

Hilger Bielefeld*

Erna Scheffler (1893–1983)

– Beiträge zur Interpretation des Art. 3 II GG

A. Einleitung

»Die reale, körperliche, seelische und gesellschaftliche Verschiedenheit zwischen Mann und Frau führt rechtslogisch ebensowenig zu einer Rechtsungleichheit wie die Ungleichheit nach Glauben, Herkunft, Rasse und Berufsstand«, verkündete *Erna Scheffler* in ihrem berühmten Referat auf dem 38. Deutschen Juristentag im Jahr 1950.¹ Es wird vermutet, dass dieses Referat der Hauptgrund dafür war, dass *Scheffler* im Jahr 1951 zur Richterin am Bundesverfassungsgericht ernannt wurde.² *Scheffler* war damit die erste und damals auch einzige Frau am neu gegründeten Gericht.³ In Würdigungen zum Geburtstag und in Nachrufen wird ihr Engagement für die Gleichberechtigung von Männern und Frauen betont.⁴

Aus dementsprechend gutem Grund findet sich aktuelle Forschung und Literatur zu *Scheffler*.⁵ Die Dissertation *Hansens* untersucht u.a. *Schefflers* Einfluss auf einige Leitentscheidungen.⁶ Soweit ersichtlich, ist eine Untersuchung hinsichtlich eines Einflusses von *Scheffler* auf das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts noch nicht erfolgt. Nach einem Überblick über das Leben und Wirken *Schefflers* (B.) soll deshalb das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts aus den 1950er Jahren dargestellt und auf Einflüsse *Schefflers* untersucht werden (C.).

Ein weiterer Schwerpunkt soll auf Beiträge *Schefflers* im Öffentlichen Recht gelegt werden (D.). Welche Entwicklungen gab es, wie positionierte sie sich?



Erna Scheffler in Richter-Robe des BVerfG (1961); Quelle: Bundesarchiv, B 237 Bild-017 / Fotograf: Simon Müller

Schlussendlich soll *Scheffler* an ihrer eingangs zitierten Aussage gemessen und die These überprüft werden, dass sie sich stets konsequent für die Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 II GG) einsetzte.

B. Überblick über Leben und Wirken

Über *Scheffler* wird gesagt, dass sie in all ihrem späteren Wirken von ihren Erfahrungen aus Jugendtagen geprägt gewesen sei.⁷ Aus diesem Grund soll zunächst ein Blick auf die Person hinter der roten Robe geworfen werden.

I. Kindheit und Jugend

»Am 21. September 1893 wurde ich als Tochter des inzwischen verstorbenen Fabrikbesitzers *Paul Friedenthal* und seiner Frau *Margarethe*, geb. *Kupfermann*, in Breslau geboren«,⁸ schrieb die damals noch unverheiratete *Erna Friedenthal* in dem ihrer Dissertation angehängten Lebenslauf. Nachdem ihre Großeltern väterlicherseits, ursprünglich jüdischen Glaubens, im Erwachsenenalter den evangelischen Glauben angenommen hatten, wurden

* Der Autor studierte Rechtswissenschaften in Göttingen und Wien; aktuell ist er Rechtsreferendar.

¹ *Scheffler*, Die Gleichberechtigung der Frau. In welcher Weise empfiehlt es sich, gemäß Art. 117 des Grundgesetzes das geltende Recht an Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes anzupassen?, in: Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des achtunddreißigsten Deutschen Juristentages in Frankfurt a. M. 1950, Teil B Bürgerlich-Rechtliche Abteilung (1951), B 6.

² *Ley*, Erna Scheffler †, NJW 1983, 1653 (1653); *Waldhoff*, Erna Scheffler – erste Richterin des Bundesverfassungsgerichts, JöR 2008, 261 (263 f.).

³ *Hansen*, Erna Scheffler (1893–1983). Erste Richterin am Bundesverfassungsgericht und Wegbereiterin einer geschlechtergerechten Gesellschaft (2019), S. 1.

⁴ Z.B. *Zweigert*, Erna Scheffler 80 Jahre, JZ 1973, 605 (605 f.); *Heck*, Erna Scheffler †, JZ 1983, 721 (721).

⁵ Etwa die Dissertation von *Hansen* (Fn. 3); zudem *Michl*, Erna Scheffler und die Willkür des NS-Regimes, NJW 2021, 3436–3440; *Thiel*, Erna Scheffler – erste Richterin des Bundesverfassungsgerichts und Pionierin bei der Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter, GRZ 2020, 149–157; *Döring*, Erna Scheffler, die erste Juristin am Bundesverfassungsgericht, Freilaw 2014, 49–51.

⁶ *Hansen* (Fn. 3), S. 131 ff.

⁷ *Lange*, Dr. Erna Scheffler, geb. Friedenthal (1893–1983), Eine Breslauerin – Erste Richterin am Bundesverfassungsgericht, in: Menzel (Hrsg.), Jahrbuch der schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau, Bd. XLII/XLIII/XLIV (2003), S. 521 (576).

⁸ *Friedenthal*, Straftilgende Maßnahmen (1915), Lebenslauf (im Anhang).

Scheffler und ihr jüngerer Bruder *Rudi* in diesem Glauben von den Eltern erzogen.⁹ Der Vater *Paul* war Ölmühleneigner, die Familie wohlhabend.¹⁰

Als *Scheffler* gerade einmal elf Jahre alt war, starb im Jahr 1904 ihr Vater nach schwerer Krankheit.¹¹ Die nun entstandene Lücke wurde von *Ernst Friedenthal*, einem Bruder *Pauls*, gefüllt, der zum Vermögensverwalter und Vormund der minderjährigen Kinder bestellt wurde.¹² *Scheffler* wurde bereits als Kind von ihrer Mutter auf die Wichtigkeit von Bildung und des Erlernens eines Berufs aufmerksam gemacht.¹³ Dass nun ihrer Mutter ein Mann als Entscheidungsträger vorgesetzt wurde, stieß *Scheffler* auf – und bestärkte sie in ihrem Wunsch, sich selbst in der Welt zurechtfinden zu können.¹⁴

Neun Jahre lang besuchte sie eine höhere Mädchenschule.¹⁵ Um die Schule mit dem Abitur beenden zu können, musste sie sich jedoch zwei Jahre lang privat vorbereiten, ehe sie die Reifeprüfung Ostern 1911 als »Extranea« bestand.¹⁶ Damit zeigt sich, dass *Scheffler* schon in ganz frühen Jahren einige Hürden zu überwinden hatte.

