

Pr'inBVerwG Marion Eckertz-Höfer

Festvortrag bei der Eröffnungsveranstaltung des 40. Bundeskongresses des Deutschen Juristinnenbundes (djb),
am 26.9.2013 im Großen Sitzungssaal des BVerwG:

Die Frau im Öffentlichen Recht - 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit und 60 Jahre Bundesverwaltungsgericht -

Liebe Kolleginnen, liebe Gäste,

herzlich willkommen. Ich begrüße Sie heute besonders gern auch als Hausherrin dieses Gerichts - in diesen "heiligen Hallen", möchte man sagen. Sie atmen – jedenfalls äußerlich – den Geist einer anderen Epoche. Darüber wird zu reden sein, wenn ich mich meinem heutigen Thema nähere. Es soll um die „Frau im öffentlichen Recht“ gehen. Vielleicht ein etwas merkwürdiger Referatstitel, nicht die Sache selbst, natürlich nicht, sondern der Titel. Denn: Gibt es das überhaupt, eine Frau „im öffentlichen Recht“? Wir werden sehen.

I.

Lassen wir uns vom genius loci führen: Historisch und baugeschichtlich befinden wir uns im ehemaligen Reichsgericht, heute Sitz des obersten deutschen Verwaltungsgerichts. Das Reichsgericht war 1879 bis 1945 für den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit der zuständige oberste Gerichtshof im Deutschen Reich. Das Gerichtsgebäude, 1888 bis 1895 erbaut, war monumental geplant: Es entstand Pracht im Stile der Zeit. Dabei ging es nicht nur um die Bedeutung der Gerichtsbarkeit, sondern auch um die Dominanz der Reichsinteressen.

Der Präsident des Reichsgerichtes, die Senatspräsidenten und die Reichsgerichtsräte wurden auf Vorschlag des Bundesrats vom Kaiser ernannt. Und es waren immer Männer. Dabei blieb es, mochte nun Kaiser Wilhelm II von der Fahne gehen, um es im Jargon der Zeit etwas militärisch auszudrücken, oder mochten andere Reichspräsidenten kommen. Bis zu seiner Auflösung 1945 hatte das Reichsgericht keine einzige Reichsrichterin. Verboten war dies beileibe nicht. Man hätte durchaus eine Frau zur Reichsrichterin ernennen dürfen. Dass dies in Wilhelminischer Zeit nicht geschah, daran hat sich unser kollektives Geschichtsgedächtnis gewöhnt. In diesem auf Männlichkeit fixierten Zeitalter war nichts anderes zu erwarten. Bekanntermaßen wurden Frauen überhaupt erst nach 1900 zum juristischen Studium zugelassen, und das 2. Staatsexamen blieb ihnen noch bis nach dem 1. Weltkrieg versagt. In diesem Sinne also: Keine „Frau im öffentlichen Recht“. Ich komme darauf noch zurück.

II.

Wieso eigentlich gab es auch zu Zeiten der Weimarer Republik keine einzige Reichsrichterin? Immerhin hatte Art. 109 Abs. 1 der Weimarer Verfassung bestimmt, dass Männer und Frauen dieselben staatsbürgerlichen

Rechte haben müssten. Allerdings nur „grundsätzlich“, wie der Verfassungstext ausschmückte. Und wenn Juristen das Wort „grundsätzlich“ in den Mund nehmen, heißt es Obacht geben. Mitunter verkehrt sich der Sinn ins Gegenteil. Art. 128 der Weimarer Verfassung präziserte dann noch: "Alle Staatsbürger ohne Unterschied sind nach Maßgabe der Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Ämtern zuzulassen. Alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte werden beseitigt". Die Formulierung hatte einen nicht nur sprachlichen Schönheitsfehler: „ werden beseitigt“, hieß es. Das ist etwas anderes als zu sagen „sind beseitigt“. Also, Gleichberechtigung light, Gleichberechtigung nur unter dem Vorbehalt des einfachen Gesetzgebers.

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, die Realitäten den normativen Vorgaben, also der gebotenen Gleichberechtigung, anzupassen. Im Oktober 1921 wurde der Sozialdemokrat Gustav Radbruch Reichjustizminister. Radbruch endlich wollte auch Frauen zum Richteramt zulassen. Ich vermute, Sie wissen, wie die Richterschaft reagierte. Aufruhr ist eine zurückhaltende Beschreibung dafür! "Durch die Zulassung der Frau als Berufsrichterin würde der Rechtsprechung das Grab gegraben" formulierte es ein Gutachter des Richterbundes.¹ Ein Amtsgerichtsrat Hoffmann äußerte sich mit den Worten:² Im Recht wie auch im Denken des Mannes gehe es um "das Kühl-Sachliche, Begrifflich-Abstrahierende, Allgemeine und Allgemeingültige"! Die Rechtspflege baue sich also auf einem extrem männlichen Denkprinzip auf. Nicht umsonst sei anerkannt, dass die Entwicklung des Rechts überall auf die Bildung von Männerbünden zurückgehe und daraus ihre geistige Struktur ableite. Der vierte deutsche Richtertag 1921 lehnte mit 248 gegen 2 Stimmen die Zulassung von Frauen ab. Es war wohl der einzige Richtertag, auf dem jemals Wechseljahre, Schwangerschaft und Monatsperiode erörtert wurden. Eine skurrile Debatte. Man war sich jedenfalls einig: Frauen sind gefühlsbetont und schon deshalb ungeeignet. Aber eine Begründung war ja nicht wirklich erforderlich. Letztlich ging es doch darum: Der richterliche Männerbund fürchteten um seine Exklusivität!

Im 19. Jahrhundert war das Frauenbild bekanntlich noch rückwärtsgerichtet. Überrascht hat mich nur, dass dies im 19. Jahrhundert, und zwar in Frankreich, einer eigenständigen Untersuchung für wert befunden wurde. Die Juristische Fakultät der Sorbonne in Paris lobte 1892 einen Preis zum Thema – man staune – „Politische und öffentliche Rechte der Frauen in den verschiedenen Ländern der Welt“ aus. Moïse Ostrogorski, russisch-jüdischer Kosmopolit und später bekannter Parteienforscher, gewann diesen Preis. Der Titel seiner Preisschrift lautete: Die Frau im Öffentlichen Recht, eine vergleichende Untersuchung der Geschichte und Gesetzgebung der civilisierten Länder.³ Hier haben wir sie, die Frau im öffentlichen

¹ S. Stadelmann DRiZ 1921, Sp. 196 ff.; dort auch die Dokumentation der Stellungnahmen von Riß (Sp. 203), Sauer mann (Sp. 203 f.), Schimmack (Sp. 204), Schenk (Sp. 204 f. - als einziger für Richterinnen), Bumke (Sp. 205), Hoffmann (Sp. 205 f.).

² Hoffmann DRiZ 1921, Sp. 205 f.

³ Moïse Ostrogorski, Die Frau im Öffentlichen Recht, eine vergleichende Untersuchung der Geschichte und Gesetzgebung der civilisierten Länder, aus dem Französischen über-

Recht, zum allerersten Mal also im Mittelpunkt einer wissenschaftlichen Analyse. Man weiß kaum, wer mehr zu preisen ist, die Sorbonne oder der wissenschaftlich überaus exakte Autor, der seine gedanken- und inhaltsreiche Arbeit übrigens mit Hilfe engagierter Frauenrechtlerinnen in aller Welt schrieb! Das war in jeder Beziehung ungewöhnlich. Das 19. Jahrhundert sah die Frau entweder in romantischer Verklärung oder jedenfalls als ein unpolitisch unmündiges Wesen. Beides gefiel, zumindest den Männern. Was soll schon aus einem jungen Mann werden, wenn er „Die Leiden des jungen Werthers“ lesen musste. Werther war übrigens Rechtspraktikant.

