GENDER
OPEN
REPOSITORIUM

Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts

Sacksofsky, Ute

2009

https://doi.org/10.25595/598

Veröffentlichungsversion / published version
Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Sacksofsky, Ute: *Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts*, in: Querelles : Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung (2009) Nr: 14, 191-215. DOI: https://doi.org/10.25595/598.

Diese Publikation wird zur Verfügung gestellt in Kooperation mit dem Wallstein Verlag.

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY 4.0 Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu dieser Lizenz finden Sie hier:

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de

Terms of use:

This document is made available under a CC BY 4.0 License (Attribution). For more information see:

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.en

GenderOpen – Repositorium für die Geschlechterforschung: www.genderopen.de

FREIE UNIVERSITÄT BERLIN

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

Quer*elles*. Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung
2009

Quer*elles*. Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung

Beirat

Renate Berger (Berlin), Ulla Bock (Berlin),
Angelika Ebrecht-Laermann (Berlin),
Susanne Kord (London), Irmela von der Lühe (Berlin),
Anita Runge (Berlin), Angelika Schaser (Hamburg),
Sabine Schülting (Berlin)

Herausgeberin des Bandes
Beate Rudolf

Redaktion
Anita Runge
Zentraleinrichtung zur Förderung
von Frauen- und Geschlechterforschung
Habelschwerdter Allee 45
14195 Berlin

QUER*ELLES*

Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung 2009
Band 14

Geschlecht im Recht

Eine fortbestehende Herausforderung

WALLSTEIN VERLAG

Gedruckt mit Unterstützung der Freien Universität Berlin.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© Wallstein Verlag, Göttingen 2009
www.wallstein-verlag.de
Vom Verlag gesetzt aus der Adobe Garamond
Umschlaggestaltung: Susanne Gerhards, Düsseldorf
Druck: Hubert & Co, Göttingen
gedruckt auf säure- und chlorfreiem, alterungsbeständigem Papier
ISBN 978-3-8353-0448-2

Inhalt

Beate Rudolf: Recht und Rechtswissenschaft im Dialog mit Frauen- und Geschlechterstudien. Eine Einführung 7

Aufsätze

Susanne Baer: Entwicklung und Stand feministischer Rechtswissenschaft in Deutschland 15

Elisabeth Holzleithner: Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs 37

Beate Rudolf: Feministische Staatsrechtslehre? 63

Margarete Schuler-Harms: Genderfragen im Asyl- und Zuwanderungsrecht 96

Regina Harzer: Frauen als Opfer von Straftaten: Zwischen Anerkennung, Verharmlosung und institutionalisiertem Opferschutz 124

Monika Frommel und Gönke Jacobsen: Frauen und Strafrecht – Frauen als Täter 142

Ute Sacksofsky: Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts . . 191

Eva Kocher: Die Erwerbstätigkeit von Frauen und ihre Auswirkung auf das Arbeitsrecht – oder umgekehrt … 216

Ursula Rust: Frauen im Sozialrecht – fehlende finanzielle Selbständigkeit als Abweichung von der (männlichen) Norm? 247

Fundstück

Susanne Hähnchen: Der Weg von Frauen in die juristischen Berufe – Rechtshistorisches zu einer gar nicht so lange zurückliegenden Entwicklung 273

Forum

»Juristen haben immer Mühe, sich auf rechtspolitische Themen einzulassen.« *Jutta Limbach im Gespräch mit Beate Rudolf* . . . 287

Über die Autorinnen 299

Editorial 303

Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts

von

Ute Sacksofsky

Einführung

Auf den ersten Blick mag das Thema etwas überraschen: kann man überhaupt nach dem Frauenbild eines Gerichtes fragen? Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) malt nicht, nicht einmal mit Worten. Gerichtsurteile wollen nicht Bilder erzeugen, um die Phantasie anzuregen, sie appellieren an die Vernunft, argumentieren nüchtern, rational und möglichst überzeugend. Zudem schreiben Gerichte keine umfassenden Texte zu bestimmten Themen, sondern können nur über das urteilen, was andere ihnen zu urteilen unterbreiten. Selbst wenn sich Aussagen über Frauen, Männer oder Geschlechterverhältnisse finden, bleiben diese fragmentarisch. Doch die Wirkung von Entscheidungen kann erheblich sein. Die Entscheidungen des Gerichts erfolgen jeweils nur punktuell, doch können sie erhebliche Auswirkungen haben. Das Gericht kann Gesetze für verfassungswidrig erklären und damit über die Einzelfallentscheidungen hinaus die Lebensbedingungen vieler Frauen unmittelbar verändern. Im Folgenden geht es indes nicht um eine Wirkungsgeschichte, sondern es soll herausgearbeitet werden, welches Frauenbild und welche Vorstellungen von Geschlechterordnung den Entscheidungen zugrunde liegen. Im Vordergrund steht eine Analyse der Begründung der Entscheidungen.

Die Untersuchung lässt sich nicht auf unmittelbare und eindeutige Aussagen über Eigenschaften von Frauen beschränken; denn solche Aussagen hat das Gericht nur sehr wenige und vor allem in den ersten Jahren getroffen. Die Aufgabe ist also schwieriger. Es muss zwischen den Zeilen gelesen werden. Dabei nimmt die Untersuchung über das Frauenbild hinaus die Geschlechterordnung insgesamt in den Blick. Eine solche Erweiterung ist zwingend. Ein Frauenbild lässt sich nicht rekonstruieren, ohne den Gegenpart, das Männerbild, bzw. die zugrundeliegende Vorstellung von Geschlechterordnung insgesamt zu berücksichtigen.

Das Frauenbild des Gerichts wird ganz überwiegend von Männern geprägt. Das Bundesverfassungsgericht besteht aus zwei Senaten zu je

acht Richtern, die jeder als »das Bundesverfassungsgericht« Recht sprechen. Bis 1986 war jeweils eine Richterin Mitglied des Ersten Senates, der Anteil wurde von 1986 bis 1994 auf je eine Richterin pro Senat gesteigert. 1994 machte die weibliche Beteiligung einen erheblichen Sprung: die Frauenquote unter den Richtern stieg auf über 30% und eine Frau, Jutta Limbach, wurde Präsidentin des Gerichts. Derzeit ist die Entwicklung aber schon wieder rückläufig: im Moment gibt es drei Bundesverfassungsrichterinnen.

Von vornherein gilt es festzuhalten, dass es kein statisches Frauenbild des Gerichtes gibt. Zum ersten können die Auffassungen der beiden Senate von einander abweichen. Zum zweiten wechselt die Besetzung des Gerichts alle paar Jahre und schon der Austausch eines Richters kann zu einer Veränderung der Mehrheiten und damit der Rechtsprechung führen. Zum dritten spricht das BVerfG Recht seit dem Jahre 1951. Rechtsprechung mag zwar manchmal den Anschein erwecken, sie stehe über der Zeit, urteile objektiv und neutral, sozusagen mit Ewigkeitswert, doch gehen so massive gesellschaftliche Veränderungen, wie sie sich im Hinblick auf die Geschlechterordnung in den letzten Jahrzehnten zugetragen haben, am BVerfG nicht spurlos vorüber.[1] Die Rechtsprechung lässt sich – grob gesprochen – in drei Phasen einteilen, von denen jede etwa zwanzig Jahre andauerte:[2]

Die fünfziger und sechziger Jahre waren durch die Betonung der ›natürlichen‹ Verschiedenheit von Männern und Frauen geprägt. Parallel zu der Naturrechtsrenaissance in der frühen Bundesrepublik nahm das BVerfG die ›natürliche‹ Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen als gegeben hin, fundierte sie gar biologisch: »Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drän-

1 Dazu etwa: Hohmann-Dennhardt, Christine: Das Bundesverfassungsgericht und die Frauen. In: Robert van Ooyen/Martin Möllers (Hg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System. Wiesbaden 2006, S. 253-267; zum umgekehrten Prozess – Wandel des Frauenbildes durch Recht: Holzleithner, Elisabeth: Wandel der Geschlechterverhältnisse durch das Recht? Ein Streifzug durch Feministische Rechtswissenschaften und Legal Gender Studies. In: Kathrin Arioli u. a. (Hg.): Wandel der Geschlechterverhältnisse durch das Recht? Zürich/St. Gallen 2008, S. 3-19; Elsuni, Sarah: Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juridische Kategorisierungen am Beispiel Geschlecht. In: Lena Behmenburg u. a. (Hg.): Wissenschaf(f)t Geschlecht. Frankfurt/M. 2007, S. 133-147.

