

## **Fall zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (nach BVerfGE 92, 91)**

Der in Sachsen-Anhalt wohnende B erhält einen Bescheid seiner Wohnortgemeinde, mit der, er zur Zahlung einer sog. "Feuerwehrabgabe" in Höhe von 50 DM für das Kalenderjahr herangezogen wird. Der Abgabenbescheid stützt sich auf eine entsprechende Ortssatzung, die wiederum auf der Grundlage der §§ 10 und 11 des Feuerwehrgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt (FG LSA) erlassen wurde. Nach § 11 FG LSA können die Gemeinden auf Grund einer Satzung eine Feuerwehrabgabe erheben. Abgabepflichtig sind alle Personen, die nach § 10 FG LSA feuerwehrdienstpflichtig sind und bei Beginn des Haushaltsjahres in der Gemeinde wohnen. Nach § 10 FG LSA sind alle männlichen Gemeindebewohner zwischen dem vollendeten 18. und dem vollendeten 50. Lebensjahr feuerwehrdienstpflichtig, sofern sie nicht nachweisen, daß sie den gesundheitlichen Anforderungen des Feuerwehrdienstes nicht gewachsen sind.

Widerspruch und Anfechtungsklage des B gegen den Abgabenbescheid haben keinen Erfolg. Seine Klage wird vom BVerwG letztinstanzlich abgewiesen. Hiergegen erhebt B Verfassungsbeschwerde. Er macht geltend, die Erhebung der Feuerwehrabgabe ausschließlich von Männern verstoße gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG.

### **Begründetheit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich unmittelbar gegen den Abgabenbescheid und die gleichlautenden weiteren Behörden- und Gerichtsentscheidungen, mittelbar gegen die Vorschriften der §§ 10, 11 FG LSA. Sie ist begründet, wenn das Grundrecht des B aus Art. 3 Abs. 3 GG durch diese Vorschriften verletzt wird. Das ist der Fall, wenn die Erhebung der Feuerwehrabgabe ausschließlich von Männern gegen das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG verstößt und nicht durch eine immanente Schranke oder kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt ist.

#### **I. Verstoß gegen das Differenzierungsverbot**

##### **1. Allgemeine Bedeutung des Differenzierungsverbots**

Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist eine Bevorzugung oder Benachteiligung wegen bestimmter Merkmale oder Eigenschaften verboten. Der Sinn dieser Verfassungsnorm liegt darin, den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu stärken, indem die dem Gesetzgeber darin eingeräumten Gestaltungsfreiheit enger eingegrenzt wird. Der Gesetzgeber darf die in

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmale und Eigenschaften nicht als Anknüpfungspunkt für eine unterschiedliche rechtliche Behandlung heranziehen. Der besondere Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbietet es, die in ihm genannten Merkmale und Eigenschaften als Anknüpfungspunkt für eine Diskriminierung oder Privilegierung zu wählen. Man spricht insoweit von einem **Differenzierungsverbot**. Anders ausgedrückt: Die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale und Eigenschaften scheiden bereits von Verfassungs wegen als *sachlicher Grund* für eine Ungleichbehandlung. Die Differenzierungsverbote bewirken damit, daß die aufgeführten faktischen Verschiedenheiten keine rechtlichen Wirkungen haben dürfen.

## 2. **Einschränkung des Art. 3 Abs. 3 GG auf Grund der Merkmale "Benachteiligung" und "wegen"?**

Eine einschränkende Interpretation des Art. 3 Abs. 3 GG unter Rückgriff auf die dort genannten Begriffe "Bevorzugung" und "Benachteiligung" oder durch eine an dem Wort "wegen" ansetzende Differenzierung ist nicht möglich (hierzu *Sachs*, HStR V, § 126 Rn. 52 ff.; Rn. 65 ff.). Zwar richtet sich Art. 3 Abs. 3 GG seinem Wortlaut nach nicht gegen Unterscheidungen schlechthin, sondern verbietet nur, daß Menschen "benachteiligt oder bevorzugt" werden. Jedoch ist Art. 3 Abs. 3 GG nach seinem Sinn und Zweck auf die Beseitigung der Handlungsspielräume des Gesetzgebers gerichtet. Der **Begriff des "Nachteils"** ist vor diesem Hintergrund weit auszulegen. Dieser erfaßt jede denkbare Schlechterstellung. Eine gesetzgeberische Differenzierung, die an ein in Art. 3 Abs. 3 GG genanntes Merkmal anknüpft, kann daher nicht mit dem Argument aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG ausgeklammert werden, die mit der gesetzlichen Regelung verbundenen Folgen erreichten nicht die Qualität einer "Benachteiligung" im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG.