II. Studium und berufliche Anfänge

1. Ausbildung

Nachdem *Scheffler* während des Sommersemesters 1911 Medizin in Heidelberg studiert hatte, entschloss sie sich zu einem Wechsel des Studiengangs und studierte bis 1914 in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften.¹⁷ Die Erfahrungen, die sie während des Studiums machte, waren nicht nur positiv. *Scheffler* wurde etwa ob ihrer Anwesenheit von männlichen Kommilitonen mit den Füßen missbilligend »ausgeschartt« und ansonsten ignoriert – große Teile der Gesellschaft trauten Frauen ein Studium nicht zu und verweilten in alten Rollenbildern.¹⁸ Auch wenn Frauen seit 1908 in Preußen zum Studium zugelassen waren, durften sie

trotzdem kein Staatsexamen ablegen.¹⁹ *Scheffler* beendete ihr Studium deshalb im Jahr 1914 mit einer im Strafrecht angesiedelten Promotion zum Thema »Straftügende Maßnahmen«. Anstellungen fand sie in der Folge in Breslau als Hilfskraft eines Anwalts und bei Rechtsberatungsstellen in der Fürsorge; sie trat zudem dem »Deutschen Juristinnen Verein« bei.²¹

Im Jahr 1916 heiratete sie *Ernst Haßlacher*, einen ebenfalls promovierten Juristen und späteren Geschäftsträger der schlesischen Handelskammer in Berlin.²² Als empörend und einschneidend empfand sie es, nun auf die Zustimmung des Ehemannes angewiesen zu sein, wenn sie Bankangelegenheiten abwickeln wollte.²³ 1917 wurde die Tochter *Lore* geboren, ein Jahr später der bereits 1919 verstorbene Sohn *Rudi*. Dieser wurde nach *Schefflers* Bruder *Rudi Friedenthal* benannt, der im Ersten Weltkrieg 1916 gefallen war.²⁴

Beruflich war *Scheffler* von 1916 bis 1918 in der Justiz- und Finanzabteilung der deutschen Militärverwaltung in Brüssel beschäftigt.²⁵ Nach dem Ersten Weltkrieg arbeitete sie als Sachbearbeiterin sowie als Hilfskraft bei einem Berliner Anwalt.²⁶ Gute Neuigkeiten brachte das Jahr 1922: Durch Gesetz vom 11.7. wurden Frauen zu den juristischen Staatsprüfungen und den Berufen der Rechtspflege zugelassen.²⁷ *Scheffler* legte sowohl das Erste Staatsexamen im Jahr 1922 als auch im Jahr 1925 das Zweite Staatsexamen mit der Note »gut« ab.²⁸

2. »Die Juristin«

Anschließend arbeitete *Scheffler*, die seit 1923 von ihrem Mann geschieden war,²⁹ als Anwältin.³⁰

Im Jahr 1928 verfasste sie einen Beitrag über »Die Juristin«, welcher im Werk »Das moderne Buch der weiblichen Berufe« erschien. Das Werk sollte jungen Frauen Orientierung bei der Berufswahl geben.³¹ Der Beitrag *Schefflers* umfasste Studium, Abschluss des Referendariats und anschließende

⁹ *Lange* (Fn. 7), S. 521 (531); *Hansen* (Fn. 3), S. 9.

¹⁰ *Lange* (Fn. 7), S. 521 (536); *Jaeger*, Erna Scheffler, in: Deutscher Juristinnenbund e.V. (Hrsg.), *Juristinnen in Deutschland, Die Zeit von 1900 bis 2003*, Bd. 1, 4. Auflage (2003), S. 197 (197).

¹¹ *Röwekamp*, Scheffler, Erna, in: Deutscher Juristinnenbund e.V. (Hrsg.), *Juristinnen, Lexikon zu Leben und Werk* (2005), S. 348 (348).

¹² *Lange* (Fn. 7), S. 521 (537). Zur Rechtslage nach dem BGB: *Hansen* (Fn. 3), S. 11.

¹³ *Scheffler*, Einzige Frau im höchsten Gericht, Interview, *Frauenfunk* vom 24. Oktober 1959, <https://www.ardaudiothek.de/episode/sr-retro-frauenfunk/erna-scheffler-einzige-frau-im-hoechsten-gericht-oder-interview/sr/12409551/>, zuletzt abgerufen am 23.3.2024; *Jaeger* (Fn. 10), S. 197 (197); *Waldhoff* (Fn. 2), *JöR* 2008, 261 (261).

¹⁴ *Jaeger* (Fn. 10), S. 197 (197); *Röwekamp* (Fn. 11), S. 348 (348); *Guttman*, Erna Scheffler, in: Stadt Karlsruhe (Hrsg.), *Zwischen Trümmern und Träumen: Karlsruherinnen in Politik und Gesellschaft der Nachkriegszeit* (1997), S. 105 (105), bezeichnet dies als »Schlüsselerlebnis«.

¹⁵ *Friedenthal* (Fn. 8), *Lebenslauf* (im Anhang).

¹⁶ Ebd. Vor Ort gab es kein Mädchengymnasium, vgl. *Hansen* (Fn. 3), S. 13.

¹⁷ *Friedenthal* (Fn. 8), *Lebenslauf* (im Anhang); *Lange* (Fn. 7), S. 521 (539 f.).

¹⁸ *Hansen* (Fn. 3), S. 15 ff.

¹⁹ *Scheffler* (Fn. 13); *Guttman* (Fn. 14), S. 105 (105).

²⁰ *Scheffler* (Fn. 13); die Arbeit wurde mit magna cum laude bewertet, vgl. *Hansen* (Fn. 3), S. 18.

²¹ *Jaeger* (Fn. 10), S. 197 (197); *Röwekamp* (Fn. 11), S. 348 (348).

²² *Waldhoff* (Fn. 2), *JöR* 2008, 261 (262); *Röwekamp* (Fn. 11), S. 348.

²³ *Scheffler*, Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft im Wandel der Rechtsordnung seit 1918 (1970), S. 7; *Berkemann*, Erna Scheffler (1893–1983) – Bericht über eine versuchte Biographie, *DVBl* 2020, 1101 (1102).

²⁴ Zum Ganzen *Lange* (Fn. 7), S. 521 (544); *Zeidler*, Gedenkrede des Herrn Vizepräsidenten Prof. Dr. W. Zeidler anlässlich der Trauerfeier für BVR a.D. Dr. Erna Scheffler am 13. Juni 1983, 15:00 Uhr, in der *Jakobskirche* in Wolfartsweyer (1983), S. 6.

²⁵ *Zeidler* (Fn. 24), S. 6.

²⁶ *Waldhoff* (Fn. 2), *JöR* 2008, 261 (262); *Lange* (Fn. 7), S. 521 (545).

²⁷ *RGBl.* 1922 I S. 573.

²⁸ *Zeidler* (Fn. 24), S. 5.

²⁹ *Lange* (Fn. 7), S. 521 (544).

³⁰ *Scheffler* (Fn. 13).