2 Für eine genaue Analyse mit detaillierter Besprechung der einzelnen Entscheidungen: Sacksofsky, Ute: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes. 2. Aufl. Baden-Baden 1996, S. 79-95.

gende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin«.[3] Der »auf Mutterschaft angelegte Organismus« weise der Frau »unwillkürlich den Weg«, »auch dann in einem übertragenen sozialen Sinne fraulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist«.[4] Solche und ähnliche Äußerungen des Gerichts zur Frau als »weibliche[m] Geschlechtswesen«[5] aus dieser Zeit klingen heute reaktionär.[6] Doch war das Gericht in dieser Phase in vielem fortschrittlicher als die Zeitgenossen in der Politik. Es sah seine Aufgabe darin zu verhindern, dass sich die ›Andersartigkeit‹ der Frau zu ihrem Nachteil auswirkte. So hob es eine ganze Reihe von Normen auf, die Frauen benachteiligten,[7] während den auf den Gleichberechtigungssatz gestützten Verfassungsbeschwerden von Männern kein Erfolg beschieden war.[8] »Gleichwertigkeit bei Andersartigkeit« war das Leitmotiv der Rechtsprechung in dieser Phase.

In den siebziger und frühen achtziger Jahren betonte das Gericht immer stärker die Gleichheit der Geschlechter. Formale Gleichheit stellte das vorherrschende Gleichheitsverständnis dieser Periode dar. Da inzwischen die meisten Rechtsnormen, die Frauen explizit benachteiligten, aus der Rechtsordnung verschwunden waren, betrafen zentrale Gleichberechtigungsentscheidungen jetzt die Benachteiligung von Männern. Sie waren überwiegend, wenn auch nicht immer, erfolgreich.[9]

In den achtziger Jahren begann sich eine neue Phase abzuzeichnen: die Anerkennung sozialer Unterschiede zwischen Männern und Frauen. Das Gericht erkannte, dass eine strikte Durchsetzung der formalen Gleichheit einen kompensatorischen Ausgleich erlittener Nachteile verhindern würde: Der Gleichberechtigungssatz will »für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf die Angleichung

3 BVerfGE 6, 389, 425.
4 BVerfGE 6, 389, 426.
5 BVerfGE 6, 389, 424.
6 Schon früh übte Ines Reich-Hilweg (Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 GG) in der parlamentarischen Auseinandersetzung 1948-1957 und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1953-1975. Frankfurt/M. 1979, S. 109) Kritik an diesen Äußerungen.
7 BVerfGE 6, 55; 10, 59; 15, 337; 17, 1; 21, 329; 22, 93.
8 BVerfGE 5, 9; 11, 277.
9 Siehe z. B. BVerfGE 39, 369 (Witwerrente II); 52, 369 (Hausarbeitstag); 56, 363 (Sorgerecht fürs nichteheliche Kind).

der Lebensverhältnisse«.[10] Die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung, wie Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG seit 1994 formuliert,[11] ebenso wie der Umgang mit in der Lebenswirklichkeit häufig vorzufinden Unterschieden zwischen den Geschlechtern, stehen im Vordergrund dieser aktuellen Phase.

Das BVerfG hat inzwischen Hunderte von Entscheidungen getroffen, die für die Perspektive der Geschlechterordnung relevant sind.[12] Die Untersuchung muss daher eine Auswahl treffen. Der Schwerpunkt wird auf dem Aufzeigen von Entwicklungslinien und den neueren Entscheidungen liegen.

Geschlechtergleichheit und Geschlechterdifferenz in der Dogmatik

Dass die Gleichberechtigung von Männern und Frauen in das Grundgesetz aufgenommen wurde, ist allein dem engagierten Einsatz von Frauen und Frauenverbänden zu verdanken.[13] Geschlechterfragen wurden vom Gericht primär in der Anwendung dieser Vorschrift, also unter der Perspektive der Geschlechtergleichheit bearbeitet.[14] Es geht damit um einen der zentralen Streitpunkte, der die Frauenbewegung seit jeher beschäftigte: wie steht es um Gleichheit und Differenz?[15] Einen ersten Ausdruck

10 BVerfGE 85, 191, 207 unter Rückgriff auf Formulierungen in früheren Entscheidungen; dazu Sacksofsky 1996, S. 388 f.

11 Diese Verfassungsänderung erschien dem Gericht denn auch nur noch als Klarstellung: BVerfGE 92, 91, 109. Zum Prozess: Limbach, Jutta/Eckertz-Höfer, Marion (Hg.): Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform. Dokumentation. Baden-Baden 1993.

12 So hat das Gericht über sechshundert Entscheidungen zu Art. 3 Abs. 2 und 3 und Art. 6 GG getroffen.

13 Böttger, Barbara: Das Recht auf Gleichheit und Differenz. Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3 II Grundgesetz. Münster 1990; Sacksofsky 1996, S. 323-332.

14 Zu alternativen Gleichheitskonzeptionen: Sacksofsky 1996; Baer, Susanne: Würde oder Gleichheit? Baden-Baden 1995; Slupik, Vera: Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis. Zur Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in Recht und Wirklichkeit. Berlin 1988.

15 Für einen kurzen Überblick über die Entwicklung dieser Diskussion in der neuen Frauenbewegung: Maihofer, Andrea: Gleichheit und/oder Differenz? Zum Verlauf einer Debatte. In: Eva Kreisky/Birgit Sauer (Hg.): Geschlechterverhältnisse im Kontext politischer Transformation. Opladen 1998, S. 155-176; zur alten

findet dieser in der Dogmatik.[16] Dogmatisch gesehen kann Diskriminierung vor allem in zwei Formen auftreten: als direkte oder als indirekte Benachteiligung.

Direkte Diskriminierung

Von Anfang an hat das BVerfG die Bedeutung und Funktion der besonderen Gleichheitssätze der Absätze 2 und 3 in Beziehung zur Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes gestellt. Während im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes nur die Einhaltung äußerster Grenzen verlangt werde, unterliege die Befolgung der besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Gericht. Hier finde die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ihre »feste Grenze«:[17] Der Gleichberechtigungssatz verbiete, »grundsätzlich und ein für alle Mal die Differenzierung nach dem Geschlecht«[18] – oder in den Worten der ersten Entscheidung zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen ausgedrückt:

> Die politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben – worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind –, ist damit verfassungskräftig verneint. Ob der Geschlechtsunterschied heute noch als rechtlich erheblich anzusehen ist, kann daher nicht mehr gefragt werden; diese Frage überhaupt stellen hieße, in einem circulus vitiosus die vom Grundgesetz bereits getroffene Entscheidung in die Hände des einfachen Gesetzgebers zurückspielen und Art. 3 Abs. 2 (3) GG seiner rechtlichen Bedeutung entkleiden.[19]

Frauenbewegung: Gerhard, Ute: Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht. Hannover 1990; dies.: Unerhört. Die Geschichte der deutschen Frauenbewegung. Hamburg 1996.

16 Zur Rolle der juristischen Dogmatik aus feministischer Perspektive: Baer, Susanne: Rechtswissenschaft. In: Christina v. Braun/Inge Stephan (Hg.): Genderstudien. Eine Einführung. Stuttgart 2000, S. 155-168; hier: S. 160 f.; Sacksofsky, Ute: Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft. In: Hadumod Bußmann/Renate Hof: Genus. Stuttgart 2005, S. 402-443; hier S. 408-410.

17 BVerfGE 21, 329, 343; 31, 1, 4.

18 BVerfGE 37, 217, 244.

19 BVerfGE 3, 225, 240.

An diesem Verständnis der Geschlechtergleichheit als Differenzierungsverbot hat das BVerfG bis 1992 uneingeschränkt festgehalten.[20] Auch heute bildet es den Kern der Rechtsprechung zu Geschlechterfragen. Die Prüfung nach dem Differenzierungsverbot ist einfach: wenn eine Rechtsnorm das Merkmal Geschlecht verwendet, ist sie verfassungswidrig, wenn das Merkmal Geschlecht nicht vorkommt, ist die Norm verfassungsmäßig. Das Differenzierungsverbot erfüllt damit das Ideal juristischer Normen: es ist klar, bestimmt und leicht zu handhaben. Es richtet ohne Ansehen der Person und entspricht geradezu dem Inbegriff der Gerechtigkeit: der blinden Justitia.[21]

Das BVerfG setzte ein solches Verständnis formaler Gleichheit jedoch nicht konsequent um,[22] sondern ließ Ausnahmen zu: Im Hinblick auf die »objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede« hat es Differenzierungen zwischen Männern und Frauen erlaubt.[23] Die Frage nach den objektiven biologischen oder funktionalen Unterschieden wurde zum Hauptprüfungskriterium, dem Dreh- und Angelpunkt jeder Entscheidung. Damit ging der eigentliche Charme des Differenzierungsverbots aber verloren. Denn die Ausnahme von den objektiven biologischen oder funktionalen Unterschieden trifft das Differenzierungsverbot in seinem Kern: Biologie und geschlechtliche Arbeitsteilung waren genau die Gründe, die zur Rechtfertigung von Benachteiligungen von Frauen dienten. Die Entwicklung der oben beschriebenen Phasen zeigte sich in den ersten vierzig Jahren denn auch darin, wie weitreichend biologische oder funktionale Unterschiede anerkannt wurden. In den fünfziger Jahren wurde noch eine Vielzahl von solchen objektiven biologischen und funktionalen Unterschieden vom Gericht anerkannt, im Laufe der siebziger und achtziger Jahre wurde die Reichweite dagegen immer enger gefasst.