Auch aus dem Wort "wegen" läßt sich nicht ableiten, daß es dem Gesetzgeber **final** auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung ankommen muß. Inzwischen überholt ist daher eine vom BVerfG früher vertretene einschränkende Auslegung, wonach das Verbot des Art. 3 Abs. 3 GG nicht absolut gelte, sondern nur die bezweckte Benachteiligung oder \_ Bevorzugung verbiete. Nicht verboten sei ein Nachteil oder ein Vorteil, der die Folge einer ganz anders intendierten Regelung sei (so noch BVerfGE 75, 40 [70]). Das Differenzierungsverbot gilt vielmehr auch dann, wenn der Gesetzgeber mit der Regelung in erster Linie andere Ziele verfolgt (so klarstellend BVerfGE 85, 191 [206] entgegen BVerfGE 75, 40 [70]). Die Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 GG ist somit richtigerweise als **striktes Anknüpfungsverbot** bzw. Unterscheidungsverbot zu verstehen.

### 3. Exkurs: Verbot der "mittelbaren Diskriminierung"?

In der Literatur kontrovers erörtert wird die Frage, ob das Verbot der Benachteiligung "wegen des Geschlechts" auch die sog. "mittelbare Diskriminierung" erfaßt (befürwortend *Osterloh*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 256; ablehnend *Sachs*, HStR V, § 126 Rn. 88). Zur Definition: "**Unmittelbare Diskriminierung**" ist die unmittelbare Anknüpfung an ein nach Art. 3 Abs. 3 GG verpöntes Merkmal, während "**mittelbare Diskriminierung**" dann vorliegt, wenn eine Regelung an Gegebenheiten anknüpft, die nur typischerweise, aber nicht ausschließlich bei einem Geschlecht vorkommen. Als Beispiel kann die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten angeführt werden: Durch den Ausschluß der Teilzeitbeschäftigten aus der (betrieblichen) Altersversorgung ist möglicherweise eine "mittelbare" oder "verdeckte" Diskriminierung von Frauen gegeben, wenn von der Regelung nahezu ausschließlich Frauen betroffen sind (vgl. *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 93). Sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck des Art. 3 Abs. 3 GG als striktes Anknüpfungsverbot legen es allerdings nahe, nur die "offene" und nicht die "verdeckte" Anknüpfung an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale als vom Differenzierungsverbot erfaßt anzusehen. Würde die "mittelbare Diskriminierung" in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG mit einbezogen, wäre es nämlich dem Gesetzgeber - an das genannte Beispiel anknüpfend - nicht gestattet, unterschiedliche Regelungen für Teilzeitbeschäftigte und Vollzeitbeschäftigte aufzustellen. Diese Konsequenz ist jedoch nicht durchzuhalten. Die Befürworter des Verbots der "mittelbaren Diskriminierung" müssen daher einräumen, daß insoweit kein absolutes Anknüpfungsverbot besteht. Dann erscheint es aber konsequenter, die "mittelbare Diskriminierung" vollständig vom Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG auszunehmen.

### 4. Der Tatbestand der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

Zur Lösung des vorliegenden Falles relevant ist der Gesichtspunkt, daß das in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG genannte **Geschlecht** grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden darf. Nach herrschender Meinung enthält **Art. 3 Abs. 2 GG** im Verhältnis zu dem sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG ergebenden Differenzierungsverbot wegen des Geschlechts keine weitergehenden oder spezielleren Anforderungen (BVerfGE 92, 91 [109]). Der über das Diskriminierungsgebot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 2 GG besteht allein in einem Gleichberechtigungsgebot, welches möglicherweise als mit dem Differenzierungsverbot kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht kommt (BVerfGE 92, 91 [109]). Darauf ist zurückzukommen.