³¹ Vgl. *Janke*, Vorwort, in: ders. (Hrsg.), *Das moderne Buch der weiblichen Berufe*, Unter Mitwirkung zahlreicher Fachverbände (1928), S. 3 (3).

Berufsbilder.³² Zudem gab sie Hinweise und Tipps. So sollte die Allgemeinbildung geschult werden und für praktische Übungen und Seminare wurde Mitarbeit empfohlen.³³ Während sie – möglicherweise um Interessentinnen nicht von vornherein abzuschrecken – die selbst erlebten, für Frauen schwierigen Studienbedingungen nicht ausbreitete, zeichnete sie beim Berufseinstieg gewisse Schwierigkeiten nach: So könne es sein, dass angesichts »heute noch herrschender Anschauungen der älteren Beamten« Frauen beim Zugang zur Laufbahn als Verwaltungsjuristin ihr Geschlecht im Wege stehen könnte.³⁴ Schwierig könne es zudem in der Anwaltschaft sein, als Frau zu einem älteren Kollegen in »irgend eine engere oder losere Berufsbeziehung« zu kommen, wengleich ihr etwa von Mandantenseite keine Vorurteile begegnet seien.³⁵ Scheffler zeichnete damit, anders als etwa die damalige Landgerichtsrätin *Maria Hagemeyer*, ein wohl recht realistisches Bild der damaligen Zeit. Denn *Hagemeyer* schrieb im Jahr 1932 in einem vergleichbaren Werk ebenfalls einen Beitrag zum Berufsbild »Die Juristin«, in welchem sie zwar von anfänglichem Erstaunen der nicht weiblichen Akteure, in der Folge aber von keinerlei beruflichen Schwierigkeiten für Frauen im juristischen Arbeitsumfeld berichtete.³⁶ Vielmehr schrieb sie von Anwältinnen, die »zum Teil eine ansehnliche Praxis haben«.³⁷

Allerdings beschrieb auch *Scheffler*, wie sie Banken beriet und von Anwaltskollegen und Richtern respektiert wurde, sodass auch sie die Möglichkeit eines guten Einkommens nicht ausschloss.³⁸ In dem Beitrag charakterisierte *Scheffler* den Anwaltsberuf zudem als ehfreundlich, da man ihn durch »Verbindung von Büro und Wohnung im eigenen Heim ausüben« könne.³⁹ Als sie das Mindestalter für Frauen von 35 Jahren erreichte, wechselte sie jedoch in den Staatsdienst.⁴⁰

III. Entlassung 1933

Man kann wohl ahnen, dass das Jahr 1933 für eine Frau, deren Vorfahren jüdischen Glaubens waren, keine guten Nachrichten bereithielt. Nachdem *Adolf Hitler* am 30.1. Reichskanzler geworden war, setzte die »Ariergesetzgebung« ein und *Scheffler* wurde zeitnah entlassen.⁴¹ Ungeklärt ist, ob ihre jüdischen Wurzeln zur Ruhestandsversetzung führten. Von offizieller Seite ging man, trotz vorheriger Zweifel, weiterhin von ihrer »arischen« Abstammung aus.⁴²

32 *Haßlacher-Friedenthal*, Die Juristin, in: Janke (Hrsg.), Das moderne Buch der weiblichen Berufe, Unter Mitwirkung zahlreicher Fachverbände (1928), S. 211–220.

33 *Haßlacher-Friedenthal* (Fn. 32), S. 211 (212).

34 *Haßlacher-Friedenthal* (Fn. 32), S. 211 (214).

35 *Haßlacher-Friedenthal* (Fn. 32), S. 211 (218).

36 *Hagemeyer*, Die Juristin, in: Neundörfer (Hrsg.), Frauengedanken zum Beruf (1932), S. 48 (50 f.).

37 *Hagemeyer* (Fn. 36), S. 48 (51).

38 *Haßlacher-Friedenthal* (Fn. 32), S. 211 (218).

39 *Haßlacher-Friedenthal* (Fn. 32), S. 211 (217 f.).

40 *Waldhoff* (Fn. 2), JöR 2008, 261 (262).

41 Vgl. *Berkemann* (Fn. 23), DVBl 2020, 1101 (1103).

42 *Michl* (Fn. 5), NJW 2021, 3436 (3437 f.).

1934 durften *Erna* und *Georg Scheffler*, ihr späterer zweiter Ehemann, nicht heiraten: Als Richter musste *Georg Scheffler* die Erlaubnis staatlicher Stellen einholen und einen Herkunftsnachweis für seine Frau erbringen.⁴³ Dass die Heirats-erlaubnis versagt wurde, ist wohl ein Indiz, dass zumindest dem Justizministerium *Erna Schefflers* jüdische Wurzeln bekannt waren.⁴⁴ In Zeiten von zunehmendem Antisemitismus lebte sie gefährlich und so wundert es nicht, dass 1937 Tochter *Lore* zum Medizinstudium nach England auswanderte.⁴⁵ *Scheffler* selbst blieb jedoch in Berlin.⁴⁶ Insbesondere die Wannseekonferenz von 1942 und die dort beschlossene »Endlösung der Judenfrage« spitzten für sie als »Halbjüdin« die Situation noch einmal zu und brachten sie in (potenzielle) Lebensgefahr.⁴⁷

IV. Zeiten des Aufschwungs

Nach Kriegsende war es endlich so weit: *Erna* konnte am 31.5.1945 *Georg Scheffler* heiraten.⁴⁸ Zudem glückte der berufliche Wiedereinstieg, sie begann im selben Jahr wieder als Richterin in Berlin zu arbeiten.⁴⁹ *Scheffler* empfand diese Zeit als ihre in richterlicher Hinsicht interessanteste. Das Gericht sei noch klein gewesen und es galt aus der Fülle des menschlichen Lebens zu entscheiden.⁵⁰ Als ihr Mann in Düsseldorf eine Stelle als Richter antrat, folgte sie ihm nach. Sie musste jedoch ein Jahr aussetzen, da die *Schefflers* nicht als Ehepaar an einem Gerichtszweig arbeiten durften. In der Folge wurde sie Landesverwaltungsgerichtsrätin.⁵¹

Im Jahr 1950 hielt *Scheffler* ein vielbeachtetes Referat auf dem 38. Deutschen Juristentag (DJT) in Frankfurt am Main.⁵² In dem Referat sollte sie über (rechtliche) Gleichberechtigung von Männern und Frauen sprechen und dem Gesetzgeber diesbezügliche Reformvorschläge unterbreiten.⁵³ *Scheffler* selbst hielt dieses Referat rückschauend für geglückt und für den entscheidenden Schritt, um 1951 zur ersten und einzigen Richterin am Bundesverfassungsgericht gewählt zu werden.⁵⁴ Sie wurde im Jahr 1959 wiedergewählt und war bis 1963 am Bundesverfassungsgericht tätig.⁵⁵

V. Späte Jahre

Nachdem *Scheffler* 1963 in den Ruhestand ging, zog sie sich nicht aus der Öffentlichkeit zurück.⁵⁶ Vielmehr intensivierte

43 *Lange* (Fn. 7), S. 521 (548).