Erst 1992 änderte sich die Dogmatik.[24] Freilich hält das BVerfG grundsätzlich an einem Verständnis der besonderen Gleichheitssätze als Differenzierungsverbote fest, doch an die Stelle der Formel von den objektiven biologischen und funktionalen Unterschieden tritt eine präzisere Formulierung: Eine Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht anknüpft, ist

20 Ausführlich dazu Sacksofsky 1996, S. 23 ff.

21 Fiss, Owen: Groups and the Equal Protection Clause. In: Marshall Cohen/Thomas Nagel/Thomas Scanlon (Hg.): Equality and Preferential Treatment. Princeton 1977, S. 84-154; hier S. 96.

22 Detaillierte Analyse bei Sacksofsky 1996, S. 23 ff.

23 BVerfGE 3, 225, 242.

24 Ausführlich dazu Sacksofsky 1996, S. 386 ff.

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«.[25] Wahrscheinlich standen dem Gericht bei der Formulierung Schwangerschaft und Geburt vor Augen, jedenfalls sind die »objektiven biologischen Unterschiede« damit deutlich in ihrer Anwendungsbreite reduziert. Aber so ganz mag das Gericht auch heute nicht auf die Anrufung der Natur verzichten.

Der wesentliche Fortschritt in den neuen Entscheidungen der neunziger Jahre liegt darin, dass das Gericht dem Art. 3 Abs. 2 GG einen über das Diskriminierungsverbot hinausreichenden Regelungsgehalt zuspricht:[26] Er stelle ein Gleichberechtigungsgebot auf und erstrecke dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Fehle es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lasse sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren. Insoweit komme vor allem das erwähnte Gleichberechtigungsgebot in Betracht, das den Gesetzgeber berechtige, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen.[27]

Indirekte Diskriminierung

Passend zu einem Verständnis der Gleichberechtigung als formaler Gleichbehandlung, dauerte es lange, bis das Gericht die indirekte Diskriminierung als Gleichberechtigungsproblem erfasste. Erst seit 1997 erkennt es die vom EuGH schon 1981 entwickelte Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung an,[28] indem es sie als Fortsetzung des Differenzierungsverbots ansieht:

> Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung im Ergebnis überwiegend Angehörige eines Geschlechts, etwa Frauen, betrifft und dies auf na-

25 BVerfGE 85, 191, 207; 92, 91, 109.

26 Es konnte dabei freilich an frühere Ansätze zur Berücksichtigung sozialer Unterschiede anknüpfen: BVerfGE 74, 163, 180; vgl. auch 57, 335, 344; dazu Sacksofsky 1996, S. 389-391.

27 BVerfGE 92, 91, 109; ähnlich 85, 191, 209.

28 Siehe dazu: Fuchsloch, Christine: Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung. Ableitung, Analyse und exemplarische Anwendung auf staatliche Berufsausbildungsförderung. Baden-Baden 1995; Bieback, Karl-Jürgen: Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts – ihre Grundlagen im Recht der EU und ihre Auswirkungen auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten. Baden-Baden 1997.

türliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist.[29]

Die Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung ist für die Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung von entscheidender Bedeutung. Denn nur mit ihrer Hilfe lassen sich Strukturen, die patriarchal geprägt sind, aufbrechen. In der Entscheidung zur Beitragsfreiheit für die anwaltliche Versorgung während Zeiten der Einkommenslosigkeit wegen Kindererziehung gelang dies dem Gericht,[30] doch manchmal urteilt das Gericht zu restriktiv. So rechtfertigte es eine Regelung, die überwiegend Frauen nachteilig betraf, damit, sie gründe »vorwiegend nicht auf eine nachteilige Situation von Frauen, sondern auf vorfindliche Einstellungen«.[31] Dabei übersieht es, dass solche »vorfindlichen Einstellungen« typischerweise aus überkommenen, patriarchalen Strukturen resultieren; die Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung dient aber gerade dazu, diese zu verändern, statt sie rechtlich zu verfestigen.

Frauen in Ehe und Familie

Das Familienrecht ist einer der zentralen Bereiche, in denen sich die Geschlechterordnung manifestiert. Die – von Feministinnen schon lange kritisierte –[32] Spaltung von privat und öffentlich ordnete Familie dem

29 BVerfGE 97, 35, 43; 104, 373, 393.

30 BVerfGE 113, 1, 15-25. Das Gericht hat in seiner Entscheidung eine Beitragsregelung der Anwaltsversorgung in Baden-Württemberg, die zur Erhebung von Beiträgen während der Kindererziehungszeiten ermächtigte, für unvereinbar mit Art. 3 II GG erklärt. Die Nichtberücksichtigung des kindererziehungsbedingten Einkommensverzichts bedeute danach »eine erhebliche finanzielle Belastung« durch die zu entrichtenden Beiträge oder führe bei Austritt aus dem Versorgungswerk zu Nachteilen bei der Rente. Da auch in der Berufsgruppe der Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen typischerweise Frauen die Aufgabe der Kinderbetreuung übernehmen, bewirke die Satzung des Versorgungswerks eine faktische Benachteiligung von Frauen. Vgl. dazu auch Fuchsloch, Christine/Schuler-Harms, Margarete: Kindererziehung in der berufsständischen Versorgung – Verfassungsrechtliche Überlegungen am Beispiel der Rechtsanwaltsordnung. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 57. Jg., 2004, S. 3065-3072.

31 BVerfGE 104, 373, 394.

32 Rössler, Beate: Der Wert des Privaten. Frankfurt/M. 2001, S. 187-200; Okin, Susan Moller: Justice, Gender, and the Family. Basic Books. o.O. 1989; Philipps, Anne: Geschlecht und Demokratie. Hamburg 1995, S. 150-194; Pateman, Carole: The Sexual Contract. Stanford 1988; Olsen, Frances: The Family and the Market:

privaten Bereich zu. Dies bedeutete aber nie, dass sich das Recht aus dem Bereich der Familie vollkommen zurückgezogen hätte; Familienrecht ist traditioneller Bestandteil rechtlicher Regelung.

Ehe

Zunächst wird der Umgang des BVerfG mit der zentralen Institution der patriarchalen Geschlechterordnung, der Ehe, analysiert.

Im ersten Jahrzehnt seiner Rechtsprechung hatte das Gericht keinen Zweifel, dass sich Frauen und Männer fundamental unterscheiden: Gleichberechtigung baue stets auf Gleichwertigkeit auf, die die »Andersartigkeit« anerkenne.[33] Noch 1963 wird die geschlechtliche Arbeitsteilung für die Ewigkeit festgeklopft: »Immer also bleibt die Haushaltführung der Beruf der Frau«.[34]

Selbstverständlich klingen diese Formulierungen heute überholt, doch sollte man berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes noch das alte, patriarchale Familienrecht des BGB in seiner ursprünglichen Fassung galt.[35] Danach stand dem Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu (§ 1354), das Vermögen der Frau wurde durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (§ 1363), er konnte ihr Arbeitsverhältnis kündigen, »wenn sich ergiebt, daß die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt« (§ 1358). Bei der elterlichen Sorge hatte die Meinung des Vaters Vorrang (§§ 1634, 1627). Angesichts dieser Ausgangslage war es von zentraler Bedeutung, dass das BVerfG klarstellte, »auch in Ehe und Familie sind Mann und Frau gleichberechtigt«,[36] und diese Einsicht in die Tat umsetzte.[37] Der Gesetzgeber hatte die ihm in Art. 117 Abs. 1 GG ein-

A Study of Ideology and Legal Reform. In: Harvard Law Review, 96. Jg., 1983, S. 1497-1578.

33 BVerfGE 3, 225, 241.

34 BVerfGE 17, 1, 20.

35 BGB vom 18.8.1896, RGBl. 1896, 195. Zum Kampf der Frauenbewegung gegen diese Vorschriften: Limbach, Jutta: Die Frauenbewegung und das Bürgerliche Gesetzbuch. In: Ulrich Battis/Ulrike Schultz: Frauen im Recht. Heidelberg 1990, S. 1-23; Berneike, Christiane: Die Frauenfrage ist Rechtsfrage. Die Juristinnen der deutschen Frauenbewegung und das Bürgerliche Gesetzbuch. Baden-Baden 1995.