Der Tatbestand der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts liegt dann vor, wenn das Geschlecht das Kriterium für die Setzung unterschiedlicher Rechtsfolgen ist. Das ist es, wenn es möglich ist, zwei Fälle zu bilden, die bis auf das Geschlecht in allen wesentlichen Punkten gleich sind und die doch in unterschiedlicher Weise geregelt werden (*Ebsen*, HdbVerfR, § 8 Rn. 19). Diese Situation ist im vorliegenden Fall gegeben: Die Feuerwehrdienstpflicht und auch die Feuerwehrabgabepflicht ist nach §§ 10 und 11 FG LSA beschränkt auf männliche Einwohner der Gemeinden, die bestimmte Eigenschaften aufweisen. Frauen mit den gleichen Eigenschaften sind weder feuerwehrdienst- noch feuerwehrabgabepflichtig. Damit bildet das Geschlecht ein Tatbestandsmerkmal, mit dessen Erfüllung unterschiedliche Rechtsfolgen verbunden sind, je nachdem, ob die potentiell dienst- und abgabepflichtige Person dem männlichen oder dem weiblichen Geschlecht angehört. Die Pflicht zur Zahlung einer Feuerwehrabgabe ist auch ein Nachteil i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG. Ob die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen vom Gesetzgeber bezweckt war ("wegen"), ist nach dem oben Gesagten unerheblich. Die Regelung in §§ 10, 11 FG LSA verstößt damit im Ergebnis grundsätzlich gegen das Verbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG, bei der Auferlegung von Pflichten oder bei der Gewährung von Begünstigungen nach dem Geschlecht zu differenzieren.

## II. Immanente Schranken des Differenzierungsverbots

Das Differenzierungsverbot unterliegt sog. **immanenten Schranken**, die den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG insoweit zurücknehmen. In der Rechtsprechung sind hierbei zwei verschiedene Ansätze zur Einschränkung des Differenzierungsverbots zu unterscheiden.

### 1. Von der "alten" zur "neuen" Formel

Nach herkömmlicher Auffassung waren als Ausnahme vom Differenzierungsverbot solche Regelungen zulässig, die "im Hinblick auf die objektiven biologischen und funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses zwischen Männern und Frauen differenzieren" (vgl. etwa BVerfGE 52, 369 [374]; 74, 163 [179]). Diese "alte Formel" hat in der Literatur Kritik erfahren. Dem BVerfG wurde nur insoweit zugestimmt, als daß eine verbotene Ungleichbehandlung nicht vorliege, wenn biologische Unterschiede zwischen Männern und Frauen eine verschiedene Behandlung zwingend notwendig machen. Die Berufung auf eine funktionale (arbeitsteilige) Verschiedenheit sei jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn sie ihrerseits auf biologischen Unterschieden beruhe und eine Differenzierung zwingend erforderlich mache. In diesem Fall seien die "funktionalen Unterschiede" jedoch als eigenständiges Kriterium überflüssig. Die Einschränkung auf die biologischen Unterschiede sei

nötig, weil funktionale Unterschiede in der Regel auf Herkommen und Sitte beruhen und deshalb die Gefahr bestehe, daß die vorgefundene typische Arbeitsteilung zwischen Mann und Frau zur Begründung ungerechtfertigter Benachteiligungen der Frauen herangezogen werden (vgl. *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 90; *Pieroth/Schlink*, Rn. 499).

Die Kritik kann auf sich beruhen, denn das BVerfG hat mittlerweile seine Rechtsprechung geändert. Die "alte Formel" ist heute überholt. Das BVerfG verwendet auch insoweit eine "**neue Formel**", die allein auf biologische Unterschiede zwischen Männern und Frauen abhebt. Danach sind an das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen mit Art. 3 Abs. 3 GG nur vereinbar, "soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind" (BVerfGE 85, 191 [207]; 92, 91 [109]). Auf der Grundlage dieser "neuen Formel" ist zu untersuchen, ob die Beschränkung der die Abgabepflicht auslösende Feuerwehrdienstpflicht auf Männer zwingend erforderlich ist, um Probleme zu lösen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten. Das ist nicht der Fall. Es sind keine Gründe feststellbar, die eine Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht auf Männer erforderlich machen. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen (BVerfGE 92, 91 [109 - 111]):