III.

Ich muss ein wenig beim 19. Jahrhundert verharren, da das dort entstandene Frauenbild bis weit in die Bundesrepublik hinein wirkte. Es war ein Jahrhundert der Männer. Trotz der Salons, die – wie etwa in Berlin – von Frauen geführt wurden. Ich erinnere an Henriette Herz, an Rahel Levin und manch andere. Aber das war doch eine eher romantische Episode. Politisches Engagement der Frauen für ihre Bürgerrechte entstand daraus nicht.

Auch in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts, in der entstehenden Frauenbewegung, gab es nicht einmal eine Handvoll Frauen, die staatsbürgerliche Rechte forderten. Louise Otto-Peters,⁴ Hedwig Dohm und Fanny Lewald⁵ lassen sich nennen. Aber nur Hedwig Dohm stellte konkrete politische Forderungen.⁶ Nur sie sah im Stimmrecht für Frauen nicht ein bloßes politisches Fernziel, sondern eine brandaktuelle politische Forderung. Hiermit stand sie völlig isoliert da. Die politische Lage der Reichsgründung und die Aufgabe rascher nationaler Integration war offenkundig auch keine günstige Ausgangslage. Die Frauen der ersten bürgerlichen Frauenbewegung in Deutschland gaben sich demgegenüber eher politisch gezähmt. Sie meinten wohl, durch solch politische Zurückhaltung ließe sich die Erfüllung anderer Forderungen fördern. Frauenbildung und Erweiterung der Möglichkeit von Frauenarbeit war ihnen wichtiger. Das Thema Frauenstimmrecht kam zaghaft erst nach der Jahrhundertwende auf. Vielleicht waren sie aber auch die wirklichen Realisten. Schließlich galt beispielsweise in Preußen für Männer ohnehin nur ein Drei-Klassen-Wahlrecht. Erkannten die Frauen also, dass auch die Männer in dem demokratisch stagnierenden System selbst kaum Macht hatten?

Auf Reichsebene war also an ein Stimmrecht nicht zu denken. Wenig bekannt ist, dass Frauen mit Grundbesitz in ländlichen Gemeinden in nicht wenigen Ländern des Reiches sehr wohl ein kommunales Wahlrecht hatten: nicht ganz wirkungslos, aber doch formal. Formal deshalb, weil sich die Frauen bei der Wahl typischerweise vom Ehemann oder einem anderen

setzt (von Franziska Steinitz) Leipzig 1897; 1950 schreibt Hildegrad Kürger (DÖV 1950, 261) ebenfalls zu "Die Frau im öffentlichen Recht".

⁴ S. ihre Beiträge in der von ihr verantworteten „Frauen-Zeitung“ unter dem Motto: Dem Reich der Freiheit werb' ich Bürgerinnen.

⁵ Lewald, Für und wider die Frauen, Die Frauen und das allgemeine Wahlrecht, 1870

⁶ Der Frauen Natur und Recht, 1876 (Reprint 1986, S. 57 ff.).

Mann vertreten lassen mussten.⁷ Offenbar nur in Sachsen durften ab 1873 zumindest unverheiratete Frauen ihr kommunales Stimmrecht in eigener Person ausüben! Aber auch in Sachsen galt dieses recht bescheidene Wahlrecht nicht in den Städten,⁸ also z.B. nicht hier in Leipzig! Die Sachsen waren in Sachen Frauenemanzipation leider nicht aufgeschlossener als andere. Ein Beispiel dafür ist die sog. Lex Otto aus dem Jahre 1851. Das sächsische Gesetz wurde nach der bereits erwähnten Leipzigerin Louise Otto(-Peters) benannt. Das Gesetz schloss alle Frauen von der Redaktion und Herausgabe von Zeitungen aus. "Dem Reich der Freiheit werb' ich Bürgerinnen" – Louise Ottos kritische Zeitung sollte verschwinden. Das diskriminierende Gesetz verschwand erst 1874 durch das Reichspressegesetz.⁹ Immerhin.

IV.

Die Justiz war den Frauen wenig hilfreich. Dem will ich hier vor allem nachgehen, der Frage also: Was machten eigentlich die Verwaltungsgerichte?

Das erste Verwaltungsgericht entstand 1863 im Großherzogtum Baden, also vor genau 150 Jahren, 1875 folgte Preußen – andere kamen nach. Die Verwaltungsgerichte haben das Ansinnen staatsbürgerlicher Rechte für Frauen kaum verstanden. Es waren auch dort Männer, die richteten. Möglicherweise waren die Richter dieser neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit liberaler als in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Aber sie bewegten sich in einem für Frauen durch und durch patriarchalisch-konservativen Umfeld. Realistischerweise konnte man sich hier für Frauenrechte nichts erwarten. Soweit ging nach damaligem Verständnis die richterliche Unabhängigkeit ohnedies nicht.

Auch die Paulskirchenverfassung hatte ja keine Veränderung für die Frauen gebracht. In der preußischen Verfassung von 1850 war das nicht anders. So wurde in Art. 27 etwa „allen Preußen“ ein Versammlungsrecht garantiert.¹⁰ Was dies für "alle Preußinnen" bedeutete, wurde erst einmal ausgeklammert. Hier fand das PrOVG allerdings 1899 erstaunlich klare Worte: Die Versammlungs- und Vereinsfreiheit gilt auch für die Preußinnen, entschied es.¹¹ Ein Recht zur Politisierung folgte daraus nicht. Vielmehr wollte der Staat die Politisierung der Frauen schon im Keime ersticken. Gesetze und Rechtsprechung wirkten da einträchtig zusammen. „Frauenspersonen“ – wie es in der damaligen Gesetzessprache hieß – durften nicht an Versammlungen politischer Vereine teilnehmen. So bestimmte es der § 8 des Vereinsgesetzes von 1850¹² und machte damit

⁷ Hier zum kommunalen Wahlrecht in ländlichen Gebieten nach M. Ostrogorski, a.a.O., S. 108 ff.

⁸ Vgl. Ute Gerhard, in: dies., a.a.O., S. 509, 517.

⁹ S. Ostrogorski, a.a.O., S. 173 unter Hinweis auf eine Äußerung des Berichterstatters im Reichstag zu diesem Gesetz, Marquardsen.

¹⁰ Art. 29,30.

¹¹ PrOVGE 34, 439, 442 (24.1.1899).