36 BVerfGE 3, 225, 242.

37 Zum Verhältnis von Art. 6 I GG und dem Grundsatz der Gleichberechtigung vgl. auch Berghahn, Sabine: Verfassungsrecht und Verfassungswandel: Interpretationen zu Art. 3 und 6 des Grundgesetzes. In: Susanne Baer/Julia Lepperhoff (Hg.): Gleichberechtigte Familien? Bielefeld 2007, S. 44-68.

geräumte Frist bis zum 31. März 1953 ungenutzt verstreichen lassen; erst das BVerfG setzte die unmittelbare Wirkung des Gleichberechtigungssatzes durch.[38] Auch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 beseitigte nur einen Teil der diskriminierenden Vorschriften;[39] das väterliche Entscheidungsrecht wurde erst vom BVerfG für nichtig erklärt.[40]

Im Laufe der siebziger Jahre, also in engem zeitlichen Gefolge der neuen Frauenbewegung, vollzog sich ein immer stärkerer Wandel des Familienbildes. 1975 konstatierte das Gericht, dass sich »das frühere Verständnis der Rolle der Frau in Ehe und Familie zu verändern begonnen« habe.[41] Nicht länger könne man davon ausgehen, dass es »der natürlichen Aufgabenverteilung« widerspreche, »wenn die Frau im Berufsleben tätig sei und sich nicht auf die Erfüllung ihrer Aufgaben in Ehe und Familie beschränke«.[42] Die Vorschrift des Staatsangehörigkeitsrechts, wonach nur das eheliche Kind eines deutschen Vaters die deutsche Staatsangehörigkeit bei der Geburt erhielt, sah das Gericht gar als Ausdruck »einer patriarchalischen Gesellschaftsordnung«,[43] und betonte: »Die Vorstellung vom Vater als Haupt oder Mittelpunkt der Familie ist […] rechtlich durch die Partnerschaft zwischen Mann und Frau abgelöst«.[44] Zur Hausarbeit stellte das BVerfG 1979 trocken fest: »Es gehört nicht zu den geschlechtsbedingten Eigenheiten von Frauen, Hausarbeit zu verrichten.«[45]

Nachdem sich das patriarchalische Ehebild offiziell aus der Rechtsprechung verabschiedet hatte, wurde die freie Entscheidung über die Aufgabenverteilung in der Ehe zum neuen Motto.[46] Die Hausfrauenehe war abgeschafft. Doch so ganz verschwunden ist sie nicht.

38 BVerfGE 3, 225, 239 ff.

39 Gesetz vom 18.6.1957, BGBl. I 1957, 609; siehe dazu insbes. Vaupel, Heike: Die Familienrechtsreform in den fünfziger Jahren im Zeichen widerstreitender Weltanschauungen. Baden-Baden 1999, S. 236.

40 BVerfGE 10, 59.

41 BVerfGE 39, 169, 187.

42 BVerfGE 48, 327, 338.

43 BVerfGE 37, 217, 250 (1974).

44 BVerfGE 37, 217, 251.

45 BVerfGE 52, 369, 376.

46 BVerfGE 39, 169, 183; 48, 327, 338; 66, 84, 94. In den ersten beiden Entscheidungen wurde freilich noch eine Grenze im Hinblick auf das Kindeswohl gezogen.

Privilegierung der »Alleinverdienerehe«

Als Konsequenz dieser Entwicklung wird die Doppelverdienerehe vom BVerfG von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt.[47] Es finden sich sogar Formulierungen, Art. 3 Abs. 2 GG stehe Regelungen entgegen, die die Hausfrauenehe begünstigen.[48] Doch wenn es – wie im Steuerrecht – um Geld geht, zeigt sich ein anderes Bild. Zwar wird nie ausdrücklich die »Hausfrauenehe« propagiert, aber die »geschlechtsneutrale« »Alleinverdienerehe« genießt in einigen Entscheidungen ein deutliches Privileg.

Nachdem das Gericht in den fünfziger Jahren noch eine Besteuerung von Ehegatten, die den Zweck verfolgte, die Ehefrau ins Haus zurückzuführen, für verfassungswidrig erklärte,[49] scheint es dies beim Ehegattensplitting nicht problematisch zu finden. Im Gegenteil führt das Gericht aus: Das Ehegattensplitting sei »keine beliebig veränderbare Steuer-‹Vergünstigung›, sondern […] eine an dem Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG orientierte sachgerechte Besteuerung«.[50] Gerechtfertigt wird dies – vom BVerfG wie von Teilen der Literatur – mit der freien Aufgabenverteilung in der Ehe. Da die Hausfrauenehe genauso behandelt werde wie die Hausmannehe, sei das Ehegattensplitting verfassungskonform oder gar verfassungsrechtlich geboten.[51] Doch Steuervorteile erhalten nur diejenigen Ehepaare, bei denen der Einkommensunterschied möglichst groß ist, mit anderen Worten die Hausfrauenehe, während bei gleichem Einkommen der Ehepartner keinerlei Steuerersparnis gewährt wird. Tref-

47 BVerfGE 87, 234, 258; 107, 27, 53. Dies zeigt sich etwa in Konstellationen, in denen Ehegatten an verschiedenen Orten arbeiten und daher auch an beiden Orten Wohnungen unterhalten. Hier hat das Gericht sowohl die Heranziehung zur Zweitwohnungssteuer verworfen (BVerfGE 114, 316), als auch verlangt, dass die Kosten der Wohnung steuerlich geltend gemacht werden können (BVerfGE 107, 27).

48 BVerfGE 87, 234, 258.

49 BVerfGE 6, 55, 82. Freilich war die damalige Zusammenveranlagung von Ehegatten insoweit krasser, als ihr eine echte Bestrafung der Zwei-Verdienst-Ehe gegenüber Alleinstehenden zugrunde lag.

50 BVerfGE 61, 319, 347.

51 BVerfGE 61, 319, 347; Kirchhof, Paul: Empfiehlt es sich, das Einkommensteuerrecht zu beseitigen von Ungleichbehandlungen und zur Vereinfachung neu zu ordnen? In: Gutachten F für den 57. Deutschen Juristentag (DJT), 1988, S. F1-F 96; Vogel, Klaus: Kindesunterhalt, im Einkommensteuerrecht durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes. In: Paul Kirchhof/Wolfgang Jakobs/Albert Beermann (Hg.): Steuerrechtsprechung. Steuergesetz. Steuerreform. Festschrift für Klaus Offerhaus. Köln 1999, S. 47-63.

fend wurde daher das Ehegattensplitting als »Subventionen für das Patriarchat«[52] bezeichnet und seine Verfassungswidrigkeit belegt.[53]

Besonders deutlich wird die Privilegierung der Hausfrauenehe in einer Entscheidung aus dem Jahr 1998.[54] Eigentlich hatten sich in dem Verfahren verheiratete Eltern dagegen gewehrt, dass ihnen der Abzug von beruflich bedingten Kinderbetreuungskosten versagt blieb, während Alleinstehenden ein solcher Abzug – zum Teil – ermöglicht wurde. Das BVerfG beschränkte sich aber nicht auf diese Fragestellung, sondern entschied, dass der Betreuungsbedarf »als notwendiger Bestandteil des familiären Existenzminimums« einkommensteuerlich unbelastet bleiben müsse, »ohne daß danach unterschieden werden dürfte, in welcher Weise dieser Bedarf gedeckt wird«.[55] Abgesehen davon, dass diese Ausführungen mit der eigentlich zu entscheidenden Frage nichts zu tun haben, sind sie schlicht nicht nachvollziehbar. Sie sprengen die Logik des Steuerrechts und führen in Kombination mit dem Ehegattensplitting zu einer doppelten Privilegierung der Hausfrauenehe.[56] Bei der Betreuung zu Hause entstehen hierfür keine Kosten. Dass die Frau möglicherweise auf Einkommen verzichtet hat, um Kinder zu betreuen, wird im Steuerrecht schon dadurch berücksichtigt, dass nicht vorhandenes Einkommen auch nicht besteuert wird. Demgegenüber wird bei berufstätigen Eltern ohne Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten auch der Teil des Einkommens besteuert, der für die Kinderbetreuung während der Arbeit geschieht. Erklärbar wird dieser – an sich unsinnige Beschluss – nur durch die Ideologie: die eigentlich guten Mütter bleiben zu Hause.

Die Absetzbarkeit von beruflich bedingten Kinderbetreuungskosten ist seit langem eine Forderung von vielen Juristinnen und Juristen.[57] Sie

52 So der Untertitel des Aufsatzes von Mennel, Annemarie: Frauen, Steuern, Staatsausgaben. Subventionen für das Patriarchat. In: Dies. u. a. (Hg.): Auf Kosten der Frauen. Frauenrechte im Sozialstaat. Weinheim, Basel 1998, S. 79, 88.

53 Grundlegend: Mennel 1998, S. 79 ff.; Vollmer, Franziska: Das Ehegattensplitting. Baden-Baden 1998; Sacksofsky, Ute: Steuerung der Familie durch Steuern. In: NJW, 53. Jg., 2000, S. 1896-1903.

