

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 508

**Das Gleichberechtigungsgebot
des Art. 3 Abs. 2 GG
in Rechtsprechung und Lehre**

Von

Jochen Hofmann



Duncker & Humblot · Berlin

JOCHEN HOFMANN

**Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG
in Rechtsprechung und Lehre**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 508

**Das Gleichberechtigungsgebot
des Art. 3 Abs. 2 GG in Rechtsprechung
und Lehre**

Von

Jochen Hofmann



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Hofmann, Jochen:

Das Gleichberechtigungsgebot des Art[ikel] 3
Abs[at]z 2 GG in Rechtsprechung und Lehre / von
Jochen Hofmann. — Berlin: Duncker und Humblot,
1986.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 508)

ISBN 3-428-06061-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1986 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Gedruckt 1986 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06061-X

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung erfolgte in Fortführung des auf der 22. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachrichtung Öffentliches Recht in Tübingen im Februar 1982 gehaltenen Referats, das in dem von *Lutz Frauendorf* herausgegebenen Tagungsband nur zum Teil abgedruckt werden konnte. Das abgedruckte Referat gab damit nicht die Auseinandersetzung mit der fachgerichtlichen Rechtsprechung auf den Gebieten des Arbeits-, Sozial-, Familien- und Eherechts wieder, die Gegenstand der Tübinger Tagung war.

Die zum Teil in die 50er und 60er Jahre zurückreichende Rechtsprechung der Zivil-, Arbeits- und Verfassungsgerichte wurde bis Ende des Jahres 1985 erfaßt und ausgewertet; besonderes Gewicht kam dabei der insbesondere in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erkennbaren Methode der Typisierung sowie der Judikatur des EuGH zur Verwirklichung des Gleichberechtigungsgebots im Arbeitsrecht zu. Näher beleuchtet werden schließlich die — immer noch umstrittenen — §§ 611 a ff. BGB sowie die rechtspolitisch erhobenen Forderungen nach absoluten bzw. relativen Quotenregelungen.

Würzburg, im Mai 1986

Jochen Hofmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
I. Rechtshistorischer Standort und dogmatische Bedeutung	13
1. Verfassungshistorischer Aufriß	13
2. Bindungswirkung und Wirkungsrichtung	15
3. Die „main-issues“ der Diskussion um ein Antidiskriminierungsgesetz	18
II. Art. 3 Abs. 2 GG in der Rechtswirklichkeit	20
1. Drittwirkung von Grundrechten und Transformation ins Privatrecht	20
2. Gleichberechtigungsg 1957, 1. EheRG 1976, SorgRG 1979	21
a) Das Entscheidungsrecht des Mannes in ehelichen Angelegenheiten	21
b) Rechtsgeschäfte in der Ehe	24
c) Das eheliche Güterrecht	26
d) Das Recht der elterlichen Sorge	28
3. Das Gleichbehandlungsg 1980	31
4. Die Anwendung des Art. 3 Abs. 2 GG durch die Rechtsprechung	34
a) Biologische Unterschiede als Anknüpfungspunkt	35
aa) Der Kranzgeldanspruch nach § 1300 BGB	35
bb) Strafbarkeit der männlichen Homosexualität	36
cc) Die Sperrklausel des § 8 Abs. 1 EheG	37
dd) Die Regelungen des MuSchG	37
ee) Die Arbeits- bzw. Arbeitszeitverbote der AZO	41
b) Funktional-arbeitsteilige Unterschiede als Differentiationskriterium	44
aa) Die HöfeO-Entscheidungen von BGH und BVerfG	45
bb) Die Methode der „Typisierung“ nach drei Ehetypen in der Rechtsprechung des BVerfG	47
cc) Die „Beamtinnen-Entscheidungen“ des BVerfG als Beispiel erfolgreicher Anwendung des Art. 3 Abs. 2 GG kraft dogmatischer Konkordanz von Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 GG	55