¹² S. § 8 der „Verordnung über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit und Ordnung gefährdenden Mißbrauchs des Versammlungs- und Vereinigungsrechts“ vom 11. März

klar: Frauen haben in der Politik nichts zu suchen. Bis 1908 blieb dieses faktische Politikverbot in Kraft. Das dahinter stehende Frauenbild war für jede Frau zu erkennen. Was sicherlich auch deren Phantasie beflügelte. Einige sozialdemokratisch gesonnene Frauen kamen auf den pfiffigen Gedanken, „Leseabende für Frauen zum Lesen von Dramen mit verteilten Rollen“ zu veranstalten. Leider sah das PrOVG dies in einer Entscheidung von 1889 als eine Umgehung des politischen Versammlungsverbot an – was es vielleicht auch sein sollte.¹³ Erst 1902 erlaubte das preußische Abgeordnetenhaus den Frauen, wenigstens an politischen Versammlungen teilzunehmen. Allerdings durften sie sich nicht einfach zwischen die Männer setzen. Sie mussten sich vielmehr in ein sogenanntes Segment begeben. Das Segment war ein mit roter Kordel fein säuberlich abgetrennter Bereich, ausschließlich für die Frauen bestimmt. Hier hatten sie sich aufzuhalten; stumm übrigens, sich zu äußern blieb ihnen verboten. Zwei Jahre später, 1904, bekräftigte das PrOVG die Entpolitisierungsstrategie: Wahlvereine für Frauen, also besser: Frauenwahlvereine, waren weiterhin untersagt.¹⁴ Die Argumentation war schlicht: Wahlvereine seien zwar grundsätzlich erlaubt. Aber Vereine von Frauen, also von Personen, die selbst nicht einmal wahlberechtigt sind, habe der Gesetzgeber dabei ganz offenkundig nicht im Sinne gehabt. Das hätte man auch anders entscheiden können. Der Widerspruch zur Verfassung, die doch „allen Preußen“ die Vereinigungsfreiheit garantierte, wurde nicht diskutiert. Er war für die Richter nicht relevant. Die preußische Verfassung hatte eine richterliche Prüfungsbefugnis der Gesetze am Maßstab der Verfassung nämlich ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 106). Soll man sagen: Das war weitsichtig? Es schützte jedenfalls den autoritären Staat vor seiner Justiz.

Ich möchte diesen Rekurs auf die Frühzeit unserer politischen Emanzipationsbemühungen mit einem Fall zur Reichsgewerbeordnung von 1869 abrunden. Die Verwaltungsgerichte kamen damals fast nur über das Gewerbeberecht oder das allgemeine Polizeirecht mit der Erwerbstätigkeit von Frauen in Berührung. Die Arbeitsmöglichkeiten für Frauen waren auch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert erheblich eingeschränkt, gerade in ehrbaren Berufen, wie es damals hieß.¹⁵ Streng kontrolliert wurden Kellnerinnen in sog. Schankstätten. Hier Frauen zu beschäftigen, wurde den Gastwirten möglichst erschwert. So durften Frauen nach der Polizeistunde um 22 Uhr nicht mehr beschäftigt werden.¹⁶ Da schützte auch nicht, wenn

1850 – es handelte sich hierbei um das formell rechtmäßige Ausführungsgesetz zu Art. 29 und 30 prVerfassungsurkunde 1850 (vgl. PrOVGE 34, 439, 441).

¹³ Vgl. PrOVGE 20, 432 (1.10.1890) zu einer musikalisch-deklamatorischen Abendunterhaltung mit Tanz bzw. Leseabende mit Frauen zum Lesen von Dramen mit verteilten Rollen; s.a. PrOVG in PreußVerwBl 11, 206 (23.11.1889).

¹⁴ PrOVGE 44, 434, 436 ff. (12.2.1904)

¹⁵ Zu Hebammen: PrOVGE 3, 265 ff. (24.4.1878); PrOVGE 40, 317 ff. (23.5.1901).

¹⁶ PrOVGE 7, 304 ff. (27.4.1881). Wenigstens hinderte eine frühere polizeiliche Auffälligkeit eine spätere Beschäftigung als Kellnerin nicht, erlaubte doch § 41 der Reichsgewerbeordnung in den Grenzen des aktuellen Polizeirechts die freie Wahl von Angestellten – ein Vorschrift, die das PrOVG nach Kräften zur stärken versuchte, trotz entgegenstehender polizeilicher Regelungen, PrOVGE 4, 329, 335 (10.12.1878); PrOVGE 32, 288 (8.2.1897).

die konkrete Kellnerin einen makellosen Leumund hatte. Denn – so argumentierte etwa das PrOVG 1881: „Daß an sich weibliche Bedienung in Schanklokalen sehr wohl zur Förderung der Völlerei sowie der Unsittlichkeit dienen und daher zu verschärfter polizeilicher Aufsicht Anlass geben kann, bedarf keines besonderen Nachweises“, und dass ja auch eine Bedienung, die sich „ehrbar erhalten will“, den Anreiz zum „übermäßigen Verweilen im Schanklokal“ geben könne. Waren das Eigen-Erfahrungen der Verwaltungsrichter, die sich hier niederschlugen? Oder Projektionen?

Der Erste Weltkrieg veränderte das Frauenbild, ein wenig zumindest. Es herrschte Aufbruchstimmung, die wohl auch das PrOVG erreichte. Dem Gericht gelang jedenfalls 1920 eine Entscheidung, die herausragt unter all den anderen – mehr oder minder erwartbaren – Judikaten.¹⁷ Die Entscheidung spiegelt das Schicksal vieler Frauen wieder, die während des 1. Weltkrieges die von Männern verwaisten Arbeitsplätze übernommen hatten. Es gab den neuen Beruf des "Kinematographenvorführers". Das war ein Beruf, der als schwierig und gefährlich galt. Das Filmmaterial war damals hochbrennbar! Berufsvoraussetzung war eine Prüfung und eine polizeiliche Erlaubnis. Zugelassen zur Prüfung wurden ausschließlich Männer. Es kam der 1. Weltkrieg, Männermangel! Kinos sollten dennoch geöffnet bleiben. Die zuständige Polizeibehörde von Berlin musste – wohl zähneknirschend – im 1. Weltkrieg auch Frauen zur Prüfung zulassen. Diese Ausnahme gab es aber nur, sofern ein Lichtspielunternehmen ganz konkreten Bedarf anmeldete. Frauen erhielten nach bestandener Prüfung – anders als vergleichbare Männer – weder ihr Prüfungszeugnis noch ihre Arbeitsberechtigung ausgehändigt, beides erhielt nur der Kinobetreiber. Die polizeiliche Erlaubnis der Frauen zur Berufsausübung wurde ausdrücklich auf die Dauer des Krieges beschränkt. Der Krieg war vorbei, die Männer drängten zurück an ihre alten Arbeitsplätze. Der Polizeipräsident in Berlin verfügte 1918, dass die Kinobesitzer alle Kinematographenvorführerinnen nunmehr schleunigst zu entlassen hätten. Einige der entlassenen Frauen verlangten daraufhin, ihnen solle das Zeugnis über die bestandene Prüfung ausgehändigt werden. Die Behörde lehnte ab. Auf einmal hieß es, den Frauen fehle es an den nötigen Eigenschaften für diesen Beruf. Interessanterweise sollte nicht die Fingerfertigkeit des Umgangs mit den Filmrollen und Apparaten das Entscheidende sein, sondern Mut, Besonnenheit und Körperkraft. Echte Helden mussten also her, denn: Bei dem Umgang mit dem leicht brennbaren Material Film müsse man stets auch mit einem Filmbrand und in einem solchen Fall mit Massenpanik rechnen. Allein Männer seien geeignet, einer panischen Menge entgegenzutreten und sie zu beruhigen – Frauen: niemals!

Das PrOVG zeigte hier mit seinem Urteil von 1920, dass es seinen Ruf, ein liberales Gericht zu sein, nicht ganz zu Unrecht hatte.¹⁸ Maßgeblich sei das Gewerberecht. Dort sei „die Gleichstellung des weiblichen Geschlechts mit dem männlichen Geschlecht“ grundsätzlich anerkannt, so das Gericht. Die Zurücksetzung der Frauen als Lichtbildvorführer nur deshalb, "weil allge-

¹⁷ PrOVGE 75, 331, insb. 390 ff. (5.2.1920).