1. Die herkömmliche Annahme, daß Frauen wegen ihrer körperlichen Konstitution vom Feuerwehrdienst ausgenommen werden dürfen, ist aus heutiger Sicht nicht begründet. Zwar sind bestimmte mit dem Feuerwehrdienst verbundene gesundheitliche Gefahren bei Frauen auf Grund ihrer körperlichen Konstitution höher einzustufen als bei Männern. Insoweit ist von Bedeutung, daß bei Feuerwehreinsätzen körperliche Belastungen auftreten, etwa durch Rauch, Hitze, Gewicht der persönlichen Ausrüstung sowie Hebe- und Tragetätigkeit, denen Frauen wegen ihres schwächeren Körpergerüsts sowie ihrer geringeren Muskelmasse im allgemeinen weniger gewachsen sind. Diese geschlechtsbezogenen Besonderheiten fordern jedoch nicht den generellen Ausschluß der Frauen von der Dienstpflicht Ihnen kann vielmehr durch eine auf die individuelle Konstitution abstellende Tauglichkeitsuntersuchung Rechnung getragen werden, wie sie § 10 FG LSA für Männer vorsieht. Zudem kommt dem Aspekt der körperlichen Kraftentfaltung aufgrund der zunehmenden Technisierung und Auffächerung des Aufgabenkreises der Feuerwehr (bei einem geringen Anteil der Brandbekämpfung und überwiegendem Einsatz bei Unglücksfällen und technischen Hilfeleistungen) keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zu: Eventuelle körperliche Defizite, namentlich bei punktuellen oder plötzlich auftretenden Maximalbelastungen, werden danach in der Praxis im allgemeinen durch das Zusammenwirken in der Gruppe ausgeglichen. Gefährdungen während der Schwangerschaft und nach der Entbindung kann durch eine entsprechende Ausnahme- oder Befreiungs-

Regelung hinreichend Rechnung getragen werden.

2. Gegen die Annahme, daß Frauen für den Feuerwehrdienst wegen ihrer andersartigen Konstitution generell ungeeignet seien, spricht auch, daß Frauen in allen Bundesländern in größerem Umfang auf Grund freiwilliger Meldung im Feuerwehrdienst eingesetzt werden. Nach einer Statistik des Deutschen Feuerwehrverbandes waren zum Stichtag 31. Dezember 1992 von Insgesamt 1.133.620 Mitgliedern der Freiwilligen Feuerwehren in der Bundesrepublik Deutschland 45.505 weiblich, das entspricht 4 %. In den neuen Bundesländern ist der Frauenanteil sowohl in absoluten Zahlen (zwischen 2.830 und 6.556) als auch prozentual besonders hoch und beträgt in Sachsen-Anhalt beispielsweise 14 %. Zudem erstreckt sich in den Ländern Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Thüringen die Feuerwehrdienstpflicht auch auf Frauen (BVerfGE 92, 91 [94]).

Im Ergebnis ist die Voraussetzung einer immanenten Schranke des Differenzierungsverbots nach der "neuen Formel", die zwingende Erforderlichkeit einer unterschiedlichen Regelung für Männer und Frauen, nicht erfüllt.

## **2. Der Kompensationsgedanke**

Eine weitere immanente Schranke des Diskriminierungsverbots hat das BVerfG in der Entscheidung zu den unterschiedlichen Altersgrenzen für den Bezug von Altersruhegeld (Frauen: 60 Jahre; Männer: 65 Jahre) entwickelt. Der Gesetzgeber ist danach zu einer Ungleichbehandlung auch dann befugt, wenn er einen **sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen** anordnet, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede zurückgehen. Darin liege keine Ungleichbehandlung "wegen des Geschlechts", sondern eine Maßnahme, die auf eine Kompensation erlittener Nachteile ziele (BVerfGE 74, 163 [180]). Im konkreten Fall hatte das BVerfG die unterschiedliche Regelung für Frauen und Männer als Ausgleich einerseits für die Doppelbelastung, denen Frauen typischerweise durch die Verbindung von Kindererziehung und Beruf ausgesetzt sind, andererseits für die Beeinträchtigung ihrer Rentenanwartschaften auf Grund der typischen Unterbrechung einer entgeltlichen Tätigkeit durch Zeiten von Schwangerschaft, Geburt und Kindererziehung gerechtfertigt. Es ging also allgemein um den Ausgleich von Nachteilen, die in der Vergangenheit liegen.