54 BVerfGE 99, 216 m. Anm. Sabine Heinke, Streit, 17. Jg., 1999, S. 180.

55 BVerfGE 99, 216, 234.

56 Ausführlich dazu Sacksofsky 2000, S. 1902.

57 Ahmann, Renate: Die berufstätige Mutter – das Stiefkind im Steuerrecht. In: NJW, 55. Jg., 2002, S. 633-638; Hey, Johanna: Der neue Abzug für Kinderbetreuungskosten. In: NJW, 59. Jg., 2006, S. 2001-2006; Sacksofsky, Ute: Reformbedarf in der Familienbesteuerung. In: Familie Partnerschaft Recht (FPR), 9. Jg., 2003, S. 395-400; Seer, Roman: Die Familienbesteuerung nach dem so genannten »Gesetz zur Familienförderung« vom 22. 12. 1999. In: NJW, 59. Jg., 2006, S. 1904-1911; hier S. 1908.

entspräche auch einer Logik des Steuerrechts; die Gesetzgebung ist ihr aber immer noch nicht in vollem Umfang nachgekommen. Immerhin scheint aber Hoffnung für ein Umdenken beim Gericht zu bestehen. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 wird für Alleinerziehende eine Kürzung der Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten durch eine zumutbare Belastung[58] als verfassungswidrig verworfen.[59]

Familieneinheit geht vor

Das Namensrecht ist eines der Gebiete, auf dem schon formale Gleichstellung sehr lange brauchte.[60] Bis 1976 war zwingend der Name des Ehemannes der Ehename, bis 1991 wurde er zum Ehenamen, wenn keine Einigung erzielt wurde. Auch das BVerfG brauchte mehrere Anläufe, bis es die Verfassungswidrigkeit der jeweiligen Regelungen feststellte.[61] Gerechtfertigt wurde der Zwang zum einheitlichen Ehenamen mit dem Prinzip der Einheit der Familie; Art. 6 Abs. 1 GG schütze »die Familiengemeinschaft, nicht die einzelnen Familienangehörigen in ihrer Individualität«.[62] 1991 erklärte das BVerfG die subsidiäre Anknüpfung an den Mannesnamen für verfassungswidrig, äußerte immerhin Zweifel an dem Zwang zum einheitlichen Familiennamen[63] und sah für die Übergangszeit, bis der Gesetzgeber eine Neuregelung des Namensrechts vorgenommen haben würde, eine fortschrittliche Übergangsregelung vor.[64] Die Gesetzgebung entschied sich gegen die Doppelnamen für Kind und Ehe-

58 Steuertechnisch galten Kinderbetreuungskosten für viele Jahre nur als »außergewöhnliche Belastung«. Eine außergewöhnliche Belastung wird nach § 33 EStG nur dann steuerlich berücksichtigt, wenn sie die Zumutbarkeitsgrenze (die je nach Einkommen gestaffelt ist) übersteigen. Wären Kinderbetreuungskosten hingegen als Werbungskosten absetzbar, würde das Einkommen insoweit überhaupt nicht besteuert.

59 BVerfGE 112, 268.

60 Ausführlich dazu: Sacksofsky, Ute: Das Ehenamensrecht zwischen Tradition und Gleichberechtigung – zum neuen Ehenamensurteil des BverfG. In: FPR, 10. Jg., 2004, S. 371-375.

61 Zum einen: BVerfGE 17, 168; 48, 327 (nur noch mit Wirkung für Altehen); zum anderen: BVerfGE 78, 38; 84, 9.

62 BVerfGE 78, 38, 49

63 BVerfGE 84, 9, 22.

64 BVerfGE 85, 9 (23). Danach sollten die Ehegatten, sofern sie keinen gemeinsamen Familiennamen wählten, den Namen behalten, den sie vor der Eheschließung geführt haben. Für das Kind konnten sie einen Doppelnamen oder einen von ihren Namen wählen.

partner und war damit im Ergebnis vor dem Gericht erfolgreich.[65] Interessant ist, dass die Entscheidung dogmatisch ausgesprochen schlecht begründet ist; der Hang zur Familieneinheit war stärker als die Disziplinierungen durch Grundrechtsdogmatik.[66] Den erheblichen Nachteilen für Frauen wurde kein hinreichendes Gewicht beigemessen: Wenn beide Eheleute ihren Namen behalten, wählen deutlich über 90% den Namen des Vaters als Namen des Kindes; die Mutter weist dann keine namentliche Verbundenheit mit dem Kind auf. Der Zwang zur Einheitlichkeit führt – und das Namensrecht ist hierfür ein exzellentes Beispiel – im Zweifel dazu, dass sich die Frau der Einheit unterordnet und damit auf die Wahrnehmung ihrer Interessen verzichten muss. Aus Gleichberechtigungsperspektive erfreulicher war die Entscheidung zur Weitergabe des angeheirateten Namens aus erster Ehe in weitere Ehen.[67] Das Gericht betont, dass die einseitige Berücksichtigung des Interesses dessen, der seinen Geburtsnamen als Ehenamen beibehalten hat, nicht zulässig ist, weil sie »Vorstellungen verfestigt, die dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Bild einer Gleichberechtigung von Mann und Frau im Ehenamensrecht nicht gerecht wird«.[68] Die Familieneinheit stand in dieser Entscheidung nicht in Frage.

Elternschaft

In den fünfziger Jahren beschrieb das Gericht den Organismus der Frau als »auf Mutterschaft angelegt«.[69] Mutterschaft erschien als »der Bereich, in dem ihr Wesen am tiefsten wurzelt und sich entfaltet«.[70] In den ersten Jahrzehnten ging es primär um die Sicherung dieses Mutterrechts, so

65 BVerfGE 104, 373.

66 Ausführlich dazu Sacksofsky, Ute: Grundrechtsdogmatik ade – zum neuen Doppelnamen-Urteil. In: FPR, 8. Jg., 2002, S. 121-125. Das Gericht spricht im Rahmen der Prüfung des Elternrechts aus Art. 6 II GG auf der Stufe der Eingriffsrechtfertigung beim entscheidenden Maßstab der Verhältnismäßigkeit vage von einer »sachlichen Begründung« und hält die Gefahren überlanger Namensketten in späteren Generationen für ausreichend, um die Wahlfreiheit jetzt zu beschränken.

67 BVerfGE 109, 256; dazu Sacksofsky 2004, S. 371-375.

68 BVerfGE 109, 256, 271.

69 BVerfGE 6, 389, 426.

70 BVerfGE 10, 59, 78.

etwa in den Entscheidungen zum väterlichen Stichentscheid[71] oder zur Staatsangehörigkeit des ehelichen Kindes.[72]

Inzwischen ist stärker die Rede von der Gleichberechtigung der beiden Elternteile.[73] Teils werden damit die gemeinsamen Interessen beider Elternteile, wie etwa bei ihrer Bereitschaft zur Übernahme gemeinsamer Sorge,[74] gegen staatliche Überregulierung vom Gericht durchgesetzt.[75] Überwiegend aber ging es in den letzten Jahren um die Sicherung der Rechte von Vätern. Die Interessen des leiblichen Vaters eines nichtehelichen Kindes wurden gestärkt,[76] die Gesetzgebung muss ein Verfahren schaffen, das dem Vater die Kenntnis auf Abstammung eines ihm rechtlich zugeordneten Kindes ermöglicht,[77] und das Aufenthaltsrecht des Kindes darf nicht allein vom Aufenthaltsstatus der Mutter abhängig sein.[78]

Rechte der Mutter kommen dabei manchmal zu kurz. So stellt das Gericht in die Abwägung des Rechts des Vaters auf Klärung der Abstammung eines Kindes mit dem Persönlichkeitsrecht der Mutter etwa die Überlegung ein, »dass die Mutter dem Mann schon Zugang zu ihrer Intimsphäre eröffnet hat, ihn an ihrem Geschlechtsleben hat teilnehmen lassen und dadurch ein Kenntnisinteresse des Mannes an der Abstammung ihres Kindes mitbegründet hat«.[79] Dass der Vater nicht ohne seine Mitwirkung rechtlicher Vater eines Kindes wird, nämlich vor allem

71 BVerfGE 10, 59. Das Gericht erklärte § 1628 BGB, der dem Vater die Letztentscheidung zusprach, sofern sich die Eltern nicht einigen können und § 1629 I BGB, wonach die Vertretung des Kindes dem Vater zustand, für gleichberechtigungswidrig.

72 BVerfGE 37, 217. Das Gericht stellte einen Verstoß gegen Art. 3 II GG durch § 4 I RuStAG fest, wonach das eheliche Kind eines deutschen Vater und einer ausländischen Mutter stets die deutsche Staatsangehörigkeit erwarb, das eheliche Kind einer deutschen Mutter und eines ausländischen Vaters aber nur dann, wenn es sonst staatenlos sein würde.

73 BVerfGE 99, 145, 164; 108, 82, 101; 114, 357, 369.

74 Zur Kritik an dem Druck zu gemeinsamer Sorge: Flügge, Sybilla: Grenzen der Pflicht zur gemeinsamen Sorge im Persönlichkeitsrecht der Sorgenden – Zugleich eine Anmerkung zur geplanten FGG-Reform. In: FPR, 14. Jg., 2008, S. 135-138.

75 So setzte das Gericht die Möglichkeit zu gemeinsamem Sorgerecht nach der Scheidung (BVerfGE 61, 358) und nach der Ehelicherklärung des nichtehelichen Kindes durch (BVerfGE 84, 168).

76 BVerfGE 92, 158 (bei der Adoption); 108, 82 (im Hinblick auf Umgangsrecht auch dann, wenn er nicht rechtlicher Vater ist).