¹⁸ A.a.O. S. 391 f.

mein weibliche Personen bei Filmbränden nicht die nötige Ruhe, Geistesgegenwart und Besonnenheit zur Verhütung eines kopflosen Verhaltens der Zuschauer zeigen würden", widerspreche dem. Das Gericht greift zur soziologischen Befundaufnahme: Die Frauen seien in wachsender Zahl in auch gefährliche Männerberufe eingedrungen. Problemlos übten sie Männerberufe, wie z. B. als Zugführer und Schaffner auf Untergrund-, Hoch- und Straßenbahnen oder als Kraftwagenführer aus. Der Behauptung, Frauen bewiesen in Fällen höchster Gefahr allgemein nicht die nötige Ruhe, Geistesgegenwart und Besonnenheit sei also unzutreffend. Hiervon abgesehen (eine leichte Ironie ist hier nicht zu überhören): Auch männliche Filmvorführer könnten im Falle eines Filmbrandes einer Massenpanik schon deshalb nicht entgegenwirken, da der Vorführraum doch gerade aufgrund polizeilicher Anordnung keine Verbindung zum Zuschauerraum haben dürfe. Das von der Polizei zusätzlich angeführte arbeitsmarktpolitische Argument zugunsten der Männer hebt das PrOVG dann ganz grundsätzlich aus: Die Polizei habe sich auf Gefahrenabwehr und die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung zu beschränken. Sie habe kein Recht, zugunsten der Kriegsheimkehrer in den Wettbewerb um Arbeitsplätze einzugreifen: also keine Allzuständigkeit der Polizei! Das ist eine geradezu klassische Argumentation, wie wir sie schon aus dem berühmten Kreuzbergurteil des Gerichtes von 1882 kennen.¹⁹

Dieses Judikat konnte Frauen hoffen lassen. Doch weitere Beispiele einer solch progressiven Rechtsprechung finden sich nicht. Im nationalsozialistischen Staat war die Möglichkeit von Emanzipation ohnehin kaum zu denken. Jetzt galt anderes: Senkung der Männerarbeitslosigkeit und Durchsetzung des offiziellen nationalsozialistischen Frauenbildes.²⁰ Das PrOVG wirkte hieran mit.²¹

V.

Szenenwechsel. Das Grundgesetz. Jetzt sollte es anders werden. Bereits in den letzten Kriegsjahren war das tatsächliche Frauenbild facettenreicher geworden. Mehr noch: Die Aufbauarbeit unmittelbar nach dem Krieg – Stichwort Trümmerfrauen – lag vielfach in den Händen von Frauen. Doch Frauen mussten achtgeben, nicht auf eine restaurative Verliererseite zu geraten, wieder einmal.

Die bekannteste der Frauen, die sich im Parlamentarischen Rat dem drohenden Rückschlag entgegenstemmte, war die Juristin Dr. Elisabeth Selbert, Jahrgang 1896. Selbert und andere entfachten einen Proteststurm der Frauen. Da wäre der Ausdruck "Shitstorm" – wenn es ihn schon gegeben hätte – einmal angebracht gewesen. Ohne diesen Protest wohl kein Art. 3 Abs. 2 GG! Elisabeth Selbert hatte erkannt, dass die parlamentarische Männergesellschaft – 61 Männer zu 4 Frauen war das Verhältnis – ohne Druck von außen auf Weimarer Niveau verharret hätte. Aber nur we-

¹⁹ PrOVGE 9, 353.

²⁰ PrOVGE 94, 210 (1.11.1934); 100, 241 (14.1.1937).

²¹ Zur – wechselvollen – Rechtsprechung in dieser Zeit s. Walter Hempfer, Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des Preußischen Obergerichtes, 1974.

nige nahmen anschließend den Verfassungsbefehl von Art. 3 Abs. 2 und 117 GG ernst. Die retardierenden Elemente waren unübersehbar. Der Bundesgesetzgeber machte keine Anstalten, das entgegenstehende Recht zu ändern. Der Kanzler Konrad Adenauer dürfte dies alles für "Gedöns" gehalten haben. Die erste große Entscheidung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 2 GG vom Dezember 1953²² belehrte aber Adenauer und seine bürgerliche Koalition und die gesamte juristische Männerwelt eines anderen. Dem BVerfG gelang – so darf man es bezeichnen – eine kopernikanische Wende. Deren Tragweite kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Das Gericht gab den Frauen endlich den erforderlichen öffentlich-rechtlichen Schub. Das Urteil erschütterte das patriarchalisch ungebrochene Weltbild und war doch nur der Beginn einer langen Kette von Entscheidungen, inzwischen mehr als einhundert.²³ In ihnen spiegelte sich in den Anfangsjahrzehnten eigentlich nur die Beseitigung offenkundig diskriminierender Normen wieder. Erst in den letzten 25 Jahren wurde die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung zunehmend zum Thema.

Wir überblicken heute mehr als 60 Jahre Gleichberechtigungsrechtsprechung. Es gab in ihr viele Rückschläge oder milder gesagt: Die Rechtsprechung zeigte Unsicherheiten. Das BVerfG war nicht unfehlbar, wie auch! Faktische Benachteiligung, mittelbare Diskriminierung – all dies musste erst noch auf den Begriff gebracht werden. Wir können also leider nicht auf eine ununterbrochene verfassungsgerichtliche Erfolgsgeschichte zurückblicken: Keineswegs nutzte das BVerfG jede sich bietende Gelegenheit, die Gleichberechtigung und Gleichstellung der Frauen voranzubringen.²⁴ Aber nach der hier skizzierten Vorgeschichte wäre das auch etwas zu viel verlangt gewesen! Ein wenig historische Milde müssen wir schon aufbringen.

Das Jahr der ersten großen Gleichberechtigungsentscheidung des BVerfG, 1953, war auch das Gründungsjahr des BVerwG. Das oberste Verwaltungsgericht hinkte also zeitlich etwas nach. Ich darf dies hier als symptomatisch bezeichnen, symptomatisch aber nur, soweit es um Frauenrechte ging. Es ist aber kaum zu leugnen: Das BVerwG hat sich auf dem Gebiet der Frauengleichstellung besonders wenige Lorbeeren verdient. Es zeigte sich vielfach blind gegenüber der besonderen Betroffenheit von Frauen. Die von ihm hochgehaltene Geschlechtsneutralität führte zur Zementierung diskriminierender Strukturen. Liest man alte Urteile des BVerwG, so wird schnell klar, wie wenig sich hier für die Frauen doch ohne die Impulse des BVerfG gewandelt hätte. Später kam als unverzichtbarer und vielleicht noch wirkungsvollerer Impulsgeber der Luxemburger EuGH hinzu, noch später der Straßburger EGMR. Ohne das Power-Dreieck von BVerfG, EuGH und EGMR – wer weiß, wo wir heute stünden!

²² BVerfGE 3, 225 (18.12.1953)

²³ Ausweislich juris (1.9.2013) qualifizieren sich zu dem Suchkriterium Art. 3 Abs. 2 GG 110 Entscheidungen – hinzurechnen wären Entscheidungen, die Art. 3 Abs. 2 GG nicht nennen, sondern auf Art. 3 Abs. 1 (vornehmlich im Steuerrecht) oder Art. 6 GG (Familienrecht) oder andere gründen.

²⁴ S. etwa BVerfGE 47, 1 ff. (steuerl. Abzugsfähigkeit der Hausgehilfin), mit abw. Meinung Simon, der die vom Senat vernachlässigte Frauenrelevanz betont.

VI.

In welchen Bereichen kommt ein oberstes Verwaltungsgericht überhaupt dazu, spezifisch Frauenrelevantes zu entscheiden? Ein systematischer Zugriff ist hier kaum möglich. Die Lebenswirklichkeit von Frauen ist zu vielfältig. Nach dem Idealbild klassischer Dogmatiker sollte es auf diese Lebenswirklichkeit auch gar nicht ankommen. Aber dass Gleichberechtigung von der Lebenswirklichkeit nicht absehen sollte, haben wir inzwischen gelernt.