Zweifel bestehen allerdings an der systematischen Stellung des Kompensationsgedankens als immanenter Schranke des Differenzierungsverbots. Es erscheint wenig einleuchten die Fälle der Kompensation bereits aus dem Tatbestand der Ungleichbehandlung "wegen des Geschlechts" herauszudefinieren. In neuerer Zeit scheint das BVerfG auch den Kompensationsgedanken dem

"kollidierenden Verfassungsrecht" zuordnen zu wollen (vgl. den Hinweis auf BVerfGE 74, 163 [180] in BVerfGE 92, 91 [111]).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Kompensationsgedanken - sei es als immanente Schranke, sei es als kollidierendes Verfassungsrecht - indessen nichts. Es ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber die Freistellung der Frauen von der Feuerwehrdienstpflicht als Ausgleich für - in der Vergangenheit - anderweitig erlittene Nachteile verstanden wissen will.

### III. Kollidierendes Verfassungsrecht

#### 1. Das Gleichberechtigungsgebot

Kollidierendes Verfassungsrecht, welches die Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht auf Männer rechtfertigt, könnte sich aus Art. 3 Abs. 2 GG ergeben. Nach der Rechtsprechung des BVerfG enthält Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG einen über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichenden Regelungsgehalt. Dieser bestehe in einem **Gleichberechtigungsgebot**, welches sich auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Der Satz "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" wolle nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- und Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern auch für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürften wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden (BVerfGE 85, 191 [207]). Dieser Regelungsgehalt sei inzwischen durch die Anfügung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ausdrücklich klargestellt worden (BVerfGE 92, 91 [109]). Im Gegensatz zum Kompensationsgedanken, der auf einen Ausgleich für **in der Vergangenheit** erlittene Nachteile gerichtet ist, hat das Gleichberechtigungsgebot das Ziel, die faktische Gleichstellung von Männern und Frauen **für die Zukunft** herzustellen.

Das Gleichberechtigungsgebot ist jedoch nicht geeignet, die hier festgestellte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Die Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht auf Männer ist den Zielen des inzwischen ergänzten Art. 3 Abs. 2 GG, die Gleichberechtigung der Geschlechter in der gesellschaftlichen Wirklichkeit durchzusetzen und überkommene Rollenvorstellungen zu überwinden, nicht förderlich, sondern verfestigt im Gegenteil die überkommene Rollenverteilung. Den auch heute noch typischerweise Frauen treffenden Mehrfachbelastungen durch Hausarbeit, Kinderbetreuung und Beruf kann bei einer vom Gesetzgeber angeordneten

grundsätzlichen Indienstnahme für den Feuerwehrdienst sachgerechter und spezifischen durch Freistellungsregelungen Rechnung getragen werden, die geschlechtsunabhängig an solche Mehrfachbelastungen anknüpfen.

Im Ergebnis verstößt die Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht auf Männer durch § 10 FG LSA gegen das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG. Die Verfassungsbeschwerde des B ist daher begründet.

## 2. Zur Vertiefung: Die Frauenquote

Außerordentlich umstritten ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von sog. "Frauenquoten" (Überblick zuletzt bei Battis, NJW 1996, 1034 f.; der EuGH, NJW 1995, 3109 hat einen Verstoß gegen Europarecht durch die Frauenquotenregelung im Bremer Gleichstellungsgesetz angenommen). Soweit es um Quotenregelungen bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst geht, ist Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten, der allein die Kriterien "Eignung, Befähigung und fachliche Leistung" bei der Bewerberauswahl zulässt. Insoweit kann sich nur die Frage stellen, ob darüber hinaus noch zusätzliche "Hilfskriterien" bei einer Auswahlentscheidung eine Rolle spielen dürfen, wenn das Prinzip der Bestenauslese keine eindeutige Entscheidung ermöglicht, und ob innerhalb dieses (engen) Bereichs eine sog. "leistungsabhängige Quotierung" verfassungsrechtlich zulässig sein kann. Hierunter sind Regelungen zu verstehen, die vorschreiben, daß bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung unter bestimmten Voraussetzungen weibliche Bewerberinnen gegenüber männlichen Bewerbern zu bevorzugen sind. Es geht also um Regelungen, die Frauen wegen ihres Geschlechts bevorzugen und dadurch Männer wegen ihres Geschlechts benachteiligen und damit grundsätzlich gegen das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG verstoßen.