44 *Michl* (Fn. 5), NJW 2021, 3436 (3439).

45 *Berkemann* (Fn. 23), DVBl 2020, 1101 (1104 f.).

46 *Lange* (Fn. 7), S. 521 (547 f.).

47 *Michl* (Fn. 5), NJW 2021, 3436 (3437 f.); *Berkemann* (Fn. 23), DVBl 2020, 1101 (1104).

48 *Jaeger* (Fn. 10), S. 197 (198).

49 *Lange* (Fn. 7), S. 521 (549).

50 *Scheffler* (Fn. 13).

51 Zum Ganzen *Scheffler* (Fn. 13); *Jaeger* (Fn. 10), S. 197 (198); *Lange* (Fn. 7), S. 521 (550).

52 *Hansen* (Fn. 3), S. 96 ff.

53 *Scheffler* (Fn. 1), B 3 ff.; Überblick bei *Hansen* (Fn. 3), S. 101 ff.

54 *Scheffler* (Fn. 13).

55 *Hansen* (Fn. 3), S. 125.

56 *Hansen* (Fn. 3), S. 161.

sie ihr gesellschaftliches Engagement und wirkte aktiv in verschiedenen Verbänden mit (etwa im Landesfrauenring; zudem war sie Mitglied der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Vorsitzende des Deutschen Akademikerinnenbundes und stellvertretende Vorsitzende des Deutschen Juristinnenbundes), hielt Vorträge, nahm an Tagungen teil und war Sachverständige vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages.⁵⁷ Scheffler starb am 22.5.1983 bei ihrer Tochter in London.⁵⁸

C. Scheffler und das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts

Am Bundesverfassungsgericht war Scheffler im Ersten Senat tätig.⁵⁹ Das von diesem stammende Gleichberechtigungsurteil aus dem Jahr 1953 wird als Grundsatzentscheidung in Gleichberechtigungsfragen beurteilt.⁶⁰ Gleichwohl auftretende Kritik verleiht dem Urteil einen etwas ambivalenten Charakter.⁶¹ Dieser soll, zunächst mit dem Ziel, welches Frauenbild sich in der damaligen Zeit am Bundesverfassungsgericht herauskristallisierte, herausgearbeitet werden. Anschließend werden einschlägige Beiträge Schefflers analysiert.

I. Das Gleichberechtigungsurteil von 1953 als Meilenstein

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte klar, dass Art. 3 II GG – gerade in Abkehr zur Weimarer Zeit – kein bloßer Programmsatz, sondern vielmehr eine unmittelbar wirkende, echte Rechtsnorm sei.⁶²

Einerseits wurde Gleichberechtigung damit als etwas rechtlich bereits Geltendes unterstrichen.⁶³ Andererseits galt beispielsweise das BGB mit Inkrafttreten des Grundgesetzes fort: Um Chaos im Bereich des weitgehend verfassungswidrigen Familienrechts zu verhindern, war dem Gesetzgeber durch Art. 117 I GG eine Übergangsfrist eingeräumt worden, bis zum 31.3.1953 sämtliche Art. 3 II GG entgegenstehenden Vorschriften anzupassen. Diese Frist war umsetzungslos abgelaufen.⁶⁴ Damit herrschte Unklarheit, wie einzelne Gerichte zu verfahren hatten. Durch das Urteil wurde klargestellt, dass Art. 3 II GG im Einzelfall unmittelbar anzuwenden sei. Es wurde also Aufgabe des einzelnen Richters, das dem Art. 3 II GG entgegenstehende Recht zu

identifizieren, nicht anzuwenden und dadurch entstandene Lücken im Wege der Rechtsfortbildung auszufüllen.⁶⁵

Beachtlich ist ferner, dass das Gericht feststellte, dass Art. 6 I GG der Wirkung des Art. 3 II GG als echter Rechtsnorm nicht entgegenstehe.⁶⁶ Damit erfolgte die weitere Klarstellung, dass das Institut der Ehe mit seinen klassischerweise einhergehenden Rollenbildern prinzipiell nichts ist, was der Gleichberechtigung vorgehe.⁶⁷ Eine solche Auffassung war angesichts einiger Traditionalisten in den frühen 1950er Jahren nicht selbstverständlich.⁶⁸

Diese Feststellungen stärkten die Rolle der Frau, insoweit war das Urteil ein Meilenstein. Weshalb sollte man dennoch Kritik äußern?

II. Zugleich: »biologische« und »funktionale« Unterschiede

Die Antwort kann darin gefunden werden, dass das Gericht nicht bei der Feststellung stehenblieb, dass Art. 3 II GG eine echte Rechtsnorm sei. »Es bedarf kaum eines Hinweises, daß im Bereich des Familienrechts im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig ist«, ergänzte der Erste Senat seine Interpretation.⁶⁹

Indem das Bundesverfassungsgericht »funktionale (arbeits-teilige) Unterschiede« hervorhob, erkannte es damit zwar weitestgehend die gesellschaftliche Realität an.⁷⁰ Jedoch musste aus einer solchen Arbeitsteilung, die keine Naturgesetzlichkeit ist, die finanzielle Abhängigkeit der Ehefrauen resultieren, wenn sie sich um Haushalt und Kinder kümmerten und ihrerseits kein Einkommen hatten. Demnach handelte es sich bei der vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Funktionszuweisung um keine innereheliche Aufgabenteilung auf Augenhöhe, sondern um ein Über-Unter-

57 Vgl. Waldhoff (Fn. 2), JöR 2008, 261 (266 f.); Guttmann (Fn. 14), S. 105 (108 f.).

58 Hansen (Fn. 3), S. 169 f.

59 Jaeger (Fn. 10), S. 197 (199).

60 Hohmann-Dennhardt, Das Bundesverfassungsgericht und die Frauen, in: von Ooyen/Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System (2006), S. 253 (255); Rust, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur garantierten Gleichberechtigung, Beilage zu »Das Parlament«, APuZ 2001, 26 (26).

61 Vgl. z.B. Hansen (Fn. 3), S. 140 f.

62 BVerfGE 3, 225 (239 f.); vgl. Bacher, Sind Männer und Frauen gleichberechtigt? Verfassungsänderung und Verfassungswandel am Beispiel des Artikel 3 II des Grundgesetzes (1996), S. 124 ff.