Das BVerwG hatte am Anfang seines Bestehens den spezifischen Grundrechtsschutz von Frauen wenig im Blick. Das änderte sich nur allmählich. Diese Zurückhaltung kann verwundern. Frühe Entscheidungen des BVerwG belegen nämlich, dass man die Aufgabe der effektuierenden Verfassungsinterpretation durchaus sehr ernst nahm. Von manchen dieser Entscheidungen profitierten möglicherweise sogar auch überdurchschnittlich Frauen. Als Beispiel kann die Sozialhilfeanspruch-Entscheidung aus dem Jahr 1954 gelten. Sie beendete den unwürdigen Zustand, dass, wer Fürsorgeleistungen erhielt, trotz gesetzlicher Verpflichtung der Verwaltung kein subjektiv-öffentliches Recht hatte, diese Fürsorgeleistungen auch beanspruchen und einklagen zu können. Hier vollzog das BVerwG in einer Sternstunde der Rechtsprechung einen wichtigen Paradigmenwechsel! Eine Entscheidung, die sicherlich ungezählten Frauen zugute gekommen ist.

In der Nachkriegszeit ist es vor allem das Wiedergutmachungs- und Lastenausgleichrecht, in dem wir auf die besonderen Schicksale von Frauen treffen. Darüber hinaus können frauenrelevant dann natürlich alle Rechtsgebiete sein, in denen es auch um weibliche Beschäftigung geht, wie vor allem das Beamtenrecht, aber auch das Personalvertretungsrecht und heutzutage das spezielle Gleichstellungsrecht. Aber auch im Gewerbe- und Polizeirecht finden wir spezielle Frauenschicksale, oder im Namensrecht, dem unveränderten Tummelplatz patriarchalischer Besitzansprüche. Zum Schulrecht werden Sie gerade in den letzten Wochen die Fälle des BVerwG überall diskutiert gefunden haben: Sportunterricht für muslimische Mädchen – Stichwort: Burkini – oder früher schon: das Kopftuchverbot für Lehrerinnen. Und wieder ganz aktuell: Der Anspruch auf Kitaplätze und seine Folgen – das betrifft natürlich beide Eltern, aber die Alternative Betreuungsgeld weist doch darauf hin, dass es auch um Nachhutkämpfe zum Modell der Hausfrauenehe geht. Oder das BVerwG entscheidet über frauenspezifische Asylgründe oder die Folgen der Bekämpfung von Zwangsverheiratungen im Ausländerrecht. Spezifisch weibliche Betroffenheiten kann es also fast überall geben, selbst wenn es scheinbar nicht um Menschen geht – wie im Recht öffentlicher Garagen: Denken Sie nur an Frauenparkplätze!

Aber Gleichberechtigung zu schaffen, wird kein Ziel der Rechtsprechung des BVerwG. Die Gründe sind gewiss unterschiedlich. Den gerade in der Nachkriegszeit ganz überwiegend männlichen Richtern fehlte wohl vielfach der Wille oder auch nur die notwendige Sensibilität. Die Gesetzgebung gab kaum Hilfe. Eine Statistik beleuchtet das Problem. Ausweislich der Datenbank juris wird Art. 3 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des BVerwG in den

60 Jahren seines Bestehen gerade einmal 64mal erwähnt, davon sogar lediglich 3mal in den ersten 10 Jahren. Es gab natürlich weitaus mehr in spezifischer Weise frauenrelevante Entscheidungen: Aber Art. 3 Abs. 2 GG, als oberster Kontrollmaßstab, wurde nicht gesehen oder nicht gewünscht. Wobei die Statistik natürlich auch ihre Tücken hat.²⁵ Aber als Tendenz ist sie durchaus beweiskräftig.

In den ersten Jahrzehnten finden sich beim Bundesverwaltungsgericht Entscheidungen, die aus heutiger Sicht ein Kopfschütteln auslösen können. Doch auch ein oberstes Bundesgericht wirkt nicht wie ein *deus ex machina*. Sich dem Zeitgeist entziehen, fällt schwer. So auch hier. Gleichstellungs-Sternstunden blieben jedenfalls aus – Entscheidungen also, die zumindest das Unerträgliche geschlechtsbezogener Benachteiligungen gebrandmarkt hätten. Ich gebe Ihnen einen kleinen Eindruck:

Zunächst ein Streitfall aus dem Jahre 1958: Wie gesagt, keine Sternstunde des Gerichts. Übrigens auch nicht des BVerfG. Unsere Klägerin hatte das Kriegsende in Ostpreußen überlebt. Sie wurde von den sowjetischen Truppen zur Zwangsarbeit verpflichtet.²⁶ War sie einmal krank und arbeitsunfähig, erhielt sie keine Lebensmittel und musste Betteln gehen. Ihr gelang die Ausreise. In der Bundesrepublik beantragte sie Kriegsgefangenenentschädigung. Ihr Begehren scheiterte vordergründig am Gesetz. Danach waren anspruchsberechtigt nur solche Personen, die „auf eng begrenztem Raum unter dauernder Bewachung festgehalten wurden“. Das war bei der Klägerin nicht der Fall gewesen. Der Gesetzgeber habe, so stellte das BVerwG fest, Fälle wie den der Klägerin durchaus bedacht, sie aber ausdrücklich nicht zugunsten der Frauen regeln wollen. Der Bundestags-Ausschuss hatte vermerkt: „Das würde zu einer uferlosen Ausweitung führen“. Die Klage wurde also abgewiesen. 1960 erklärte das BVerfG die hier maßgebliche Vorschrift für verfassungsgemäß.²⁷ Dies mit gleichem Argument wie der Bundestag: weil sonst einige Millionen mehr Menschen entschädigungsberechtigt geworden wären. Gesetzgeber, Verfassung und Gerichte stuften letztlich die kriegsbedingten Leiden der Frauen zum allgemeinen Lebensrisiko herab. Man machte es sich leicht. Auf die spezifische Betroffenheit von Frauen geht jedenfalls auch das BVerfG weder hier noch in anderen Kriegsfolgen-Entscheidungen ein – zugegeben: die damalige Grundrechtsdogmatik war noch nicht so weit. Die sozialstaatlichen Schutzverpflichtungen musste das Gericht erst noch entwickeln. Aber durfte das gegenüber den Kriegsgefangenen teilweise sogar härtere Schicksal der Frauen außer Betracht bleiben, kam es auf die Fakten gar nicht an? Im selben Jahr, ja im selben Band der Amtl. Sammlung befindet sich das berühmte Kassenarzturteil des BVerfG.²⁸ Aus ihm lernen die Jurastudentinnen und -studenten, dass die Berufsfreiheit des Art. 12 GG auch durch faktische Eingriffe von Gewicht verletzt werden kann. Hier also die

²⁵ Hier liegen sie unter anderem auch an der der nicht kompletten Rückwärtsdokumentation von juris. Die Durchsicht der ersten 30 Bände der Rechtsprechungssammlung des BVerwG hat allerdings die Ausbeute nicht wesentlich erhöht.

²⁶ BVerwGE 6, 237 (5.3.1958) – dort auch Fundstelle der Erörterungen im BT.

²⁷ BVerfGE 11, 245 (28.6.1960).

²⁸ BVerfGE 11, 30 (23.3.1960).