Der Streit um die Zulässigkeit von Quotenregelungen dreht sich daher ausschließlich um die Frage, ob die Bevorzugung von Frauen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann. Auch insoweit kommt eine immanente Schranke des Differenzierungsverbot oder kollidierendes Verfassungsrecht als Rechtfertigungsgrund in Betracht. Eine immanente Schranke liegt nach der "neuen Formel" vor, wenn eine Regelung zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist. Um eine derartige Regelung handelt es sich bei Frauenquoten ersichtlich nicht. Auch der als weitere immanente Schranke genannte Kompensationsgedanke trägt die Quotenregelung nicht, denn bei Quotenregelungen geht es nicht in erster Linie um die Kompensation erlittener Nachteile für die Vergangenheit. Quotenregelungen sind zukunftsorientiert. Der Gedanke der Kompensation ist zwar Motivation, aber nicht Ziel solcher Regelungen. Insoweit verdient auch



der Gesichtspunkt Beachtung, daß Bewerberinnen, zugunsten deren eine leistungsabhängige Quote greifen kann, in der Regel von dem überkommenen Rollenverständnis entweder von vornherein frei sind oder sich doch darüber hinweggesetzt haben und gegebenenfalls auch Frauen privilegiert werden, die keinerlei geschlechtsbedingte Nachteile in ihrem bisherigen Werdegang zu erleiden hatten.

Als Grundlage einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Frauenquoten kommt daher allein das in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG oder in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG enthaltene Gleichberechtigungsgesetz als kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht.

Hier ist zunächst fraglich, ob der Inhalt des Gleichberechtigungsgesetzes des Art. 3 Abs. 2 GG überhaupt mit dem Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG in Konflikt geraten kann. Möglicherweise ist das Gleichberechtigungsgesetz als Forderung nach tatsächlicher Durchsetzung der Gleichberechtigung innerhalb der durch das Differenzierungsverbot gesetzten Grenzen zu verstehen. Bei diesem Verständnis würde das Gleichberechtigungsgesetz an die bestehende Rechtslage anknüpfen, den Staat allerdings nicht wie das Differenzierungsverbot nur zu einem Unterlassen, sondern zu einem aktiven Tun verpflichten. Der Staat muß dann gewährleisten, daß die Regelungen, die von ihm auf Grund und im Rahmen des Differenzierungsverbots erlassen worden sind, von ihren jeweiligen Adressaten werden; sollte dies nicht der Fall sein, muß der Staat gegensteuern. Ein Konflikt zwischen dem Differenzierungsverbot und dem Gleichberechtigungsgesetz wird so vermieden. Mit einem so verstandenen Gleichberechtigungsgesetz können nur allgemeine Förderungsmaßnahmen gerechtfertigt werden, die zwar ausschließlich oder in erster Linie zugunsten von Frauen erfolgen, durch die aber kein Mann individuell benachteiligt wird. Quotenregelungen dagegen bewirken nicht Chancengleichheit, sondern - im Fall der gleichen Eignung - geschlechtsbedingte Chancenungleichheit. Mit dem Gedanken eines Gleichberechtigungsgesetzes lassen sie sich nicht fassen. Sie können verfassungsrechtlich nur konstruiert werden als die Erfüllung des Gebots, die faktische Gleichstellung von Männern und Frauen im beruflichen Leben herbeizuführen und zu diesem Zweck vorübergehend Diskriminierungen von Angehörigen des jeweils "überrepräsentierten" Geschlechts hinzunehmen.

Eine Rechtfertigung von Quotenregelungen durch kollidierendes Verfassungsrecht kann also nur dann in Betracht kommen, wenn Art. 3 Abs. 2 GG ein **Gleichstellungsgebot** enthält. Ein Gleichstellungsgebot bedeutet, daß Männer und Frauen, jeweils als Gruppe betrachtet und nicht, wie beim Differenzierungsverbot, als Individuen, in allen gesellschaftlichen Lebensbereichen faktisch gleich stark vertreten sein sollen. Maßstab für die Erfüllung des Gebots sind

Vorstellungen über die gesellschaftliche Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen. Adressat des Gebots ist der Staat. Von ihm wird ein positives Tun erwartet und nicht, wie beim Differenzierungsverbot, ein Unterlassen. Zur Erreichung faktischer Gleichheit wird vorübergehend rechtliche Ungleichheit hingenommen, wenn nicht sogar gefordert. Die Frage, ob Art. 3 Abs. 2 GG ein Gleichstellungsgebot enthält und ob dieses Gebot Quotenregelungen vor dem Differenzierungsverbot rechtfertigt, ist durch die Grundgesetzänderung vom Oktober 1994 nicht ausdrücklich beantwortet worden. Die Parteien haben sich vielmehr über die Zulässigkeit von Frauenquoten nicht einigen können. Die Frage, ob Quotenregelungen von einem Gleichstellungsauftrag gedeckt sind, ist jedoch mit Hilfe der Verfassungssystematik beantwortbar.