dd) Die Differenzierung nach „funktionalen“ und „traditionell-arbeitsteiligen“ Unterschieden in der neueren Rechtsprechung des BVerfG	57
ee) Bewertung von „interner“ und „externer“ Erwerbstätigkeit der Ehefrau	59
c) Die Anwendung von Art. 3 Abs. 2 GG im Arbeitsrecht	64
aa) Bindung auch der Tarifvertragsparteien	65
bb) Die Bedeutung der Kriterien der Arbeitsplatzbewertung	67
cc) Der Grundsatz der gleichen Entlohnung für gleiche (gleichwertige) Arbeit	70
dd) Die Auslegung von Art. 119 EWG-V und der Ratsrichtlinien 75/117 und 76/207	72
III. Dogmatische Verortung der von Gesetzgebung und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze im Lichte der Schranken legislativer Tätigkeit	78
1. Das Verhältnis von Privatautonomie, Art. 3 Abs. 2 GG und staatlichem Interventionismus	78
2. Die Zulässigkeit gesellschaftsreformerischer Maßnahmen	79
IV. Kontrahierungszwang und Quotenregelung als Konkretionen von positiver Wirkungsrichtung 1 und 2	81
1. Die §§ 611 a ff. im Lichte von Art. 12, 14 GG	82
2. Die Grundrechtspositionen aus Art. 12 und 14 GG: Dispositionsrecht, Einstellungs- und Auswahlmessen des Arbeitgebers / Gewährleistung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes	84
3. Die §§ 611 a ff. BGB als Regelungen auf der Ebene der Berufsausübung: Zweistufentheorie und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	85
4. Die Verhältnismäßigkeit von Schadensersatz- bzw. Erfüllungsanspruch im Rahmen des Regelungsvorbehalts aus Art. 12, 14 GG	90
a) Anspruch auf „sachbezogen objektivierte Entscheidung“ und Kontrahierungszwang als Konkretionen des Regelungsvorbehalts aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG	91
b) Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch als Ausformungen der Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG	94
5. Absolute und relative Quotenregelungen als zulässiger Regelungsvorbehalt nach Art. 12 Abs. 1 S. 2, 14 Abs. 1, 2 GG	95
6. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlicher Bewehrung von Verstößen gegen Antidiskriminierungsvorschriften	98
Literaturverzeichnis	100
Anhang	106

Abkürzungsverzeichnis

ABIEG	=	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	=	Archiv für civilistische Praxis
ÄndG	=	Änderungsgesetz
ALR	=	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
AöR	=	Archiv für öffentliches Recht
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis
AV	=	Ausführungsverordnung
AVG	=	Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	=	Arbeitszeitordnung
BAGE	=	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVGH	=	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVBl	=	Bayerische Verwaltungsblätter
BetrVG	=	Betriebsverfassungsgesetz
BPersVG	=	Bundespersönalvertretungsgesetz
BFHE	=	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, Amtliche Sammlung
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BT Drs.	=	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung
DAG	=	Deutsche Angestellten Gewerkschaft
DJT	=	Deutscher Juristentag
DÖV	=	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl	=	Deutsche Verwaltungsblätter
EStG	=	Einkommenssteuergesetz
EuGH	=	Europäischer Gerichtshof

