Inhalt?, Berlin 1998; Carmen Leicht-Scholten, Das Recht auf Gleichberechtigung im Grundgesetz: Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von 1949 bis heute, Frankfurt/M.–New York 2000.

41 Vgl. U. Sacksofsky (Anm. 10).

42 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. 11. 1963, BVerfGE 17, 168; Beschluss des BVerfG vom 5. 3. 1991, BVerfGE 84, 9–25.

43 Vgl. U. Sacksofsky (Anm. 10), S. 57; Deutscher Juristinnenbund (Anm. 5), S. 93 f.

Rechnung trägt⁴⁴. Mit Urteil vom 28. Januar 1992 kommt das BVerfG hingegen zu dem Ergebnis, das in § 19 Arbeitszeitordnung geregelte Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen benachteilige diese im Vergleich zu Arbeitern (Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG) und weiblichen Angestellten (Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG). Anders als beim Ehenamen kommt bei der Rechtsprechung zum Arbeitszeitschutz das EG-Recht zum Tragen, denn zuvor entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) inhaltlich identisch, wenn auch nicht zu einem deutschen Verfahren, mit der Konsequenz, dass die zum Nachtarbeitsverbot eingereichten Vorlagebeschlüsse der Gerichte unzulässig geworden sind und das BVerfG nur über die anhängige Verfassungsbeschwerde entscheidet.⁴⁴

- In den Bundesländern sind Berufsfeuerwehren und Freiwillige Feuerwehren eingerichtet. Die meisten Bundesländer sehen eine auf männliche Gemeindebewohner beschränkte Feuerwehrdienstpflicht vor. In der Praxis wird niemand zum Feuerwehrdienst verpflichtet. Drei Bundesländer sehen außerdem eine Feuerwehrabgabe für diejenigen Männer vor, die nicht in Feuerwehren dienen. Das BVerfG erachtete 1961 die Feuerwehrabgabe als mit dem Grundgesetz für vereinbar, ohne Art. 3 Abs. 2 oder 3 GG als Prüfungsmaßstab heranzuziehen (BVerfG, Beschluss v. 17. 10. 1961, BVerfGE 13, 167). 1994 stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zur Erhebung der baden-württembergischen Feuerwehrabgabe eine Verletzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots fest. Das BVerfG, das seit der ersten Entscheidung von 1961 mehrere Verfassungsbeschwerden zur Feuerwehrabgabe nicht zur Entscheidung angenommen hatte, änderte mit Beschluss vom 24. Januar 1995 seine Rechtsprechung. Danach verstößt die Beschränkung einer Feuerwehrdienstpflicht und einer hieran anknüpfenden Abgabepflicht auf Männer gegen das Diskriminierungsverbot

des Art. 3 Abs. 3 GG.⁴⁵ In dieser Rechtsprechung kommt zum einen die Europäisierung des Diskriminierungsschutzes auch über die Grenzen der Gemeinschaft hinaus mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zum Tragen. Zum anderen wird der Diskriminierungsschutz wie zuvor schon zum Nachtarbeitsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG verankert.

Der beschriebene Wandel hat bisher in der Rechtsprechung des Ersten Senats stattgefunden, in dessen Zuständigkeitsbereich die meisten der bisherigen Verfahren zu Fragen der Gleichberechtigung der Geschlechter gefallen ist. Der Erste Senat ist teilweise auf die Rechtsprechung des EuGH eingegangen – und musste dies auch.

Für die Zukunft liegt es aber generell dem verfassungsgerichtlichen Schutz von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nahe, den gemeinschaftsrechtlich etablierten Diskriminierungsschutz und künftig auch völkerrechtlich verankerte Standards konzeptionell in die eigene Rechtsprechung zu integrieren. Anders als zu Beginn der Rechtsprechung 1953 kann heute auf eine intensiv geführte Diskussion im internationalen und europäischen Kontext zurückgegriffen werden.

In der verfassungsrechtlichen Kommentarliteratur finden sich erste Äußerungen zu der zunächst europäisch begründeten rechtlichen Figur der mittelbaren Diskriminierung. Diese ist nach zutreffender Ansicht in Art. 3 Abs. 3 GG anzusiedeln.⁴⁶ Die Rechtsprechung des EuGH zu positiven Maßnahmen würde ihren Ansatzpunkt in Art. 3 Abs. 2 GG finden können.

Die bei der Europäischen Gemeinschaft seit dem Vertrag von Amsterdam zu Art. 3 Abs. 2 EGV begonnene Diskussion des „gender mainstreamings“ als ein über die engen Grenzen der rechtlichen Gleichstellung hinausgehendes Konzept könnte ihre Grundlage in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG finden. Art. 3 Abs. 2 GG ist offen genug formuliert, um neuen Ansätzen staatlichen Handelns zugunsten der Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter einen verfassungsrechtlich soliden Rahmen geben zu können.

⁴⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 24. 6. 1954; BVerfGE 5, 9 (12); BVerfG, Urteil v. 28. 1. 1992; BVerfGE 85, 191.

⁴⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. 1. 1995, BVerfGE 92, 91.

⁴⁶ Vgl. L. Osterloh (Anm. 4), Art. 3 Rdnr. 255 f.