

Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Band 2

Umgekehrte Diskriminierung

Quotenregelungen zur Frauenförderung
im öffentlichen Dienst und in den politischen Parteien

Von

Dr. Ulrich Maidowski



Duncker & Humblot · Berlin

ULRICH MAIDOWSKI

Umgekehrte Diskriminierung

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

**Herausgegeben von
Wolfgang Graf Vitzthum
in Gemeinschaft mit
Martin Heckel, Ferdinand Kirchhof
Hans von Mangoldt, Thomas Oppermann
Günter Püttner
sämtlich in Tübingen**

Band 2

Umgekehrte Diskriminierung

Quotenregelungen zur Frauenförderung
im öffentlichen Dienst und in den politischen Parteien

Von

Dr. Ulrich Maidowski



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Maidowski, Ulrich:

Umgekehrte Diskriminierung: Quotenregelungen zur
Frauenförderung im öffentlichen Dienst und in den politischen
Parteien / von Ulrich Maidowski. – Berlin: Duncker u.

Humblot, 1989

(Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht; Bd. 2)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06669-3

NE: GT

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0935-6061

ISBN 3-428-06669-3

Meiner Mutter
und
dem Andenken meines Vaters

Inhaltsverzeichnis

Einführung	13
<i>1. Kapitel</i>	
„Umgekehrte Diskriminierung“ – Die Dimensionen des Problems	17
I. Die politische Konzeption: „Umgekehrte Diskriminierung“	17
1. Der „Kultureinfluß der Frau“: Ideal und Wirklichkeit der Frauenbewegung in Deutschland bis 1945	17
2. Verfassungsgarantie und Gleichheitsdefizit: Die Entwicklung seit 1945	28
3. Gleichberechtigung – Gleichstellung – Chancengleichheit: Zur begrifflichen Charakterisierung der gegenwärtigen Situation	35
4. „Umgekehrte Diskriminierung“ zur Frauenförderung: Konzeptionelle Grundlage und rechtliche Struktur	38
II. Die verfassungsrechtliche Problemstellung	44
1. Die Grundsatzfrage: Umgekehrte Diskriminierung als Gleichheitseinschränkung	44
2. Autonomie des öffentlichen Dienstes und Parteifreiheit: Umgekehrte Diskriminierung als Freiheitseinschränkung	46
III. Quotenregelungen im geltenden Recht	47
1. Quotenregelungen zur Förderung sozialer Minderheiten im geltenden Recht	48
2. Frauenförderung und die Förderung sozialer Minderheiten: Zur Vergleichbarkeit der rechtlichen Maßstäbe und sozialen Strukturen	53
3. Exkurs: Reverse Discrimination in den USA	57
<i>2. Kapitel</i>	
Die Gleichstellung von Mann und Frau im Internationalen Recht und im Europäischen Gemeinschaftsrecht	61
I. Internationales Recht	61
1. Verfassungsauslegung und Internationales Recht	61
2. Der thematische und institutionelle Rahmen	66

3. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	68
4. Gleichstellung von Frauen und Männern – Die Entwicklung der völkerrechtlichen Konzeption	70
a) Frauen als schutzbedürftige Gruppe minderen Rechts	71
b) Gleichberechtigung als Rechtsgleichheit	72
c) Gleichbehandlung und Chancengleichheit	74
d) Die Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women	77
5. Die Verwirklichung der Gleichstellung – Umgekehrte Diskriminierung als Handlungsmöglichkeit des Staates	82
II. Europäisches Gemeinschaftsrecht	88
1. Die konzeptionelle Grundlage: Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen	90
2. Umgekehrte Diskriminierung zur Frauenförderung im Europäischen Gemeinschaftsrecht	94
3. Die Konsequenzen für die innerstaatliche Rechtsordnung der Mitgliedstaaten	96
III. Ergebnis	99

3. Kapitel

Der verfassungsrechtliche Rahmen – Umgekehrte Diskriminierung als Gleichheitsproblem 101