63 Hansen (Fn. 3), S. 141.

64 BVerfGE 3, 225 (226).

65 BVerfGE 3, 225 (242 ff.). Das nach Art. 100 I GG dem BVerfG vorliegende OLG Frankfurt a. M. hielt deshalb die Gewaltenteilung und Rechtssicherheit für verletzt, vgl. insgesamt zum (komplizierten) Sachverhalt BVerfGE 3, 225 (226 f.); anschaulich Darmstadt, Verschlussache Karlsruhe: Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, 2. Auflage (2019), S. 101 ff.

66 BVerfGE 3, 225 (241 f.).

67 Vgl. Bacher (Fn. 62), S. 127.

68 Hübner, Gleiche Rechte für Mann und Frau, in: Beitzke/Hübner (Hrsg.), Die Gleichberechtigung von Mann und Frau (1950), S. 43 (48), berief sich auf eine »uralte Kultursitte« (jedenfalls des Abendlandes); ebenso Bosch, Gleichberechtigung im Bereich der ehelichen Gewalt, SJZ 1950, Sp. 625 (627); ders., Familienrechtsreform (Eheschließung – Ehescheidung – Gleichberechtigung von Mann und Frau – Recht des unehelichen Kindes), Zwei Vorträge (1952), S. 97.

69 BVerfGE 3, 225 (242).

70 Rückschluss auf die innerfamiliäre Rolle der Frau in der (frühen) Bonner Republik gibt, dass im Jahr 1950 12,8 % und noch 1961 lediglich 26,8 % (zu Zeiten des Wirtschaftswunders!) der mit einem lohnabhängigen Ehemann verheirateten Frauen marktmäßig erwerbstätig waren: Müller/Willms/Handl, Strukturwandel der Frauenarbeit 1880–1980 (1983), S. 63 (Tabelle 1).

ordnungsverhältnis.⁷¹ Dadurch, dass die Funktionsteilung nun als ein legitimes Differenzierungskriterium anerkannt wurde, ließ sie sich im Ergebnis potenziell unendlich weiterführen.⁷² Letztlich schränkte das Urteil die Justiziabilität des Art. 3 II GG – zugunsten tradiert Rollenvorstellungen und zulasten der Frauen – also wieder ein.⁷³

Nur kurz erwähnt sei eine Zuspitzung, die das Gericht im Jahr 1957 im sog. Homosexuellen-Urteil vornahm: Unter Betonung »biologischer Verschiedenheiten«⁷⁴ von Mann und Frau wurde argumentiert, dass »der auf Mutterschaft angelegte Organismus der [lesbischen] Frau unwillkürlich den Weg weist, auch dann in einem übertragenen sozialen Sinne fraulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist.«⁷⁵ Das Gericht nahm damit äußerst stereotype Betrachtungen vor und sah Frauen unabhängig von ihrer wirklichen Lebenssituation stets in einer natürlichen Mutterrolle.⁷⁶

III. Beiträge Schefflers in der Gleichberechtigungsdebatte

Im Folgenden soll erörtert werden, ob und wie sich *Schefflers* Einfluss auf das beschriebene, problematische Frauenbild bewerten lässt.

Die beiden angesprochenen Urteile vom Ersten Senat stammten aus der Zeit, in der *Scheffler* ihm angehörte. Die Entscheidung im Homosexuellen-Urteil fiel einstimmig aus.⁷⁷ Im Gleichberechtigungsurteil von 1953 war *Scheffler* sogar Berichterstatterin.⁷⁸ Sie bekam damit die Gelegenheit, ein Votum vorzubereiten.⁷⁹ Gelang es ihr, mit diesem die

(männlichen) Senatskollegen von ihrem Standpunkt zu überzeugen oder setzten diese sich durch? Für die Beantwortung der Frage bietet es sich an, anhand von Referaten und Publikationen *Schefflers* einen Eindruck von ihrer Denkweise zu bekommen und diese Beiträge auf Parallelen zum Urteil abzugleichen.

1. Der Deutsche Juristentag 1950 als Ausgangspunkt

Einen Ausgangspunkt stellt *Schefflers* Referat auf dem 38. Deutschen Juristentag im Jahr 1950 zu dem Thema »Die Gleichberechtigung der Frau. In welcher Weise empfiehlt es sich, gemäß Art. 117 GG das geltende Recht an Art. 3 II GG anzupassen?«, von ihr selbst im Nachgang als recht wirkmächtig eingeschätzt, dar.⁸⁰

Die Gleichberechtigung der Geschlechter könne nur bedeuten, dass die »natürliche Verschiedenheit der Geschlechter rechtlich nicht als verschiedener Tatbestand gewertet werden darf.«⁸¹ Frauen rechtlich nicht gleichzustellen, nur weil »es früher immer anders gewesen sei«, lehnte sie ab.⁸² Unter Bezugnahme auf einen Aufsatz von *Heinrich Mitteis* setzte sie sich schließlich mit der funktionellen Geschlechterverschiedenheit auseinander. Anlässlich des anstehenden Juristentages trieb *Mitteis* im April 1950 die Frage der grundgesetzlich gebotenen Umsetzung der Geschlechtergleichberechtigung (Art. 117 I GG) um.⁸³ Er erkannte eine »gehobene [...] Stellung der Frau im modernen Sozial- und Kulturleben« zwar an.⁸⁴ *Sum cuique*, »[n]icht ›Jedem dasselbe‹, sondern ›Jedem das gleiche‹«, fuhr er fort: Es gehe nicht um eine »mechanische ›Gleichschaltung‹, [...] sonder[n] nur [um] eine funktionelle Gleichbehandlung, die davon ausgeht, daß Mann und Frau verschiedene gesellschaftliche Aufgaben zu erfüllen haben.«⁸⁵

Der Sache nach führte *Mitteis* die Argumentationslinie derjenigen fort, die bereits in den 1920er Jahren und zu Beginn der 1930er Jahre im Rahmen von Umsetzungsdiskussionen des programmatisch verstandenen Art. 119 WRV eine natürliche Verschiedenheit von Mann und Frau feststellten und für durchaus »gleichwertige«, nicht aber identische Rechte eintraten.⁸⁶ Insbesondere war es für *Friedrich Wilhelm*

71 *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 (1979), S. 50 f.

72 Vgl. *Reich-Hilweg* (Fn. 71), S. 52; *Berkemann*, Ist das Recht männlich? – Zum Frauenbild des BVerfG in seinen frühen Jahren, DVBl 2014, 137 (145 f.); *Slupik*, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, Zur Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in Recht und Wirklichkeit (1988), S. 116; *Leicht-Scholten*, Das Recht auf Gleichberechtigung im Grundgesetz, Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von 1949 bis heute (1999), S. 98.

73 Vgl. *Sacksosky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 2. Auflage (1996), S. 50; *Reich-Hilweg* (Fn. 71), S. 51; *Berkemann* (Fn. 72), DVBl 2014, 137 (148); *Hohmann-Dennhardt* (Fn. 60), S. 253 (255 f.), unterschlägt diese Problematik ein wenig, indem sie vor allem die »Vorreiterrolle« (S. 257) des Gerichts herausstellt.