EVO	=	Eisenbahnverkehrsordnung
EWGV	=	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft
FamRZ	=	Zeitschrift für Familienrecht
FRG	=	Fremdrentengesetz
Gewos	=	Gesellschaft für Wohnungs- und Siedlungswesen mbH.
GüKG	=	Güterkraftverkehrsgesetz
GWB	=	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
i. d. F. d. G.	=	in der Fassung des Gesetzes
JA	=	Juristische Arbeitsblätter
JschG	=	Jugendschutzgesetz
JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
LAG	=	Landesarbeitsgericht
LS	=	Leitsatz
LSG	=	Landessozialgericht
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	=	mit weiteren Nachweisen
NG	=	Neuregelungsgesetz
NZA	=	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
PBefG	=	Personenbeförderungsgesetz
PfIVG	=	Pflichtversicherungsgesetz
PrOVGE	=	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung
RGBI	=	Reichsgesetzblatt
RhPf	=	Rheinland-Pfalz
RiA	=	Recht im Amt
RuPrVBl	=	Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt
RVO	=	Reichsversicherungsordnung
TVG	=	Tarifvertragsgesetz
VBIBW	=	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
SG	=	Soldatengesetz
WDS	=	Wehrdisziplinarsenat (beim Bundesverwaltungsgericht)
ZRP	=	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Die Diskussionen um ein Antidiskriminierungsgesetz¹ sind kennzeichnend für die gegenwärtige verfassungspolitische wie verfassungsrechtliche Brisanz des aus Art. 3 Abs. 2 GG resultierenden Gleichberechtigungsgebots der Geschlechter. Der 54. Deutsche Juristentag hat — insoweit dem Deutschen Juristinnenbund und der Vereinigung der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“ folgend² — das Problem der „Gleichberechti-

¹ Vgl. hierzu nur *Schmitt Glaeser*, Walter, Die Sorge des Staates um die Gleichberechtigung der Frau, in: DÖV 1982, S. 382 ff.; *Coester-Waltjen*, Dagmar, Zielsetzung und Effektivität eines Antidiskriminierungsgesetzes, in: ZRP 1982, S. 217 ff.; *Gitter*, Wolfgang, Gleichberechtigung der Frau: Aufgaben und Schwierigkeiten. Eine Erörterung von Überlegungen über ein „Antidiskriminierungsgesetz“, NJW 1982, S. 156 ff. sowie *Kappes*, Karlheinz, Gleichbehandlung. Antidiskriminierungsgesetz bedenklich, in: Der Arbeitgeber 1982, S. 129 f.

Zur Sachverständigenanhörung vom Januar 1982 vgl. *Garbe-Emden*, Kristina, Gleichberechtigung durch Gesetz — Ziele, Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Probleme eines Antidiskriminierungsgesetzes, Diss. jur., Hannover 1984, S. 94 ff.; zu einer möglichen konkreten Ausgestaltung eines Antidiskriminierungsgesetzes vgl. *dies.*, S. 110 ff.; zu ausländischen Antidiskriminierungsmaßnahmen allgemein vgl. *Randzio-Plath*, Christia, Europa — eine Chance für Frauen, Baden-Baden 1978, S. 89 ff.; für Österreich vgl. *Krebs*, Edith, Gleichberechtigung der Frau im Arbeitsleben — Österreich, in: Posser, Dieter / Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, Heidelberg 1981, S. 101 ff.; für England vgl. *Dix*, Alexander, Erfahrungen mit dem britischen Sex-Discrimination-Act von 1975, in: Posser, Dieter / Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, Heidelberg 1981, S. 111 ff.; für Amerika vgl. *Janssen-Jureit*, Marielouise, Gemeinsamer Kampf von Frauen und Minderheiten. Haben die Bürgerrechtsgesetze Amerika verändert?, in: Janssen-Jureit, Marielouise (Hrsg.), Frauenprogramm, Hamburg 1979, S. 268 ff.; für Schweden vgl. *Mallmann-Döll*, Hannelore, Konzeptionen der Frauenpolitik in den skandinavischen Ländern, in: Janssen-Jureit, Marielouise (Hrsg.), Frauenprogramm, Hamburg 1979, S. 287 ff.; *Leijon*, Anna-Greta, Gleichberechtigung der Frau im Arbeitsleben — Schweden, in: Posser, Dieter / Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, Heidelberg 1981, S. 117 ff.

gung der Frau: Aufgaben und Schwierigkeiten“ zum Thema seiner Schlußveranstaltung gemacht.