I. Die Problemstellung: Gleichheitsdurchbrechung zur Gleichheitsverwirklichung	101
II. Die herrschende Auffassung: Umgekehrte Diskriminierung als Verfassungsverletzung	102
1. Art. 3 Abs. 2 GG als absolutes Differenzierungsverbot	102
2. Die biologische Verschiedenheit von Mann und Frau als Anknüpfungspunkt für umgekehrte Diskriminierung?	105
III. Die Gegenposition: Umgekehrte Diskriminierung als Verfassungsverwirklichung	108
1. Art. 3 Abs. 2 GG als Maßstab für eine Politik der umgekehrten Diskriminierung zur Frauenförderung	109
a) Die Emanzipation des Art. 3 Abs. 2 GG vom Einfluß des allgemeinen Gleichheitssatzes	109
b) Art. 3 Abs. 2 GG als programmatisches Signal: „Gleichberechtigung“ und „Kultureinfluß“ der Frau	112

c) Normdurchbrechung zur Normverwirklichung: Ausnahmen vom Grundsatz der Rechtsgleichheit	123
2. Umgekehrte Diskriminierung zur Frauenförderung als Handlungsmöglichkeit der öffentlichen Gewalt	126
a) Frauenförderung als Kompensation für normzielwidrige Benachteiligung der Frauen	127
b) Kompensatorische Frauenförderung zur Verwirklichung einer gerechten Gesellschaftsordnung	131
c) Rechtsgleichheit contra Grundrechtseffektivität – Art. 3 Abs. 2 GG als Status-Quo-Garantie?	134
d) Exkurs: Art. 3 Abs. 1 GG – Die Gefahr einer „Quotierungswelle“	136
IV. Ergebnis	137

4. Kapitel

Frauenförderung im Arbeitsleben – Umgekehrte Diskriminierung im öffentlichen Dienst

I. Bestandsaufnahme	139
1. Gleichstellungsdefizite im öffentlichen Dienst	139
2. Die Regelungen zur Frauenförderung im öffentlichen Dienst des Bundes und der Länder	142
3. Die Problemstellung	147
II. Umgekehrte Diskriminierung im öffentlichen Dienst: Leistungsprinzip und gleicher Zugang zu den öffentlichen Ämtern	149
1. Art. 33 Abs. 2 GG als Grundnorm des öffentlichen Dienstrechts	149
2. Frauenförderung bei gleicher Eignung: Ergänzung des Leistungsprinzips	154
a) Rechtmäßigkeit eignungsabhängiger Frauenförderung	154
b) Ineffektivität eignungsabhängiger Frauenförderung	157
3. Eignungsunabhängige Frauenförderung: Durchbrechung des Leistungsprinzips	158
4. Frauenförderung durch Verfahren: Konkretisierung des Leistungsprinzips	162
a) Inhaltliche Präzisierung des Leistungsprinzips	165
b) „Verrechtlichung“ des Ausleseverfahrens	169
III. Die Handlungsmöglichkeiten von Gesetzgeber und Verwaltung	172
1. Die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes als Schranke für Initiativen der Exekutive	173
a) Die Entscheidung für umgekehrte Diskriminierung als „wesentliche“ Entscheidung	173

b) Die Reichweite des Parlamentsvorbehalts	176
2. Die Personalgewalt der öffentlichen Dienstherrn als Schranke für Initiativen des Gesetzgebers	178
IV. Ergebnis	182