„arme“ Frau auf der einen Seite, dort der etablierte Arzt auf der anderen Seite. Da kann man durchaus ins Grübeln kommen. Erst 1987 in der Rentenalterentscheidung spricht das BVerfG dann klar aus, es bestehe Anlass, die bisherige Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 GG durch Berücksichtigung der faktischen Lebenswelt von Frauen zu ergänzen. Der Gesetzgeber soll zu einer Ungleichbehandlung auch dann befugt sein, „wenn er einen sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen anordnet, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede zurückgehen“.²⁹ Dass es letztlich für Frauen um typisierbare sozio-ökonomische Ungleichheiten geht, wird hier noch nicht deutlich ausgesprochen. Unausgesprochen liegt es der Entscheidung aber bereits zugrunde. Dieser weitere Begründungsschritt wird erst 1992 gewagt. Es ist die Entscheidung des BVerfG zum Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen.³⁰

Zurück zum BVerwG. Ein 1959 entschiedener Fall zeigt die fehlende Sensibilität des BVerwG vielleicht noch deutlicher.³¹ Nach dem damaligen § 265 Abs. 1 LAG konnte man bei Erwerbsunfähigkeit eine Kriegsschadensrente erhalten. Einem Erwerbsunfähigen war eine alleinstehende Frau gleichgestellt, wenn sie in ihren Haushalt Kinder zu versorgen hatte. Das BVerwG entschied: Eine Ehefrau, die mit einem pflegebedürftigen Ehemann in häuslicher Gemeinschaft lebt, sei nicht "alleinstehend" im Sinne des Gesetzes. Sie könne deshalb, auch wenn sie gleichzeitig für drei kleine Kinder zu sorgen habe, einer erwerbsunfähigen alleinstehenden Frau mit Kindern nicht gleichgestellt werden. Der Gesetzgeber habe ausdrücklich nur alleinstehende Frauen begünstigen wollen. Das mochte durchaus stimmen. Aber warum nicht weiterdenken? Dass eine Ehefrau mit der Bürde von 3 Kindern und zusätzlich eines pflegebedürftigen Mannes doch wohl erst recht an einer Erwerbstätigkeit gehindert ist – und dies war der Grund der Privilegierung von Frauen mit kleinen Kindern –, kam den Richtern offenbar nicht in den Sinn. Eine sozialstaatskonforme Auslegung gab das methodische Arsenal noch nicht her. Auch hier war der Zeitgeist träge. Der „Sozialstaat“ – immerhin ein Fundamentalprinzip des Grundgesetzes – erscheint beispielsweise erst 2004 als Tagungsthema der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Gleichberechtigung oder Stellung der Frau waren dort übrigens noch nie ausdrückliche Tagungsgegenstände – soweit also zur „Frau im öffentlichen Recht“ aus der Sicht der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer! Anders übrigens die sog. "Kleine Staatsrechtslehrertagung", also die Tagung der Assistenten von öffentlich-rechtlichen Lehrstühlen. Sie behandelte immerhin schon 1982 ausdrücklich das Thema "Die Rechtsstellung der Frau".³²

Zurück zum BVerwG – schwer nachzuvollziehen ist ein Judikat aus dem Jahre 1964: Der Reichsgesetzgeber hatte 1920 ein Gesetz über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften erlassen. Danach durften die Behörden Regelungen erlassen über die Zulassung, das Verhalten und die

²⁹ BVerfGE 74, 163 (28.1.1987).

³⁰ BVerfGE 85, 191.

³¹ BVerwG Buchholz 427.3 § 265 LAG Nr. 33 (21.5.1959).

³² S. Dalibor u.a., Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht, S. 708.

Art der Entlohnung weiblicher Arbeitnehmer im Gast- und Schankgewerbe, nur der weiblichen Arbeitnehmer wohlgermerkt.³³ Alles rechtens, auch noch im Jahr 1964, sagte das BVerwG. Bei „unvoreingenommener Beurteilung“ sei diese Ungleichbehandlung von Männern und Frauen offensichtlich gerechtfertigt. Es gehe doch nur um die erhöhten Gefahren, denen gerade „weibliche Arbeitskräfte in sittlicher Beziehung ... im Gaststättengewerbe ausgesetzt sein können“.³⁴ Wenn Sie sich an das von mir erwähnte Judikat des PrOVG aus dem Jahre 1881 erinnern: Selbst 80 Jahre später wird ein klar diskriminierendes Gesetz immer noch nicht als ein solches erkannt! Das sind schon zählebige Traditionszusammenhänge. Art. 3 Abs. 2 GG ließ das Frauenbild der Herren Bundesrichter des Jahres 1964 unbeeindruckt. Möglicherweise war es das „Blaue-Engel-Syndrom“, also die offenkundige Absicht, Frauen in patriarchalischer Schutzgeste und Vorsorge auch vor sich selbst zu schützen. Diese wird später dann konsequent in der Peep-Show-Rechtsprechung des BVerwG in den Jahren 1981 und auch noch 1990 fortgesetzt.³⁵ Peepshows wurde die nach der Gewerbeordnung erforderliche Erlaubnis verweigert. Sie seien sittenwidrig, ein Urteil, von dem aber Stripteaseveranstaltungen verschont blieben. Begründet wurde die Sittenwidrigkeit mit der Menschenwürde der weiblichen Betroffenen. So formuliert das BVerwG 1981 etwas bürokratisch verklemmt: „Wegen der aus dem gewerberechtlichen Erlaubnisvorbehalt resultierenden unmittelbaren Mitverantwortung des Staates für sozialrelevante öffentliche Veranstaltungen und der Verpflichtung der staatlichen Gewalt zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S 2 GG) ist die Erlaubnis auch bei freiwilligem Handeln der Betroffenen zu versagen, wenn die beabsichtigten Veranstaltungen - objektiv - die Menschenwürde verletzen“. Also: Für das, was der Staat erlaubt, trägt er eine Mitverantwortung. Hier muss er deshalb eingreifen, weil die Menschenwürde objektiv verletzt wird. Im Erlauben von Striptease wird kein Widerspruch gesehen. Aber diese Rechtsprechung war zugegeben ein Spezialfall, bei dem die Meinungen wohl auch heute noch geteilt sind.

Mit dem Verfallsdatum der „guten Sitten“ ist es bekanntlich so eine Sache: Im Jahre 1957 erklärte das BVerfG die Strafbarkeit der männlichen Homosexualität für verfassungsgemäß, als Verstoß gegen das Sittengesetz. Schon 12 Jahre später, 1969, war § 175 StGB weitgehend Geschichte. Heute erleben wir die Selbstverständlichkeit der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften – vor wenigen Jahren noch eine Sittlichkeitsfrage! Statt pereat mundus also doch endlich: Das Recht ist für die Menschen da!

So manche frauenrelevante Wunderlichkeit des BVerwG findet sich im Beamtenrecht. Es hat lange gedauert, bevor hinter der scheinbaren Geschlechtsneutralität des Beamtenrechts tatsächliche Diskriminierungen erkannt wurden. In der Anfangsphase aber davon noch keine Spur!

³³ § 17 Abs. 2 Gaststättengesetz und Reichsgesetz über weibliche Angestellte in gast- und Schankwirtschaften v. 15.1.1920 (RGBl S. 69).

³⁴ BVerwG Buchholz 451.40 § 17 GaststG Nr. 1 (31.1.1964). = BVerwGE 18, 32

³⁵ Z.B. BVerwGE 64, 274 (15.12.1981); BVerwGE 84, 314 (30. 1.1990).