74 BVerfGE 6, 389, (430).

75 BVerfGE 6, 389 (426).

76 *Sacksosky*, Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Rudolf (Hrsg.), Geschlecht im Recht, Eine fortbestehende Herausforderung (2009), S. 191 (213 f.); *Dröner*, Das ›Homosexuellen-Urteil‹ des Bundesverfassungsgerichts aus rechtshistorischer Perspektive (2020), S. 135.

77 *Dröner* (Fn. 76), S. 151, der zufolge *Scheffler* das Ergebnis mittrug – zumal sich *Schefflers* öffentliche Äußerungen zur Gleichberechtigung auf andere Gebiete als das der Homosexualität erstreckten, sodass kein Widerspruch vorliege.

78 BArch, 237/92160, Aktenzeichen 1 BvL 106/53 (Deckblatt Verfahrensakte).

79 *Darmstadt* (Fn. 65), S. 104 ff.

80 *Scheffler* (Fn. 1), B 3 ff. Das Korreferat hielt *Eugen Ulmer*.

81 *Scheffler* (Fn. 1), B 4, 6.

82 *Scheffler* (Fn. 1), B 5.

83 *Mitteis*, Die Anpassung des Familienrechts an das Bonner Grundgesetz, SJZ 1950, Sp. 241–248.

84 *Mitteis* (Fn. 83), SJZ 1950, Sp. 241 (241).

85 *Mitteis* (Fn. 83), SJZ 1950, Sp. 241 (241). Ähnlich (wenngleich nicht ausdrücklich von »Funktionalität« sprechend – vielsagend ist dafür, dass man angesichts des Aufsatztitels die gesetzgeberische Anpassung für ein Problem hielt) klang im Vorfeld des 38. DJT z.B. *Schnorr von Carolsfeld*, Über das Problem der rechtlichen Gleichstellung von Mann und Frau nach der Bonner Bundesverfassung, JR 1950, 417 (417 f.); zudem *Creifelds*, Die Gleichberechtigung der Frau im deutschen Recht, Ein gesetzgeberisches Problem der Gegenwart, JR 1950, 449 (450 f.).

86 Etwa *Kipp*, Vortrag des Berichterstatters, Verhandlungen über das Thema: Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristen-

Bosch, der ebenfalls am Juristentag teilnahm, auch über den Juristentag hinaus ein starkes Anliegen, dass es eine »präjuristische Ordnung« mit dem Mann als »chef de famille« gebe. Er machte sich für eine christlich geprägte Wertordnung stark, in der es zur Vermeidung von Anarchie eines Letztentscheidungsrechts bedürfe, das sinnvollerweise nur der Mann ausüben könne.⁸⁷

Scheffler hingegen reihte sich mit ihrem Referat in die Reihe derjenigen ein, die einen Geschlechtsunterschied ablehnten:⁸⁸ Der sog. funktionelle Unterschied sei kein brauchbares Kriterium für positive Gesetzesvorschläge.⁸⁹ In diese Richtung argumentierte mit *Hildegard Krüger* eine weitere zeitgenössische Frauenrechtlerin, welche eine funktionale Verschiedenheit unter Verweis auf Wissenschaftler auf sakrale und rituelle Gründe zurückführte.⁹⁰ Sicherlich ist bei den Aussagen *Schefflers* zu beachten, dass sie die Interessen der Frauenbewegung auf dem 38. DJT vertrat.⁹¹ Insofern wäre es ein wenig verwunderlich gewesen und hätte ihrer dortigen Rolle widersprochen, wenn sie sich gegen eine rechtliche Gleichheit ausgesprochen hätte. Dennoch war der Auftritt nicht nur ihrem Bekanntheitsgrad zuträglich, sondern vermittelte einen ersten Eindruck von ihren Positionen.

2. Im Vorfeld des Gleichberechtigungsurteils

Interessant erscheint zudem ein im Mai 1953 publizierter Aufsatz zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung.⁹² In diesem Aufsatz bezog *Scheffler* Stellung

tages (Hrsg.), Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages (Heidelberg), Zweite Sitzung der II. Abteilung, Sitzung vom 12. September 1924 (1925), B 344 (345); Nipperdey/*Wieruszowski*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. II: Art. 118–142 (1930), S. 80 f.

87 *Bosch*, Diskussionsbeitrag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des achtunddreißigsten Deutschen Juristentages in Frankfurt a. M. 1950, Teil B Bürgerlich-Rechtliche Abteilung (1951), B 60–91, positionierte sich gegen eine völlige »Leitsatzlosigkeit« (B 61) und für ein väterliches Letztentscheidungsrecht (B 92 f.). Sexistisch waren seine Beispiele, anhand derer die Notwendigkeit der (männlichen) Letztentscheidung dargelegt werden sollte und in denen stets die Frau diejenige war, welche für die falsche Entscheidung optierte, vgl. ders. (Fn. 68), SJZ 1950, Sp. 625 (633 ff.). Vgl. auch ders. (Fn. 68), S. 59 (»Hierarchie oder Anarchie«), S. 87 f. (Zitate des Theologen Emil Brunner, die u.a. auf eine funktionale Ungleichheit von Mann und Frau abstelten), S. 96 (»natürliche Eheordnung«).

88 Vgl. z.B. *Rebstein-Metzger*, Gutachten über die Frage: Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechenden Art. 119 Abs. 1 Satz 2 RVerf. einer Änderung?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages (1931), B 540 (546).

89 *Scheffler* (Fn. 1), B 6; im Nachgang zum DJT auch dies., Noch einmal die Gleichberechtigung der Frau, Zum Grundsatzbeschluss der 1. Abteilung des 38. Deutschen Juristentages, DRiZ 1951, 8 (8 f.).

90 *Krüger*, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu den Witwerrenten, NJW 1957, 1209 (1210); dies., Erster Teil: Einleitung, in: Gleichberechtigungsgesetz: Kommentar (1958), S. 26.

91 *Hansen* (Fn. 3), S. 97 f.

92 *Scheffler*, Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung,

zu einzelnen Vorschlägen eines gescheiterten Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zur Überarbeitung des Familienrechts.