Die gegenwärtige Debatte baut auf einem rechtstatsächlichen wie juristischen Fundament auf, das im wesentlichen durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957, das Gesetz zur Änderung des Eherechts von 1976, das Gesetz zur Änderung der elterlichen Sorge von 1976 und das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz von 1980 geschaffen wurde. Recht verständlich werden die „main-issues“ der gegenwärtigen Diskussion freilich erst, wenn der Versuch unternommen ist, die Entwicklungslinien vor dem Hintergrund des rechtshistorischen Standorts wie der dogmatischen Bedeutung nachzuzeichnen.

² Vgl. Arbeitstagung des Deutschen Juristinnenbundes vom 17. - 19. 9. 1981 in Stuttgart, Gleichberechtigung in Deutschland und Europa, sowie Hofmann, Jochen, Die Entwicklung der Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Bundesrepublik Deutschland und der DDR, in: Frauendorf, Lutz (Hrsg.), Die Stellung der Frau im sozialen Rechtsstaat, Referate auf der 22. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“ in Tübingen vom 22. bis 26. Februar 1982. Tübingen 1982. S. 1 ff. (hierzu Steininger, Wolfgang, 22. Tagung der öffentlich-rechtlichen Assistenten in Tübingen, in: DÖV 1982, S. 315).

I. Rechtshistorischer Standort und dogmatische Bedeutung

1. Verfassungshistorischer Aufriß

Der Verfassungssatz von der Gleichheit der Menschen — über die „Declaration of Independence“ vom 4. Juli 1776³, die „Declaration des droits des l'homme et du citoyen“ vom 26. August 1789, die zweite französische Verfassung von 1793⁴ sowie über die Charte Constitutionelle und die „Constitution de la Belgique“ von 1831⁵ im deutschen Verfassungsrecht verankert — war ursprünglich ausschließlich auf

³ Zum Grundsatz des „All men are created free and equal . . .“ vgl. *Becker*, Carl, *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, New York 1953, S. 174 ff.; *Hägermann*, Gustav, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte in den ersten amerikanischen Staatsverfassungen*, Diss. phil., Berlin 1910, S. 17 f. Zum Gleichheitsgedanken der „Virginian Bill of Rights“ vom 12. 6. 1776 vgl. *Salander*, Gustav Adolf, *Vom Werden der Menschenrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsge- schichte unter Zugrundelegung der virginischen Erklärung der Rechte vom 12. Juni 1776*, Diss. jur., Leipzig 1926 (= *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien* 19), S. 75 ff.

⁴ Art. 1 („Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits“) der Declaration vom 26. 8. 1789 und Art. 3 („Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi“) der Jakobinischen Verfassung vom 24. 6. 1793, vgl. *Voigt*, Alfred, *Geschichte der Grundrechte*, Stuttgart 1948, Anlagen 5 und 6, S. 195 ff. sowie *Duguit*, Léon / *Monnier*, Henry, *Les Constitutions et les principales Lois politiques de la France depuis 1789*, Paris 1898, *Textes*, S. 66 ff. und *Notices Historiques*, S. XXXIII ff. sowie zum ganzen *Brunet*, René, *Le Principe d'égalité en droit français*, Paris 1910 und *Schnur*, Roman, *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964.

⁵ Art. 1 („Les Français sont égaux devant la loi, . . .“), Art. 3 („Ils sont tous également admissible aux emplois civils et militaires“), Art. 4 („Leurs liberté individuelle est également garantié . . .“) der Charte Constitutionelle Ludwigs XVIII vom 4. 6. 1814, vgl. *Voigt* (FN 4), Anlage 7, S. 202 f. sowie *Duguit / Monnier* (FN 4), *Textes*, S. 183 ff.; *Notices Historiques*, S. LXXXI ff. Art. 6 Abs. 1 („Les Belges sont égaux devant la loi“) der Belgischen Verfassung vom 7. 2. 1831, vgl. *Brorsen*, Walter, *Die Verfassungen der Erde in deutscher Sprache nach dem jeweils neuesten Stande*, Tübingen 1950, Band 1, S. 1, *Voigt* (FN 4), S. 69 ff. sowie *Wigny*, Pierre, *Cours De Droit Constitutionelle*, Bruxelles 1973, S. 191 ff.