Der Zugang zu Ämtern im öffentlichen Dienst war vor 1945 für Frauen besonders beschwerlich und vielfach unmöglich. Eigentlich ein ergiebiges Feld für Entschädigung und Wiedergutmachung. Nicht für den Gesetzgeber und die Gerichte. Beim BVerwG hieß es dazu kurz und klar: Die Benachteiligung weiblicher Bewerber im Beamtenrecht der NS-Zeit sei nicht auf Verfolgungsgründe im Sinne des Wiedergutmachungsrechts zurückzuführen. Damals hätten Frauen, vor allem aber verheiratete Frauen, im öffentlichen Dienst ohnehin keine sichere Anstellungschance gehabt, zumindest nicht auf Dauer. Also auch, wer in der NS-Zeit als rassistisch Verfolgte gar nicht erst zum 2. Staatsexamen zugelassen worden war oder auch nur an dem für Frauen um volle 8 Jahre höher festgesetzten Verbeamtungsmindestalter scheiterte, hatte beim BVerwG keine Chance. Art. 3 Abs. 2 GG war kein Hinderungsgrund. Es kommt die bei Juristen so beliebte Kausalitätsbetrachtung: Schon vor der nationalsozialistischen Machtergreifung seien nur wenige Frauen übernommen worden und in ihren Fällen seien zudem strengere Anforderungen als im Falle männlicher Laufbahnbewerber gestellt worden!³⁶ Das Wiedergutmachungsrecht wolle Beamte ja nicht besser stellen, als sie stünden, wenn sie in der NS-Zeit nicht verfolgt worden wären. Also: das den Frauen geschehene Unrecht beruhe nicht auf Verfolgungsmaßnahmen, sondern auf der allgemein üblichen Diskriminierung und diese sei nicht wiedergutmachungsfähig.

Leider hat sich das BVerfG dieser doch brüchigen Rhetorik angeschlossen. Jedenfalls noch 1965. So meinte das BVerfG seinerzeit noch, Art. 3 Abs. 2 GG verlange nicht, dass die einer Beamtin vor Inkrafttreten des Grundgesetzes zugefügte Benachteiligung rückwirkend beseitigt werden müsse³⁷ Dabei ging es doch weniger um eine Rückwirkung des Art. 3 Abs. 2 GG in vor-grundgesetzliche Zeiten als um die Bereinigung aktuell andauernden Unrechts. Art. 3 Abs. 2 GG wurde klein geredet. Die Perpetuierung weiblicher Diskriminierung wurde bekräftigt. Der Kompensationsgedanke hatte sich noch nicht geformt.³⁸ Das BVerwG durfte sich folglich auf verfassungsgerichtlich geschütztem Terrain wähen. Die Fortgeltung der beamtenrechtlichen Zölibatsklausel noch in der Anfangsphase der BRD tat ein Übriges, um das rückwärtsgewandte Frauenbild im Beamtenrecht lange aufrecht zu erhalten.³⁹

Auch das BVerfG schaffte bekanntlich die Remedur zugunsten der Frauen im öffentlichen Dienstrecht nicht. Es fehlt eine große beamtenrechtliche Entscheidung zugunsten der Stellung der Frau aus der Anfangsphase des BVerfG. Die drängenden Probleme sah das Gericht woanders.⁴⁰ Leitbild im

³⁶ BVerwG Buchholz 233 § 9 BWGöD Nr. 9 (7.9.1960); BVerwGE 11, 318 (20.12.1960); BVerwG Buchholz 233 § 31 c BWGöD Nr. 1 (8.3.1961); BVerwG BVerwGE 21, 320 (8.7.1965).

³⁷ S. BVerfGE 19, 76 (1.6.1965), Rn. 46 unter Hinweis auf BVerfGE 17, 99, 108.

³⁸ Vgl. Ute Sacksofsky, das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. A. 1996; Susanne Bajer, Würde oder Gleichheit, 1995.

³⁹ BVerwG Buchholz 233 § 31c BWGöD Nr 1 (8.3.1961); s.a. BVerwGE 21, 320 (8.7.1965); BVerwG Buchholz 231 § 63 DBG Nr. 1 (27.11.1963).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 3, 58 (17.12.1953); 6, 132 (19.2.1957); BVerfGE 19, 76 (1.06.1965) – befasst sich nur mit einem Spezialthema der Zölibatsklausel.

Beamtenrecht blieb der männliche Beamte. Für die mittelbaren Diskriminierungen im Teilzeitrecht des öffentlichen Dienstes – ohnehin erst 1968 als Lex Peschel eingeführt und bis in die 90er Jahre zu weit über 90 % von Frauen genutzt – fehlten sowohl dem BVerwG als auch dem BVerfG die Sensibilität wie auch das dogmatische Instrumentarium. Erst der EuGH hat sich dieses „Minenfeldes“ diskriminierender Rechtsfolgen angenommen. Er kam Anfang der 80er Jahre im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Entgeltgleichheit⁴¹ auf die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung und erfand den „Statistical Approach“ – statistisch messbare tatsächliche Ungleichheiten der Geschlechter bekamen Relevanz.⁴² Wer weiß, wo wir ohne diesen europäischen Anstoß heute ständen!

Im Rückblick muss man leider sagen: Die „Frau im öffentlichen Recht“ wurde in der Verwaltungsrechtsprechung der Nachkriegsjahrzehnte mehr gefordert als gefördert. Aber es galt natürlich auch hier: Wo keine Klägerin, da keine Richter. Nicht zuletzt fehlten auch Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte, die sich auf das Thema Frauengleichstellung im öffentlichen Recht spezialisiert hätten. Wie also vorankommen?

Das BVerfG als treibende Kraft gab es nur punktuell. Ich spreche vor allem über den Zeitraum der 60er bis 80er Jahre. Die Vorstellungen des Gerichtes für Frauenrechte waren in dieser Phase nicht das, was man als „dynamisch“ bezeichnen könnte. Das BVerfG war einfach noch nicht so weit. Und Hilfe vom BVerwG als dem zuständigen Fachgericht hatte es jedenfalls nicht. In Stellungnahmen gegenüber dem BVerfG vertrat das BVerwG noch Anfang der 90er Jahre eine ausgesprochen rückwärtsgewandte Dogmatik, dies etwa zur Frage der leistungsabhängigen Vorzugsregeln zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst – euphemistisch "Quote" genannt. Entsprechende Überlegungen entstanden Mitte der 80er Jahre. Ich war zur damaligen Zeit noch in der Frauenpolitik tätig. Eigentlich war ich damals froh, dass das BVerwG keine Gelegenheit zur Entscheidung in Quotenfragen bekam. Die Frauenpolitikerinnen der meisten Länder sahen das ähnlich. Die Rechtsprechung des EuGH war nach kurzem Stolpern⁴³ dann doch verlässlicher.⁴⁴ Heute sind solche leistungsabhängigen Vorzugsregeln für den öffentlichen Dienst das Selbstverständlichste auf der Welt. Sie sind heute sogar im Bundesgleichstellungsgesetz zu finden, ohne dass der deutsche Staat deswegen Schaden genommen hätte! Da hat sich gerade in den letzten 20 Jahren vielleicht doch mehr getan als in den 100 Jahren davor!

VII.

Wie ist die wenig gleichstellungsbewusste Rechtsprechung des BVerwG zu erklären? 150 Jahre verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zeigen auf,

⁴¹ Art. 141/119 EGV a.F.

⁴² EuGH Urteil. v. 31.3.1981 – C-96/80 – Jenkins.

⁴³ EuGH, Urt. v. 17.10.1995 – C-450/93 – Kalanke.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 11.11.1997 – C-409/95 – Marschall; Urt. v. 28.3.2000 – C-158/97 – Badeck u.a. und weitere später.

dass Zeitgeist und professionelle Sozialisation der Richter wohl eine erhebliche Rolle spielten. Ob dies inzwischen anders ist, will ich nicht bewerten. Kann bei den Entscheidungen auch eine Rolle gespielt haben, dass an ihnen kaum Richterinnen mitwirkten? Ein solches Erklärungsmuster lässt sich nicht von vornherein in das Reich der Phantasie verweisen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit war lange ein Gerichtszweig, in dem es besonders wenige Richterinnen gab. In der zweiten und dritten Instanz nahm und nimmt der Anteil an Richterinnen dann noch jeweils signifikant ab. Aber das ist in anderen Gerichtszweigen bekanntlich kaum anders.