Das Differenzierungsverbot dient dem Schutz des einzelnen Grundrechtsträgers vor Benachteiligungen auf Grund seiner Geschlechtszugehörigkeit; es handelt sich um ein subjektives Gleichheitsrecht. Das Gleichstellungsgebot begründet kein subjektives Recht, sondern eine allgemeine Zielvorgabe für das Handeln des Staates. "Differenzierungsverbot" und "Gleichstellungsgebot" repräsentieren also für den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 GG zwei Figuren, die auch bei anderen Grundrechten vorkommen und die in der Grundrechtsdogmatik mit den Begriffen "subjektiv-rechtliche Gewährleistung" und "objektiv-rechtlicher Gehalt" bezeichnet werden. Wie beide Größen sich zueinander verhalten und in welchem Maß die objektiven Grundrechtsgehalte gegenüber den subjektiven verselbständigt sind, muß für jedes Grundrecht geprüft werden. Bei der Gleichberechtigung von Männern und Frauen geht es um das Verhältnis von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG.

Das Gleichstellungsziel ist Gegenstand zum Teil heftiger politischer Kritik. Die Frage, ob es überhaupt, von Art. 3 Abs. 2 GG umfaßt wird, kann jedoch vorerst offen bleiben. Jedenfalls kann man nicht sagen, daß dieses Ziel notwendig mit dem Differenzierungsverbot kollidiert, denn es ist vorstellbar, daß das Ziel ohne individuelle Benachteiligung von Männern erreicht wird, mag dies auch länger dauern. Gegen eine Deutung von Art. 3 Abs. 2 GG als Gleichstellungsgebot kann darum nicht eingewandt werden, sie stünde in einem unauflösbaren Widerspruch zu dem Differenzierungsverbot, das Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG unstreitig enthält. Vielmehr kommt es auf die zur Verwirklichung des Zieles eingesetzten Mittel an.

Das Mittel, um das es hier geht, ist eine Quotenregelung. Diese führt, wenn sie zur Anwendung kommt, zu einer Benachteiligung des betroffenen männlichen Bewerbers, ist also mit dem Differenzierungsverbot unvereinbar. Es stellt sich deshalb die Frage, ob subjektive und objektive Grundrechtsgehalte so definiert werden dürfen, daß sie in Widerspruch zueinander geraten. Logisch sind drei Wege denkbar, um die Kollision zu vermeiden bzw. aufzulösen:

genereller Vorrang der subjektiven Gewährleistung, genereller Vorrang des objektiven Gehalts, Auflösung des Konflikts durch Herstellung praktischer Konkordanz.

a) Die herrschende Sichtweise kommt am besten in der Mitbestimmungsentscheidung des BVerfG (E 50, 290 [337]) zum Ausdruck:

"Nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind sie (sc. die Einzelgrundrechte) in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Die Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien besteht in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft, hat jedoch ihre Wurzel in dieser primären Bedeutung. Sie läßt sich deshalb nicht von dem eigentlichen Kern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen verselbständigen, in dem der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte zurücktritt."

Auf Art. 3 Abs. 2 GG, insbesondere auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, angewandt, bedeutet dies, daß diese Norm als Gleichstellungsgebot nicht so gefaßt werden darf, daß sie mit dem Verbot individueller Benachteiligung in Konflikt gerät. Da aber genau dies bei jeder Quotenregelung der Fall ist, sind Quotenregelungen vom objektiven Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG nicht gedeckt; sie verstoßen vielmehr gegen diese Norm.

b) Bei dieser Argumentation wird vorausgesetzt, daß der Gleichstellungsauftrag im Verhältnis zu dem Differenzierungsverbot von untergeordneter Bedeutung ist. Man kann sich aber auch auf den Standpunkt stellen, daß das Gleichstellungsgebot in Art. 3 Abs. 2 GG selbständig begründet ist und daß es von dem Differenzierungsverbot unabhängig ist, das seine Grundlage in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG findet. Dann ist der objektive Grundrechtsgehalt dem subjektiven nicht mehr untergeordnet, sondern steht gleichwertig neben ihm. Konflikte sind folglich nur nach Maßgabe praktischer Konkordanz auflösbar.