77 BVerfGE 117, 202.

78 BVerfGE 114, 357, 368.

79 BVerfGE 117, 202, 233.

durch Eheschließung oder Anerkennung der Vaterschaft, und deshalb vielleicht mit Unsicherheiten leben muss, scheint hingegen keine Rolle zu spielen.

Pflichten in der Sorge für das Kind treffen den Vater – abgesehen von der Zahlungspflicht – hingegen nicht. Insbesondere hat er zwar ein Umgangsrecht, eine Umgangspflicht ist aber aufgrund seines Persönlichkeitsrechts nicht zwangsweise durchsetzbar.[80]

Das Gericht ging lange fest davon aus, dass »die gesunde körperliche und seelische Entwicklung des Kindes grundsätzlich das Geborgensein in der nur in der Ehe verwirklichten vollständigen Familiengemeinschaft mit Vater und Mutter voraussetzt«.[81] Daran hat sich letztlich nicht viel geändert. Zwar betont das Gericht 2007, »dass die unterschiedlichen Formen der Familie […] im Verhältnis zueinander verfassungsrechtlich als gleichwertig anzusehen sind«, doch akzeptiert es unter Berufung auf die Einschätzungsprärogative der Gesetzgebung immer noch, dass die Kosten einer künstlichen Befruchtung durch die gesetzliche Krankenversicherung nur Ehegatten erstattet werden.[82] Aber auch hier gibt es gegenläufige Tendenzen: das Gericht hat die Differenzierung bei der Dauer des Betreuungsunterhalts bei nichtehelichen und ehelichen Kindern für verfassungswidrig erklärt.[83]

Frauen in der Arbeitswelt

Frauen in der Arbeitswelt kommen in der Rechtsprechung des BVerfG nicht allzu häufig vor. Arbeitgeber sind häufig Private und nicht der Staat, so dass Verfassungsrecht, welches primär die Beziehung von Staat und Einzelnen regelt, nur selten tangiert ist. Die meisten Entscheidungen betreffen daher die Rechtsbereiche, in denen der Staat die Rahmenbedingungen festsetzt: Steuerrecht, Arbeitsschutzvorschriften, Rentenrecht.

Schon in einer Entscheidung aus dem Jahr 1957 erkennt das Gericht die Berufstätigkeit der Frau an: »Zur Gleichberechtigung der Frau gehört

80 BVerfG, 1 BvR 1629/04 vom 01.04.2008. Zu Recht wirft Flügge 2008, S. 137 die Frage auf, wie es um die Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts von Frauen bestellt ist.

81 BVerfGE 25, 167, 196, bestätigt noch in den achtziger Jahren: BVerfGE 61, 358, 372.

82 BVerfGE 117, 316, 328.

83 BVerfGE 118, 45.

aber, daß sie die Möglichkeit hat, mit gleichen rechtlichen Chancen marktwirtschaftliches Einkommen zu erzielen, wie jeder männliche Staatsbürger«.[84] Die Ehegattenbesteuerung in Form der Zusammenveranlagung, die den Zweck verfolgte, die Ehefrau von marktwirtschaftlicher Tätigkeit zurückzuhalten, verstieß daher gegen die Gleichberechtigung.[85] Diese Ausführungen waren für die fünfziger Jahre durchaus ungewöhnlich, änderten aber an der grundsätzlichen Akzeptanz der geschlechtlichen Arbeitsteilung wenig. Dass die bessere Hinterbliebenenversorgung für die Witwe als für den Witwer[86] auch eine Diskriminierung der weiblichen Berufstätigen bedeutete, sah das Gericht damals nicht.[87]

Bei der Beurteilung der Arbeitsschutzvorschriften zeigt sich die Entwicklung seit den fünfziger Jahren hin zu weniger Differenzierung zwischen den Geschlechtern in aller Deutlichkeit. Die Verfassungsbeschwerde eines Mannes gegen Arbeitszeitbeschränkungen für Frauen wurde 1954 mit einer halben Seite Begründung als »offensichtlich unbegründet« verworfen.[88] Männer würden nicht benachteiligt, weil es sich um eine Regelung handele, »die der biologischen Besonderheit der Frau im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses schützend Rechnung trägt«.[89] Die Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot für Frauen aus dem Jahr 1992 führte nicht nur zum gegenteiligen Ergebnis – das Gericht stellte die Verfassungswidrigkeit des Nachtarbeitsverbotes für Arbeiterinnen nach § 19

84 BVerfGE 6, 55, 82.

85 BVerfGE 6, 55, 82.

86 BVerfGE 17, 1. § 43 Angestelltenversicherungsgesetz (vom 23. 02.1957, BGBl. I, S. 88) sah die Auszahlung der Witwerrente nach dem Tode der versicherten Ehefrau nur vor, wenn diese zuvor den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten hatte; demgegenüber erhielt die Witwe nach dem Tode ihres Ehemannes ohne Einschränkung Witwenrente. Die Bundesregierung begründete dies im Gerichtsverfahren damit, »daß regelmäßig männliche Versicherte den Unterhalt ihrer Familie überwiegend trügen; bei verheirateten weiblichen Versicherten sei eine solche Unterstellung nicht angebracht und deshalb der Nachweis überwiegender Unterhaltsleistung … erforderlich. Das Gesetz knüpfe somit an die aus der typischen Arbeitsteilung der Geschlechter sich ergebende verschiedene Stellung von Mann und Frau in der Familie an und verstoße deshalb nicht gegen Art. 3 II GG.«

87 BVerfGE 17,1; anders erst in Ansätzen 1975: BVerfGE 39, 169, 187.

88 BVerfGE 5, 9, 10.

89 BVerfGE 5, 9, 12.

Arbeitszeitordnung fest –, sondern erörterte ausführlich, dass besondere Arbeitsschutzvorschriften Frauen nicht nur nutzen können, sondern mit erheblichen Nachteilen verbunden sind und daher geradezu kontraproduktiv wirken können. Das Gericht nennt etwa: Nachteile bei der Stellensuche, Hinderung bei der freien Disposition über die Arbeitszeit, Unmöglichkeit des Verdienstes von Nachtarbeitszuschlägen, denkbare Verfestigung der Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern.[90] Auch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld leistet einer Diskriminierung von Frauen im Arbeitsleben Vorschub und wurde deshalb vom Gericht für verfassungswidrig erklärt.[91]

Selbstbestimmung über den Körper

Zwei zentrale Themen der Frauenbewegung waren seit Jahrzehnten das Recht auf Schwangerschaftsabbruch und der Schutz vor sexueller Gewalt.[92] Zum zweiten Bereich findet sich kaum etwas in der Rechtsprechung des BVerfG,[93] die Entscheidungen zur Reproduktion lassen hingegen ein klares Frauenbild erkennen. Da nur Frauen Kinder gebären, kann der Gebrauch des generischen Maskulinums – das Gericht spricht manchmal von »dem Betroffenen« [94] oder »einem anderen«,[95] wenn es die Schwangere meint – nicht darüber hinweg täuschen, dass es bei den Abtreibungsentscheidungen um Frauen geht. Die beiden großen Abtreibungsentscheidungen aus den Jahren 1975 und 1993 gehören zu den

90 BVerfGE 85, 191, 209 f.

91 BVerfGE 109, 64, 84, 89 ff.; ausführlich zum Nachtarbeitsverbot: Schiek, Dagmar: Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen. Gleichberechtigung durch Deregulierung. Baden-Baden 1992.

92 »Klassiker« der Frauenbewegung: Schwarzer, Alice: Der kleine Unterschied und seine großen Folgen. Frankfurt/M. 1975; Brownmiller, Susan: Gegen unseren Willen. Frankfurt/M. 1978; zur rechtlichen Auseinandersetzung insbes.: Schweikert, Birgit: Gewalt ist kein Schicksal. Baden-Baden 2000.