Betrachten wir die Erstbesetzung des BVerwG im Jahr 1953. Ernannt wurden 20 Richter. Unter ihnen befand sich – was lange 14 Jahre so blieb – nur eine einzige Frau. Dies war Charlotte Schmitt, Jahrgang 1909. Sie wurde fünf Jahre später Senatsvorsitzende, die erste übrigens überhaupt in einem Bundesgericht. Im BVerwG spielte sie eine vergleichbare Rolle wie die erste Richterin des BVerfG, nämlich Erna Scheffler, Jahrgang 1893. Beide hatten quasi das "Eis" für die Frauen zu brechen: Sie mussten beweisen, dass Frauen als Bundesrichterinnen Exzellentes zu leisten vermögen. Beide haben es glänzend bewiesen. Erna Scheffler war allerdings – anders als Charlotte Schmitt – eine sog. Frauen-Frau. Sie war Fachfrau für die Erfordernisse rechtlicher Gleichstellung von Frauen. Auf dem 38. Deutschen Juristentag 1950 in Frankfurt hatte sie das maßgebliche Referat zu Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 117 GG gehalten. Für das Bundesverfassungsgericht und die Frauen wurde sie damit zu einem Glücksfall. Das BVerwG blieb Männerdomäne. Seine nächsten Richterinnen erhielt es erst 1967 und 1971.⁴⁵ 1993, als ich selbst zur Bundesrichterin gewählt wurde, war ich tatsächlich erst die 9. Frau am Gericht, ganz konkret aber nur eine von fünf und bald darauf sogar nur eine von drei.

Dieser Befund zeigt sich heute deutlich verbessert. Inzwischen ist das BVerwG bei der 25. Richterin angelangt. Entscheidender noch: Aktuell sind 16 Richterinnen am BVerwG tätig. So viele gab es in der Geschichte des Gerichtes noch nie. Das bedeutet einen prozentualen Anteil von 29 % – womit wir unter den Bundesgerichten derzeit nur vom BAG mit 31 % übertroffen werden.⁴⁶ Da ist noch Luft nach oben! Meine Zielvorstellung wäre 50 % Frauen. Jedenfalls: Vergleicht man den derzeitigen Frauenanteil einmal mit dem Anteil der Professorinnen an den juristischen Fakultäten müssen wir uns nicht verstecken, auch nicht gegenüber den weniger als 10 % bei der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Betrachtet man allerdings die Zahl der 275 Richterinnen und Richter, die seit 1953 insgesamt zum BVerwG gewählt wurden, dann sinkt der Frauenanteil allerdings auf schmerzende 9%. Das ist also kein Ruhmesblatt in der 60jährigen Geschichte des BVerwG.

Auf die Gründe will ich hier nicht eingehen. Am BVerwG selbst liegt es, wie ich aus eigener Erfahrung weiß, am wenigsten. Eine andere Frage ist interessanter, nämlich ob ein höherer Anteil von Richterinnen die Rechtsprechung signifikant verändert hätte, die Frage also: "Richten Richterinnen

⁴⁵ Es waren Dr. Dr. Pauline Hopf und Dr. Charlotte Eckstein.

⁴⁶ Stand 31.12.2012.

richtiger?"⁴⁷ Ich könnte es mir leicht machen und sagen: Seitdem über 20% Richterinnen am Gericht tätig sind, hat es nur noch wenig Art. 3 Abs. 2 GG strapazierende Urteile gegeben. Aber das wäre natürlich zu trivial! Andere Gründe scheinen überzeugender.

Vor allem gilt natürlich: Der Zeitgeist ist ein anderer geworden. Und das die Gleichstellung von Frauen fördernde rechtliche und organisatorische Netz ist deutlich engmaschiger geworden. Und früher waren es einfach auch zu wenige Frauen, deren Anpassungsdruck war höher. Frauen übernehmen heute in den ersten Instanzen inzwischen in allen Bundesländern meist mindestens hälftig die wenigen in der Justiz frei werdenden Eingangssämter.

Ebenso gilt: Männer haben sich geändert. Unter den hier tätigen männlichen Richtern finden sich etliche, die mit Wissen und Sensibilität in Sachen Frauenbenachteiligungen doch so manche Richterin in den Schatten stellen! Letztlich sind aber auch im BVerwG die spezifisch frauenrelevanten Fälle eher weniger geworden. Ein persönliches Beispiel: Seit ich 1993 an dies Gericht gewählt wurde, habe ich an insgesamt ca. 2600 richterlichen Entscheidungen mitgewirkt. Davon waren vielleicht 10 bis 15 Entscheidungen in besonderer Weise frauenrelevant. Selbst von diesen konnten nur die wenigsten gleichsam durchentschieden werden, weil schon die pflichtgemäße Ankündigung einer gleichstellungsrelevanten Begründung in einigen Fällen zur Rücknahme der Revision führte. Es gibt also auch eine versteckte Frauenbilanz des BVerwG und die ist ein Stück besser als die sichtbare!

Die „Frau im öffentlichen Recht“ meint letztlich Partizipation der Frauen in allen Bereichen des öffentlichen Lebens. Recht und Rechtsprechung waren dabei – historisch gesehen – keineswegs nur hilfreich. Gleichwohl: Sie waren auch unverzichtbar. Was ich zeigen wollte: Das war kein einfacher Weg und es war ein sehr langer Weg, deutlich zu lang!

Ein allerletztes will ich erwähnen: Es betrifft einen Fall aus jüngerer Vergangenheit. Im Jahre 2002 meinte das BVerwG, Verfassungsrecht zwingt ein berufsständisches Versorgungswerk nicht, für Zeiten des Mutterschutzes und der Kindererziehung eine beitragsfreie Mitgliedschaft vorzusehen. Und wies damit die Revision der klagenden Anwältin ab. Das war erkennbar nicht gleichstellungssensibel. Man könnte dies unter zumindest *einem* Aspekt allerdings milde beurteilen: Selbst der EuGH hat, und zwar noch im Jahr 2003, das Verbot, für Ärztinnen mit kleinen Kindern eine Facharzt-ausbildung in Teilzeit zwingend anzubieten, europarechtlich gebilligt. Eine gleichstellungswidrige Entscheidung! Leider fehlt dem EuGH im Konflikt widerstreitender Richtlinien noch das Auslegungsinstrument der "praktischen Konkordanz".

Aber zurück zu unserem Fall: Dem BVerfG jedenfalls lässt sich in den letzten 20 Jahren fehlendes Gleichstellungsbewusstsein nicht mehr nachsagen. Die Verfassungsbeschwerde gegen die Versorgungswerk-Entscheidung hatte Erfolg – die Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs.2 GG wur-

⁴⁷ So von Ulrike Schultz gefragt, in: Frauenbilder, NRW, 2005, S. 117 ff.

de festgestellt. Berichtenswert ist dies aus folgendem Grund: Aus dem Tatbestand des BVerfG erfährt man, dass der Deutsche Juristinnenbund die Verfassungsbeschwerde für begründet gehalten hat. Seine kluge Stellungnahme wird vom BVerfG als einzige ausführlichst wieder gegeben! Als ich dies las, dachte ich: Schade, dass das BVerwG den djb in solchen Fällen nicht auch befragen darf!