5. Kapitel

Frauenförderung im politischen Bereich – Umgekehrte Diskriminierung im Parteienrecht	184
I. Umgekehrte Diskriminierung zur Frauenförderung im Prozeß der politischen Willensbildung	184
II. Die Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers	189
1. Unterrepräsentation von Frauen in den politischen Parteien als demokratisches Funktionsdefizit	190
2. Die Parteifreiheit als Programmfreiheit – Grenzen gesetzgeberischer Gestaltung im politischen Raum	193
III. Die Handlungsmöglichkeiten der Parteien	196
1. „Ämterquotierung“	197
a) Die Ausgestaltungsmöglichkeiten	197
b) Die Problemstellung: Stimmrechtsgleichheit, Wahlentschließungsfreiheit und gleicher Zugang zu Parteiämtern	201
c) Das Gebot innerparteilicher Demokratie: Umgekehrte Diskriminierung zur Frauenförderung als Gefahr oder Chance?	203
2. „Mitgliederquotierung“	210
a) Die „Ablehnungsfreiheit“ der Parteien	210
b) Das Partizipationsrecht des Staatsbürgers	211
c) Mitgliederquotierung als programmatische Aussage?	215
3. Einzelfragen zur Ausgestaltung	216
a) Zahlenwert einer Quotierung – starre und flexible Quotenregelungen	216
b) Die Sanktionierung innerparteilicher Quotenregelungen	220
c) „Eignungsabhängigkeit“, Bindungsintensität und geschlechtsneutrale Formulierung von Ämterquoten	222
IV. Ergebnis	224
Fazit: Erste Ergebnisse und offene Fragen	225
Literaturverzeichnis	230

Abkürzungsverzeichnis

ADGE	Entwurf für ein Antidiskriminierungsgesetz, BT-Ds 10/6137
ArbplfG	Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung
BEvG	Bundesevakuiertengesetz
BMJFFG	Bundesminister für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit
BMJFG	Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit
BPolBG	Bundespolizeibeamtengesetz
BVFG	Gesetz über Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge
BVSG-NW	Gesetz über einen Bergmannsversorgungsschein im Lande Nordrhein-Westfalen
BWGöD	Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes
CHR	Commission on Human Rights
CSW	Commission on the Status of Women
ECOSOC	United Nations Economic and Social Council
EG	Europäische Gemeinschaften
EMRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EP	Europäisches Parlament
GA	General Assembly of the United Nations
GSA	Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates
HA	Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates
HChE	Herrenchiemseer Entwurf
HkG	Heimkehrergesetz
HRG	Hochschulrahmengesetz
ILO	International Labour Organization
L.N.T.S.	League of Nations Treaty Series
Schwbg	Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft
StenoProt	Stenographisches Protokoll der Sitzungen des Parlamentarischen Rates

SVG	Gesetz über die Versorgung der ehemaligen Soldaten der Bundeswehr und ihre Hinterbliebenen
UNESCO	United Nations Educational Scientific and Cultural Organization
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series
ZDG	Zivildienstgesetz

Einführung

Mit Art. 3 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes hat der Grundsatz der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zum ersten Male in der deutschen Verfassungsgeschichte in einer umfassenden und für alle Staatsgewalten verbindlichen Formulierung Eingang in eine deutsche Verfassung gefunden. Damit wurde, so schien es, im Jahre 1949 eine Entwicklung wieder aufgenommen und zum Abschluß geführt, die mit den Forderungen der historischen Frauenbewegung im 19. Jahrhundert begonnen hatte, und die schon in der Verfassung des Deutschen Reiches von 1919 ein leises Echo gefunden hatte, bis sie durch den Nationalsozialismus unterbrochen und ihrer ersten Erfolge wieder beraubt worden war. Auch die fortschreitende Umgestaltung der Rechtsordnung, die sich nach 1949 im Gefolge der neuen Verfassungsbestimmung vollzog – häufig allerdings erst unter Mitwirkung des Bundesverfassungsgerichts –, schien die normative Kraft der Vorschrift nachdrücklich zu bestätigen. Doch im Laufe der Zeit wurde deutlich, daß diese Egalisierung im Recht eine Veränderung der sozialen Lage der Frauen, der realen Gegebenheiten ihrer politischen Einflußmöglichkeiten und ihrer beruflichen Existenz, nicht in gleichem Maße zur Folge hatte. Frauen befinden sich vielfach auch heute noch in der sozialen Position einer Minderheit, obwohl sie die Mehrheit der Bevölkerung, der Wahlberechtigten und der Wähler bilden, und eine deutliche Unterrepräsentation von Frauen bestimmt zumindest auf den höheren Ebenen der politischen und wirtschaftlichen Hierarchien auch weiterhin das Bild – die Ziele der historischen Frauenbewegung sind bis heute nicht erreicht.