93 In einer Sorgerechtsentscheidung berücksichtigte das BVerfG 1 BvR 1140/03, vom 18.12.2003 das zuvor in der Ehe bestehende Gewaltverhältnis: »Spätestens nachdem die Bf. ein Attest ihrer Psychiaterin vorgelegt hatte, wonach jede Begegnung mit dem Ag. bei ihr mit einer starken Angst vor erneuten Gewalttätigkeiten einhergeht, hätte sich der *Senat* eingehend mit der Frage auseinander setzen müssen, ob die Beziehung der Eltern für eine gemeinsame Sorgetragung noch tragfähig ist.«

94 BVerfGE 39, 1, 49.

95 BVerfGE 39, 1, 51.

unrühmlichsten Kapiteln der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Dabei ist hervorzuheben, dass es sich hier nicht um Entscheidungen aus den fünfziger Jahren, sondern um Phasen der Rechtsprechung geht, in denen das Gericht ansonsten etwas vorsichtiger mit der natürlichen Geschlechterordnung umging. In beiden Entscheidungen erklärte das Gericht Gesetze, in denen die Gesetzgebung umfassend, intensiv und eigentlich fast ideal gearbeitet hatte, für verfassungswidrig. Beide Male gelang ihm das nur, weil es grundrechtsdogmatisch absolutes Neuland betrat. 1975 erfand es die grundrechtliche Schutzpflicht,[96] 1993 das Untermaßverbot.[97] Beide grundrechtlichen Entwicklungen haben das Potential, weit über das Abtreibungsrecht hinaus zu wirken. Doch bei der Umsetzung in andere Rechtsgebiete, etwa das Umweltrecht, fuhr das Gericht die Standards deutlich zurück.[98] Die in den Abtreibungsentscheidungen erwünschten Ergebnisse ließen sich nur durch die Entfaltung kreativer Potentiale erzielen. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass die Schutzpflicht der Baustein ist, auf dem die Verpflichtung des Staates zum Schutz vor sexueller Gewalt gründet.[99]

Formal sieht das Gericht die Besonderheit der Schwangerschaft. Es nennt sie »besonders geartet«[100] oder »Zweiheit in Einheit«.[101] Doch in

96 Mit Bezug auf das sich entwickelnde Leben formuliert das BVerfG in der ersten Abtreibungsentscheidung: »Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatlich Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren (…) Die Schutzverpflichtung des Staates muß um so ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehende Rechtsguts innerhalb der Wertordnung des Grundgesetztes anzusehen ist.« BVerfGE 39, 1, 42.

97 Notwendig ist nach dem Untermaßverbot ein »angemessener Schutz; entscheidend ist, daß er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittelungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen. Soll das Untermaßverbot nicht verletzt werden, muß die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen.« BVerfGE 88, 203, 254 f.

98 Siehe etwa: BVerfGE 77, 170, 215; 79, 175, 202; BVerfG-K, 1 BvR 792/93, NJW 1995, S. 2343; 1 BvR 2203/95, NJW 1996, S. 651.

99 Sacksofsky, Ute: Gewalt gegen Frauen. In: Helmut Kohl/Herbert Landau (Hg.): Gewalt in sozialen Nahbeziehungen. In: Frankfurter Tag der Rechtspolitik. Frankfurt/M. 2000, S. 44-54; hier S. 47.

100 BVerfGE 39, 1, 42.

101 BVerfGE 88, 203, 253.

Wirklichkeit denkt das Gericht nur vom Embryo her und verkennt die wahre Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter der Frau. Über weite Strecken liest sich die Entscheidung ohnehin so, dass Frauen bei der Abtreibung überhaupt nicht oder nur als das Umfeld und das Gegenüber des Embryos erscheinen. So führt das Gericht einleitend aus: »Gewicht und Ernst der verfassungsrechtlichen Fragestellung werden deutlich, wenn bedacht wird, dass es hier um den Schutz menschlichen Lebens geht, eines zentralen Wertes jeder rechtlichen Ordnung«.[102] Erst nach sieben Seiten der materiellen Begründung, in der die Schwangere nur als »Mutterleib«[103] vorkommt, erkennt das Gericht überhaupt schützenswerte Interessen der Frau an. Es ordnet die Schwangerschaft der »Intimsphäre der Frau« zu, die durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt sei.[104] Doch an anderer Stelle geht es schon nur noch um die Handlungsfreiheit, die auch umfasst, »sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden«,[105] in der zweiten Entscheidung immerhin um Menschenwürde, körperliche Unversehrtheit und Persönlichkeitsrecht.[106] Doch diese Grundrechte der Frau können nach Auffassung des Gerichts nicht durchdringen. An der schlichten Formel, das Leben gehe vor, weil es vernichtet würde, während die Schwangere nur »in manchen persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt würde«,[107] ist schon vielfach und zu Recht Kritik geübt worden, zumal das Gericht dann doch Ausnahmen zulässt.[108] Das Gericht scheint keine Vorstellung davon zu haben, wie massiv schon die körperlichen Veränderungen und damit Eingriffe in die intimste Sphäre, nämlich die Körperlichkeit, durch eine ungewollte Schwangerschaft sind. Es wirkt geradezu zynisch, wenn das Gericht ausführt: »Die einschnei-

102 BVerfGE 39, 1, 36.
103 BVerfGE 39, 1, 36.
104 BVerfGE 39, 1, 42.
105 BVerfGE 39, 1, 43.
106 BVerfGE 88, 203, 254. Seltsamerweise wird das Persönlichkeitsrecht aber nicht auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, sondern allein auf das – ja wesentlich schwächere – Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.
107 BVerfGE 39, 1, 43.
108 Frommel, Monika: Strategien gegen die Demontage der Reform der §§ 218 StGB. In: Streit, 8. Jg., 1990, S. 78-81; hier 79 f.; dies.: Schwangerschaftsabbruch ist eine Gewissensfrage. In: Feministische Studien. Extra – Frauen für eine neue Verfassung (Forum zur Verfassungsdebatte am 29.9.1990 in Frankfurt in der Paulskirche). Frankfurt/M. 1991, S. 58-65; Gerhard 1999, S. 122 f.; Oberlies, Dagmar: § 218 – Ein Grenzfall des Rechts? In: Streit, 10. Jg., 1992, S. 60-67; hier: S. 63 f.

denden Wirkungen einer Schwangerschaft auf den körperlichen und seelischen Zustand der Frau sind unmittelbar einsichtig und bedürfen keiner näheren Darlegung«, dann aber nur neben einer »erheblichen Änderung der gesamten Lebensführung« »eine Einschränkung der persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten« sieht.[109] Wenn das Gericht argumentiert, das Recht der Frau könne »niemals die Befugnis umfassen, in die geschützte Rechtssphäre eines anderen ohne rechtfertigenden Grund einzugreifen«,[110] ließe sich überlegen, ob nicht eigentlich – bei der ungewollten Schwangerschaft – der Embryo der Eindringling in den Körper der Frau ist. Es ist schon sehr bezeichnend, dass in einer Rechtsordnung, in der körperliche Eingriffe kaum zulässig sind, in der etwa niemand zu einer Blutspende für sterbende Angehörige verpflichtet ist, das Austragen einer Schwangerschaft als Rechtspflicht erscheint. Eine solche Pflicht ist aber für das Gericht ganz klar.[111] Die Lasten, die ›normalerweise‹ mit einer Schwangerschaft verbunden sind, muss die Frau tragen,[112] nur in Ausnahmefällen mag der Zwang zur Austragung »unzumutbar« sein. Grundsätzlich aber müssen die Frauen zum »Opfer« bereit sein,[113] den mit der Schwangerschaft verbundenen »Verzicht und die natürlichen mütterlichen Pflichten zu übernehmen«.[114] Diese klare Zuweisung der Lastentragung an die Frau erinnert doch sehr an die biblischen Worte bei der Vertreibung aus dem Paradies: »Und zum Weibe sprach er: Ich will dir viel Mühsal schaffen, wenn du schwanger wirst; unter Mühen sollst du Kinder gebären«.[115]

Ganz in klassischen Vorstellungen über die Geschlechterdifferenz bleibt das Gericht auch verhaftet, wenn es Frauen die moralische Kompetenz abspricht. Auch wenn das Gericht anerkennt, dass Schwangerschaftsabbruch in bestimmten Situationen eine moralisch achtenswerte Entscheidung darstellt,[116] wird der Frau nicht zugetraut, eine solche moralische Entscheidung zu treffen. Ihre Entscheidung erscheint »willkürlich«.[117] Deshalb muss die Frau auch zur Zwangsberatung verpflichtet werden, die eine bestimmte Tendenz verfolgen muss.[118] Sie muss »ge-

109 BVerfGE 39, 1, 48.
110 BVerfGE 39, 1, 43.
111 BVerfGE 39, 1, 44, 49; 88, 203, 253.
112 BVerfGE 39, 1, 48, 49; 88, 203, 256.
113 BVerfGE 39, 1, 50; 88, 203, 272.
114 BVerfGE 39, 1, 56.
115 1. Mose 3, 15.
116 BVerfGE 39, 1, 48.
117 BVerfGE 39, 1, 56.
118 BVerfGE 88, 203, 270 ff.

mahnt« werden, das Lebensrecht des Ungeborenen zu achten, sie muss »ermutigt« werden, die Schwangerschaft fortzusetzen,[119] der »mütterliche Schutzwille« soll »dort, wo er verlorengegangen ist«, »wiedererweckt« und »gestärkt« werden.[120] Ein autonomes Subjekt, das eigenverantwortliche Gewissensentscheidungen treffen kann, ist sie nicht.[121]

Deshalb kann auch emotionale Sprache die Abscheu vor der verantwortungslosen »Abtreibungswilligen«,[122] der »zum Schwangerschaftsabbruch entschlossenen Frau«, die sich über Recht und Gesetz »hinwegsetzt«,[123] zum Ausdruck bringen: »Das sich entwickelnde Leben ist ihrer willkürlichen Entschließung schutzlos preisgegeben«,[124] oder es besteht die Gefahr, es »der völlig freien Verfügungsgewalt der Frau« »auszuliefern«.[125] Die Bezeichnung »Schwangerschaftsabbruch« wird entlarvt als Versuch, den Sachverhalt der »Abtötung« zu »verschleiern«.[126] Die Schwangere wird als »werdende Mutter«[127] oder gar als »Mutter«[128] bezeichnet, der Schwangerschaftsabbruch wird zur Kindstötung.