Die bestehende Vorschrift zur »Schlüsselgewalt« (§ 1357 BGB von 1900) sei mit Art. 3 II GG vereinbar, schrieb *Scheffler*. Verkehrsschutzaspekte, ähnlich wie bei § 56 HGB, rechtfertigten, dass die Frau den Mann rechtsgeschäftlich verpflichten dürfe und nicht auch andersherum der Mann seine Frau. Denn die Verschiedenartigkeit der Vorschrift beruhe »nicht auf personeller, sondern auf funktioneller Differenzierung«.⁹³ Es sei die Hausfrau, die einkauft. Augenfällig ist zudem ihre Anmerkung zu § 1360 BGB aus dem Kabinettsentwurf.⁹⁴ Und auch im Güterrecht hielt sie die Gütertrennung für keine gute Lösung, wenn nicht beide Ehegatten erwerbstätig seien: »Gerade die Hausfrauenehe aber [...] bedarf des besonderen Schutzes.«⁹⁵

Schefflers Formulierungen ähnelten insoweit der Passage aus dem späteren Gleichberechtigungsurteil, in welchem eine Differenzierung aufgrund der »funktionalen (arbeits teiligen) Unterschiede« für erlaubt und sogar notwendig erklärt wurde.⁹⁶ Allerdings finden sich in *Schefflers* Aufsatz auch Unterschiede zum späteren Urteil: Sie stellte klar, dass Art. 3 GG (im Fall der Schlüsselgewalt) eine »gleiche Stellung für den Mann bei ausnahmsweisem Austausch der Funktionen« gebiete.⁹⁷ Sollte also, wider den damals überwiegend anzutreffenden Begebenheiten, ein Mann den Haushalt besorgen und seine Frau erwerbstätig sein, so sollte auch der Mann seine Ehefrau rechtsgeschäftlich verpflichten können. Genauso forderte *Scheffler* eine Unterhaltsgewährung nicht an das Geschlecht, sondern an die Funktion zu knüpfen, »so daß z.B. die erwerbstätige Frau eines kranken oder verletzten Mannes [...] die gleiche Art von Unterhaltspflichten hat wie sonst der Mann und umgekehrt.«⁹⁸ An dieser Stelle formulierte sie also sehr klar die Forderung nach geschlechtsneutralen Regelungen.

Auch ihre Aussage zum Vorschlag des § 1360 BGB aus dem Kabinettsentwurf stand in dem Kontext, dass »der funktionale Unterschied nie als Vorwand zu persönlicher Differenzierung missbraucht werden« dürfe.⁹⁹ Der Gedanke verdeckter bzw. mittelbarer Diskriminierung spielt noch heute in unserer Rechtsordnung etwa im Bereich der Rechtsprechung eine wichtige Rolle.¹⁰⁰ So stellte auch ihre

DRiZ 1953, 85 (85).

93 *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (86).

94 *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (88): »[...] daß Art. 3 zwar personeller, nicht aber funktionaler Differenzierung entgegensteht [...]«.

95 Ebenfalls unter Verweis darauf, dass die Verschiedenheit nicht im Personellen, sondern in der Arbeitsteilung begründet sei; *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (88).

96 BVerfGE 3, 225 (242).

97 *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (86); ähnlich *Krüger*, Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung, DRiZ 1953, 82 (84).

98 *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (86).

99 *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (88); ebenso dies., Die Gleichberechtigung der Frau im neuen Recht, Die Mädchenbildung 1951, 30 (31) (»Hintertür der funktionalen Verschiedenheit«).

100 Z.B. BVerfG NZA 2016, 939 (941).

Forderung, die Hausfrauehe zu schützen, wiederum keine christlich oder naturrechtlich aufgeladene Argumentation dar, wie *Bosch* sie gern zu nutzen pflegte.¹⁰¹ Im Gegenteil stand ihrer Ansicht nach weder die Schöpfungs- noch die Heilsordnung der Gleichberechtigung entgegen.¹⁰² Vielmehr wollte sie zum Ausdruck bringen, dass Ehefrauen wirtschaftlich schlecht stünden, wenn sie lediglich im Haushalt arbeiteten und auf eigenen Erwerb verzichteten.¹⁰³ Aus diesem Grunde sollte die Hausfrau insbesondere bei einer Scheidung finanziell abgesichert werden.¹⁰⁴

3. Zwischenfazit: Schefflers Urteil?

Anders als *Krüger*, welche lediglich aufgrund des »Komplexes Mutterschaft« geschlechtsspezifische Regelungen als legitim ansah,¹⁰⁵ lässt sich für *Scheffler* festhalten, dass sie den Begriff der funktionalen Arbeitsteilung aufgriff. Zentral für ihr Funktionalitätsverständnis ist aber kein christlich oder naturrechtlich geprägtes Verständnis, wonach die Geschlechterrollen vordeterminiert und starr wären. Vielmehr ging es ihr darum, auf rechtlicher Ebene Regelungen zu finden, um die jeweiligen Funktionen, welche die Ehegatten in einer Beziehung einnehmen können, auszutarieren. Auch wenn sie diese begriffliche Differenzierung aufgriff, lag sie mit konservativen Meinungsvertretern wie *Bosch* nicht auf einer Linie: *Scheffler* legte damals tatsächlich anzutreffende Geschlechterrollen als empirischen Normalfall, aber gerade nicht einzig denkbare Ausgestaltung einer innerhehlichen Rollenverteilung zugrunde.

Was sich nicht fand, war eine klarere Positionierung *Schefflers* für ein Aufweichen der traditionellen Rollenbilder auf gesellschaftlicher Ebene: Obwohl geschlechtsneutrale, funktionsorientierte Regelungen vorgeschlagen wurden, sollte dennoch etwa eine Unterwerfung der Frau unter den Willen des Mannes aus religiösen Gründen möglich sein.¹⁰⁶ Wenngleich es verständlich scheint, Privatpersonen die innerfamiliäre Rollenzuweisung selbst vorzunehmen lassen, so differenzierte sie zwischen einer rechtlichen und einer gesellschaftlich-soziologischen Realität. Gerade von einer beruflich derart erfolgreichen Frau wie *Scheffler*, die sich in einer wichtigen gesellschaftlichen Position befand, hätte man angesichts des vorherrschenden Konservatismus wohl eine klarere appellative Forderung erwartet, die verstärkt auch auf die Durchbrechung der gesellschaftlichen Realität hätte hinwirken können.¹⁰⁷ Die Positionierung, dass »[d]ie ›Funktion‹ der Frau, ihr ›Beruf‹ als Hausfrau und Mutter, [...] also mit Gleichberechtigung überhaupt nichts zu tun [hat]«,¹⁰⁸ verkannte insofern, dass das Recht nicht nur (auf an sich geschlechtsneutraler Basis) Ist-Zustände regeln

sollte, sondern auch auf einen gerechteren Soll-Zustand hinwirken kann. Ansonsten würden auch geschlechtsneutrale Regelungen aufgrund der gesellschaftlichen Realität die Geschlechter lediglich in ihren klassischen Rollen adressieren. Das Recht lässt sich nicht von der sozialen Wirklichkeit trennen. Deshalb war *Schefflers* Auffassung vom Gleichberechtigungsgrundsatz für die damalige Zeit wohl fortschrittlich, aber nicht allzu radikal.¹⁰⁹