Praktische Konkordanz bedeutet die verhältnismäßige Zuordnung zweier konfligierender Güter oder Ziele in der Weise, daß beide so weit wie unter Beachtung des jeweils anderen möglich verwirklicht werden können. Geht man realistisch davon aus, daß das objektive Gleichstellungsziel nur unter Inkaufnahme individueller Diskriminierungen effektiv und zeitnah zu verwirklichen ist, so erweist sich die leistungsbezogene Quotenregelung in der Tat als die schonendste Regelung: Sie greift nur bei gleicher Eignung und sie greift nicht, soweit die Gleichstellung schon verwirklicht ist. Zu einem anderen Ergebnis kann hier nur kommen, wer die Zielvorgaben des Gleichstellungsgebotes erheblich abschwächt.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen wird entscheidend, welche der beiden Deutungen des Verhältnisses von Differenzierungsverbot und Gleichstellungsgebot die richtige ist. Der Streit um die systematische Stellung des Differenzierungsverbotes und sein Verhältnis zum Gleichstellungsgebot ist, obwohl es so scheinen könnte, alles andere als ein Glasperlenspiel. Die Verselbständigung führt zu einer Aufwertung des Gleichstellungsgebots, weil es sich so vom objektiven Grundrechtsgehalt zum alleinigen Norminhalt zumindest des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG emanzipiert, so daß nun Widersprüche zwischen Differenzierungsverbot und Gleichstellungsgebot denkbar werden, die nach Maßgabe der Grundsätze praktischer Konkordanz aufzulösen sind, wenn man nicht sogar Art. 3 Abs. 2 GG im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG als *lex specialis* ansieht.

Eine Verselbständigung des objektiven Grundrechtsgehalts ist jedoch abzulehnen, weil sie in mehrfacher Hinsicht aus dem Rahmen des Grundrechtsteils des Grundgesetzes herausfällt, so daß ihr nur zugestimmt werden könnte, wenn sie ausdrücklich und unmißverständlich in Art. 3 Abs. 2 GG niedergelegt wäre. Während die Grundrechte sonst primär subjektive Rechte sind, handelt es sich bei dem Gleichstellungsgebot um eine rein objektive Verpflichtung.- Während die Grundrechte sonst dem Staat ein bestimmtes Verhalten aufgeben, ist hier unbestimmt, was im einzelnen der Staat tun soll, um dem Gleichstellungsgebot Genüge zu tun. Während die Grundrechte sonst verpflichte -wird hier zum Teil vertreten, daß sie zu Gleichstellungsmaßnahmen nur ermächtigen. Während die Grundrechte sonst nur Individuen schützen, wird hier ein - rechtlich fingiertes, sozial nicht existentes - Kollektiv, "die Frauen", geschützt, ohne Rücksicht darauf, ob dessen einzelne Angehörige tatsächlich benachteiligt sind und staatlicher Förderung bedürfen oder nicht. Während die Grundrechte sonst vor staatlichen Eingriffen schützen, enthält die "objektive Deutung" des Art. 3 Abs. 2 GG eine Ermächtigung zu staatlicher Sozialgestaltung /Hinter ihr steht letztlich ein marxistischen Grundrechtsverständnis: Die Individualrechte werden solange außer Kraft gesetzt, bis durch dirigistische Umgestaltung der Gesellschaft ein nach Auffassung einer herrschenden Gruppe optimaler Zustand erreicht ist. Dies kann nicht die Sichtweise des Grundgesetzes sein, Das zeigt nicht zuletzt auch die Übergangsregelung des Art. 117 Abs. 1 GG, derzufolge dem Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehendes staatliches Recht zu ändern ist und nicht gesellschaftliche Zustände. Art. 117 Abs. 1 GG geht davon aus, daß "Gleichberechtigung" im Sinne der Verfassung hic et nunc verwirklicht werden kann und nicht erst langwierige Umwälzungen der gesellschaftlichen Verhältnisse erfordert. Genauso ist die Norm 30 Jahre lang praktiziert worden, bis in den 80er Jahren ihre "objektiv-rechtliche Dimension" entdeckt wurde.

Da demnach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 1. Alt. GG ein vorrangiges Differenzierungsverbot statuiert, sind Quotenregelungen hiermit unvereinbar.