In der ersten Abtreibungsentscheidung spielen Väter noch gar keine Rolle. 1993 hingegen sollen sie in das Schutzkonzept einbezogen oder dafür bestraft werden, wenn sie der »Frau den ihnen zuzumutenden Beistand, dessen sie wegen der Schwangerschaft bedarf«, »in verwerflicher Weise vorenthalten«.[129] Man könnte meinen, hier kommt in etwas verquerer Weise die Gleichberechtigung von Männern und Frauen zum Ausdruck. Dazu passt auch, dass die Entscheidung die Vereinbarkeit von Familie und Beruf einfordert.[130]

119 BVerfGE 39, 1, 50.
120 BVerfGE 39, 1, 45.
121 Oberlies 1992; vgl. auch dies.: Die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie allein entscheidet. In: Streit, 5. Jg., 1987, S. 125-135.
122 BVerfGE 39, 1, 52.
123 BVerfGE 39, 1, 55.
124 BVerfGE 39, 1, 56.
125 BVerfGE 39, 1, 55.
126 BVerfGE 39, 1, 46.
127 BVerfGE 39, 1, 45.
128 BVerfGE 88, 203, 252, 253, 255.
129 BVerfGE 88, 203, 285, 298.
130 BVerfGE 88, 203, 260.

Herausforderung der binären Geschlechterordnung

Vorstellungen des Gerichts treten nicht nur im Hinblick auf die Verhältnisse zwischen Männern und Frauen auf, sondern Transsexualität und Homosexualität[131] werden noch klarer als Herausforderung an eine binäre Geschlechterordnung erlebt.

Homosexualität

1957 entschied das Gericht, dass die Strafvorschriften gegen die männliche Homosexualität nach § 175 StGB a. F. mit dem Grundgesetz vereinbar sind, und stellte dabei fest: »Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz«.[132] Einen hohen Rechtfertigungsdruck empfand das Gericht aber offensichtlich gegenüber der Gleichberechtigung der Geschlechter. Denn weibliche Homosexualität wurde nicht bestraft. So führt es – nach umfänglicher Beweisaufnahme – über mehrere Seiten aus, wie sich weibliche Homosexualität anders als männliche Homosexualität auswirkt: »Mann und Frau können als verschiedene Geschlechtswesen auch die gleichgeschlechtliche Unzucht nur in den ihrem Geschlecht möglichen und eigenen Formen ausüben«. Somit enthält die Entscheidung eine Vielzahl von Aussagen über die ›natürliche‹ Geschlechterordnung. Weibliche Homosexualität erscheint dem Gericht nicht als gleichermaßen gefährlich. Sie sei weniger verbreitet,[133] die Anfälligkeit von Mädchen gegenüber der Verführung sei geringer als bei Jungen,[134] und »die Lesbierin« sei nicht in dem gleichen Maße ausschließlich gleichgeschlechtlich eingestellt«, so dass für sie der »Umschlag zum anderen Geschlecht« leichter möglich ist. Auch das »Sozialbild« sei unterschiedlich: bei der Frau seien »körperliche Begierde« und »zärtliche Empfindungsfähigkeit« fast immer mit einander verschmolzen.[135] Lesbische Verhältnisse tendierten zur Dauerhaftigkeit, beträfen weniger Jugendliche, kennten keine Prostitution und blieben privater (wegen des

131 Zu Transsexualität und Homosexualität in der rechtlichen Gender-Diskussion vgl. auch: Greif, Elisabeth: Doing Trans/Gender. Rechtliche Dimensionen. Linz 2005; Holzleithner, Elisabeth: Recht – Macht – Geschlecht. Legal Gender Studies. Wien 2002, S. 129-148; zu einem weiten Verständnis des Geschlechtsbegriffs Elsuni 2007.

132 BVerfGE 6, 389, 424.

133 BVerfGE 6, 389, 424.

134 BVerfGE 6, 389, 427.

135 BVerfGE 6, 389, 426.

»größeren weiblichen Schamgefühls«).[136] Die Grenze zwischen einer lesbischen Beziehung und einer »zärtlichen Frauenfreundschaft« sei kaum zu ziehen.[137]

Fünfundvierzig Jahre später hatte sich die Auffassung des Gerichtes deutlich gewandelt. Es sah in dem Institut der Lebenspartnerschaft keinen Verstoß gegen den Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG.[138] Freilich gibt die Lebenspartnerschaft nicht alle Rechte einer Ehe. Hierin sah das Gericht keine Benachteiligung »wegen des Geschlechts«, sondern es gehe um die »Geschlechtskombination einer Personenverbindung«.[139] Mit diesem Trick war vorbereitet, dass das Gericht auch im Folgenden alle Versuche von Lebenspartnern, doch noch auf dem gerichtlichen Weg zu allen Vorzügen der Ehe zu gelangen, scheitern ließ.[140]

Transsexualität

Transsexuelle haben vor dem Bundesverfassungsgericht immer gewonnen.[141] 1978 entschied es, dass die Berichtigung des Eintrags der Geschlechtszugehörigkeit in das Geburtenbuch möglich sein muss. Das Gericht lässt deutlich Empathie für Transsexuelle erkennen und betont deren »Leidensdruck«.[142] Im Hinblick auf die Geschlechterordnung ist der Beschluss ambivalent. Einerseits löst sich das Gericht von der biologischen Fundierung und der damit verbundenen Unwandelbarkeit des Geschlechts.[143] Andererseits aber scheint es dem Gericht so leicht zu fallen, Empathie für den Betroffenen zu empfinden, weil er doch eigentlich nur in die bipolare Geschlechterordnung passen will. So bezieht sich das Gericht stark auf die Wissenschaft, insbesondere die Medizin,[144] und betont: »Transsexualismus« habe »nichts mit Homosexualität oder Fetischismus« zu tun und könne »von den psychosexuellen Anomalien und Perversionen klar getrennt werden«.[145] Der Mann-zu-Frau Transsexuelle wünsche »keine homosexuellen Beziehungen«, sondern suche »die Ver-

136 BVerfGE 6, 389, 427-429.
137 BVerfGE 6, 389, 429.
138 BVerfGE 105, 313, 342 ff.
139 BVerfGE 105, 313, 351.
140 Zum Verheiratetenzuschlag: BVerfG 2 BvR 1830/06 vom 06.05.2008; BVerfG 2 BvR 855/06 vom 20.09.2007.
141 BVerfGE 49, 286; 60, 123; 88, 87; 115,1; 116, 243.
142 BVerfGE 49, 286, 299.
143 BVerfGE 49, 286, 298 f.
144 BVerfGE 49, 286, 287, 288, 297, 298, 299, 300.
145 BVerfGE 49, 286,287.

bindung mit einem heterosexuellen Partner« und sei »nach einer erfolgreichen genitalverändernden Operation auch in der Lage […], mit einem männlichen Partner geschlechtlich normal zu verkehren«.[146] Von dieser starken Fixierung auf die heteronormative Ordnung setzt sich das Gericht in neueren Entscheidungen deutlich ab und führt aus, dass »neue Erkenntnisse« über Transsexualität gewonnen werden konnten.[147] So beschreibt es das betroffene Grundrecht jetzt wesentlich präziser: Zum verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht gehöre der »intime Sexualbereich«, »der die sexuelle Selbstbestimmung des Menschen und damit das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung umfasst.«[148]

Fazit

Das Frauenbild des BVerfG hat sich über die Zeit in fast allen Bereichen erheblich verändert. Dabei war das Gericht in zahlreichen – beileibe aber nicht allen – Entscheidungen den zeitgenössischen Auffassungen anderer Gerichte oder der Mehrheiten in der Politik deutlich voraus. Wurde die traditionelle Geschlechterordnung in den fünfziger und sechziger Jahren noch unhinterfragt akzeptiert, ist dies heute nicht mehr der Fall. Das Gericht akzeptiert die Veränderung der Geschlechterordnung weitgehend, zeigt auch manchmal Sensibilität gegenüber heutigen, weniger deutlich sichtbaren Mechanismen der Diskriminierung. Doch gibt es auch andere Zeichen. Die Ehe, als Hort binärer Geschlechterhierarchie, spielt weiterhin eine nicht unerhebliche Rolle. Vor allem aber erweisen sich, trotz aller Ablehnung von Biologismen, Vorstellungen der Mutterrolle immer wieder als wirkmächtig. Dies tritt eklatant in den Abtreibungsentscheidungen hervor, steht aber auch hinter Bemühungen des Gerichts, die häusliche Betreuung von Kindern oder die Hausfrauenehe insgesamt verfassungsrechtlich zu privilegieren.

146 BVerfGE 49, 286, 300.
147 BVerfGE 115, 1, 4 f.
148 BVerfGE 115, 1, 14.