Die Suche nach einem Ausweg aus dieser Situation hat schließlich zu dem Vorschlag geführt, Frauen in der Konkurrenz mit Männern während einer Übergangszeit und im Gegensatz zu dem bloß „negativen“ Verbot der Ungleichbehandlung durch eine gezielte, „positive“, Förderung zu unterstützen. Dies soll auch die Abweichung vom Grundsatz der Rechtsgleichheit der Geschlechter, d. h. *Maßnahmen „positiver“ oder „umgekehrter Diskriminierung“ zur Frauenförderung*, einschließen.

Das Kernstück dieses Konzepts bilden „*Quotenregelungen*“, die die Präsenz von Frauen in denjenigen beruflichen und politischen Positionen erhöhen sollen, in denen Frauen bis heute kaum in Erscheinung treten, „unterrepräsentiert“ sind. Quotenregelungen räumen ihnen in der Konkurrenz um solche Positionen eine rechtliche Vorzugsstellung ein und sollen insbesondere private und öffentliche Arbeitgeber, Parteien, Hochschulen oder Wähler dazu verpflichten, so lange konkrete Entscheidungen für Frauen und gegen Männer zu

fällen, bis in den defizitären Bereichen ein vorgeschriebener Mindestanteil von Frauen erreicht ist.

Die rechtliche Gleichstellung von Frauen und Männern – obschon gerade sie der bisher deutlichste Erfolg der politischen Bewegung für die Verwirklichung der Gleichheit der Geschlechter ist – vermag nach diesem Konzept die Unterrepräsentation von Frauen nicht abzubauen, solange eine allzu krasse Diskrepanz zwischen Verfassungsrecht und sozialer Wirklichkeit die egalisierende Wirkung des Rechts nicht zur Entfaltung kommen läßt. Aus diesem Grunde soll die rechtliche Gleichstellung der Geschlechter zeitlich begrenzt wieder aufgegeben werden, bis eine *Gleichheit der Rechte* sich in einer von geschlechtsspezifischen Hemmnissen unbeeinflußten *Gleichheit der Chancen* widerspiegeln kann.

Seit dem Beginn der achtziger Jahre wird dieses Konzept, dessen Wurzeln in der verfassungsrechtlichen Debatte in den Vereinigten Staaten und auf der Ebene des Internationalen Rechts zu finden sind, in der Bundesrepublik Deutschland mit zunehmender Intensität erörtert, ohne daß sich bisher freilich ein Konsens darüber gebildet hätte, ob eine solche Politik die Gleichstellung der Geschlechter auf lange Sicht überhaupt zu befördern vermag. Ungeachtet dieser Differenzen werden erste Maßnahmen umgekehrter Diskriminierung bereits praktiziert: Neben die vor allem in privatwirtschaftlichen Unternehmen schon seit geraumer Zeit eingeführten Programme und Pläne zur Frauenförderung sind in mehreren politischen Parteien und in den meisten Bundesländern Regelungen getreten, die in unterschiedlichem Ausmaß eine *Rechtsungleichheit im Verhältnis der Geschlechter* etablieren.

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum hat diese Entwicklung bisher – mit wenigen Ausnahmen – kein nennenswertes Echo ausgelöst, obwohl sie die auf den Gleichheitssätzen der Verfassung beruhende rechtliche Ordnung der Konkurrenz von Frauen und Männern in radikaler Weise in Frage stellt. Gerade dieser Umstand begründet die besondere Schwierigkeit, dem Konzept der umgekehrten Diskriminierung gerecht zu werden; es ist nicht leicht, zwischen den Extremen völliger Ablehnung und vorbehaltloser Zustimmung den Weg zu einer nüchternen wissenschaftlichen Auseinandersetzung zu finden. Die vielgestaltigen konkreten Vorschläge und die bereits in geltendes Recht übernommenen Regelungen verlangen nach einer differenzierten rechtlichen Würdigung, und sie nötigen dazu, manche vertrauten Formulierungen des Verfassungstextes kritisch und unvoreingenommen „neu“ zu lesen. Für diese Aufgabe eine erste Grundlage zu schaffen, ist das Ziel der vorliegenden Arbeit; ihre Themenstellung ist in dreifacher Hinsicht eingegrenzt:

- Allein das *Phänomen der umgekehrten Diskriminierung* wird den Gegenstand der Untersuchung bilden, denn hier zeigen sich die charakteristischen Strukturen der „Frauenförderung“ in exemplarischer Schärfe. Überdies wird der Schwerpunkt der Überlegungen auf der Diskussion von *Quoten-*

regelungen als der praktisch wichtigsten rechtstechnischen Form der umgekehrten Diskriminierung liegen: hier vor allem führt die juristische Analyse in verfassungsrechtliches Neuland, und auch die politische Auseinandersetzung konzentriert sich heute auf diese umstrittene, weil besonders wirkungsvolle Strategie. Diejenigen Formen der Frauenförderung hingegen, die ohne eine Abweichung vom Grundsatz der Rechtsgleichheit der Geschlechter auskommen, bleiben damit außer Betracht.

- Es soll ausschließlich um die (verfassungs-) *rechtliche Bewertung* der umgekehrten Diskriminierung gehen; die Frage nach der Notwendigkeit und dem politischen Nutzen einer solchen Politik soll nur dort erörtert werden, wo sie für die juristische Argumentation von Bedeutung ist: Denn die mit wachsender Dringlichkeit erhobene Forderung nach umgekehrter Diskriminierung stellt mittlerweile auch unabhängig von der Frage ihrer politischen Zweckmäßigkeit eine Herausforderung dar, der der Gesetzgeber nicht länger ausweichen kann. Eine Bewertung der umgekehrten Diskriminierung unter rechtlichen Gesichtspunkten ist um so dringender geboten, als für den öffentlichen Dienst in Bund und Ländern Verwaltungsvorschriften zur Frauenförderung bereits bestehen und sich dem Vorwurf ausgesetzt sehen, in Verletzung materiellen Verfassungsrechts und überdies unter Mißachtung der gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative ergangen zu sein. Aus diesem Grunde soll nicht die politische Richtigkeit dieser Strategie erörtert werden, sondern es gilt, den rechtlichen Gestaltungsspielraum zu präzisieren, der die Möglichkeiten einer solchen Politik bestimmt. Dies erlaubt auch eine Beschränkung auf die verfassungsrechtlichen Probleme, die mit dem Vorschlag der umgekehrten Diskriminierung verbunden sind; Fragen des einfachen Rechts werden nicht behandelt.
- Die Überlegungen werden sich schließlich auf den *öffentlichen Dienst* sowie auf das Recht der *politischen Parteien* und damit auf zwei Sachgebiete konzentrieren, die für die Vorschläge und Regelungen umgekehrter Diskriminierung in der bisherigen Entwicklung eine besondere Rolle spielen. Andere Zielgebiete der Frauenförderung, die ebenfalls von besonderen verfassungsrechtlichen Regelungen geprägt sind und daher gesonderter Betrachtung bedürfen – die Hochschulen, der privatwirtschaftliche Sektor oder die Wahlen zu den Parlamenten –, werden hingegen ausgeklammert. Doch die Schlüsselfunktion, die dem öffentlichen Dienst auf dem Feld des Arbeitslebens und den Parteien für die politische Partizipation in Staat und Gesellschaft zukommt, rechtfertigt diese Begrenzung auf dem derzeitigen Stand der rechtspolitischen Entwicklung. Denn gerade in diesen beiden Bereichen hat sich das Konzept der umgekehrten Diskriminierung in der öffentlichen Diskussion schon so weit konkretisiert, daß erste Regelungsmodelle Eingang in die politische und rechtliche Praxis gefunden haben und damit als Diskussionsgrundlage dienen können.