Wie bereits festgestellt, ähnelte *Schefflers* Formulierung der funktionalen Differenzierung dem entsprechenden Abschnitt aus dem Gleichberechtigungsurteil. Hinsichtlich des Urteils ist zu konstatieren, dass in diesem nicht sämtliche weitergehende Klarstellungen *Schefflers* anzutreffen waren. Der Gedanke verdeckter Diskriminierung fand sich nicht wieder.¹¹⁰ Anders als von *Scheffler* wurde nicht auf die »Hintertür« oder Verdeckungsmöglichkeit für Geschlechterdiskriminierung hingewiesen, die in funktionellen Differenzierung mitschwang. Gerade im Kontext naturrechtlicher¹¹¹ und christlicher Herleitungsversuche der familiären Ordnung in den frühen 1950er Jahren waren die im Urteil anzutreffenden Formulierungen somit interpretationsanfällig. Immerhin wurde auch im Urteil die Haushaltsführung, die »in der Regel« die Frau übernehme, der Erwerbsarbeit des Mannes gleichgestellt und sich Gedanken darüber gemacht, wie der wirtschaftlich schwächere Ehegatte – »in der Regel die Frau« – am Ertrag der gemeinsamen Lebensarbeit zu beteiligen sei, wozu sich *Scheffler* (s.o. C.II.2.) ebenfalls positioniert hatte.¹¹²

Angesichts ähnlicher Formulierungen und Gedanken scheint ein Einfluss *Schefflers*, trotz mancher Verkürzung ihrer oben dargelegten Position, auf das im Urteil anzutreffende Funktionalitätskriterium also vorhanden zu sein.¹¹³ Stützen lässt sich diese Analyse dadurch, dass das Votum vom 15.9.1953, welches *Scheffler* bereits sechs Tage nach ihrer Ernennung als Berichterstatterin vorlegte, die im Urteil später anzutreffenden Formulierungen enthielt, wonach Differenzierungen, die »nach der Natur des Lebensverhältnisses auf biologischen oder funktionellen Unterschieden beruhen«, zulässig seien.¹¹⁴ Sogar Fußnoten ähneln sich, so entspricht etwa Fußnote 2 auf S. 23 des Votums in ihrem Hinweis auf *Fritz Stier-Solmo* der Fußnote 12 aus Seite 86 ihres Aufsatzes aus dem Jahr 1953. Der Aufsatz scheint ihrem Votum also als (verkürzte) Vorlage gedient zu haben.

¹⁰¹ Absolute Gleichberechtigung als Häresie, vgl. *Bosch* (Fn. 68), S. 57.

¹⁰² *Scheffler* (Fn. 99), Die Mädchenbildung 1951, 30 (34).

¹⁰³ *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (88).

¹⁰⁴ *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (88) (flexibel »nach Art der Innengesellschaft«); ähnlich dies. (Fn. 89), DRiZ 1951, 8 (8 f.).

¹⁰⁵ Vgl. *Krüger* (Fn. 90), S. 120 f.

¹⁰⁶ *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, 85 (88).

¹⁰⁷ Im Jahr 1970 kam sie dem nach: vgl. *Scheffler* (Fn. 23), S. 31 ff.

¹⁰⁸ *Scheffler* (Fn. 92), DRiZ 1953, (85) 86.

¹⁰⁹ Vgl. *Thiel* (Fn. 5), GRZ 2020, 149 (153). *Krüger* etwa dürfte man als radikaler ansehen, wenn sie (im Vergleich zu *Boschs* heiliger Ordnung geradezu diametral) bereits die binäre Geschlechterordnung anzweifelte: *Krüger* (Fn. 90), S. 23 f.

¹¹⁰ *Berkemann* (Fn. 72), DVBl 2014, 137 (144).

¹¹¹ Hier sei der BGH um Präsident *Hermann Weinkauff* erwähnt, vgl. bereits das vorbereitende Gutachten zum Gleichberechtigungsurteil, BGHZ 11, Anhang, 34 ff.; zur BGH-Rechtsprechung *Dröchner* (Fn. 76), S. 121 ff.

¹¹² BVerfGE 3, 225 (245 f.).

¹¹³ Vgl. auch *Hansen* (Fn. 3), S. 142 ff.

¹¹⁴ BArch B 237/1000360, Aktenzeichen 1 BvL 92/53 (Entscheidungsentwurf *Scheffler*, 15.09.1953), S. 24. Eine Abweichung findet sich in der Wendung »funktionellen« (Votum) gegenüber »funktionalen« (Urteil), wobei jeweils »arbeitsteiligen« in Klammern gesetzt wird.

Höpker-Aschoff, der Senatsvorsitzende, war nach Vorlage des Votums auch nur insoweit anderer Meinung als *Scheffler*, als er den Normenkontrollantrag für unzulässig hielt und einen anderen Ansatz für eine grundsätzliche Möglichkeit verfassungswidrigen Verfassungsrechts (um Art. 117 I GG auf seine Verfassungskonformität zu überprüfen) als *Scheffler* wählte.¹¹⁵ Ein dahingehendes Hinwirken auf ein Einfügen oder ein Interventionsversuch hinsichtlich der Formulierung der »biologischen oder funktionellen (arbeits teiligen)« Unterschiede ist nicht ersichtlich, zumal *Scheffler* das Votum überaus zeitnah nach ihrer Bestimmung zur Berichterstatterin vorlegte. Demnach bestand kein großer Diskurszeitraum mit ihren Kollegen. *Darnstädt* geht vielmehr davon aus, dass *Scheffler* Kenntnis von der Vorlage des OLG bekommen hatte und, da der BGH damals nach § 80 I BVerfGG a.F. in Normenkontrollverfahren stets ein vorbereitendes Gutachten ausarbeitete, sich auf inoffiziellem (innerhalb Karlsruhes nicht allzu langem) Wege Informationen dazu besorgte und insofern ausreichend Zeit hatte, einen Entwurf vorzubereiten.¹¹⁶

Auch wenn Berichterstatter selten ein Urteil und daraus folgende Grundsätze in Gänze allein prägen,¹¹⁷ scheint hier – gerade hinsichtlich der Formulierungen zur Gleichberechtigung – ein solch seltener Fall vorzuliegen.

D. Forderungen nach Gleichberechtigung im Öffentlichen Recht

In dem Referat, das *Scheffler* auf dem 38. DJT hielt, beschäftigte sie sich nicht nur mit der Frage, was Gleichberechtigung der Geschlechter im Allgemeinen bedeutet. Während sie es als die Hauptaufgabe ihres Korreferenten *Ulmer* begriff, familienrechtliche Überlegungen anzustellen, sah sie es als ihre Hauptaufgabe an, zu Themen des Öffentlichen Rechts Stellung zu beziehen.¹¹⁸

In der Folge sollen mit der Zölibatsklausel und der Hinterbliebenenversorgung zwei Themen *Schefflers* verstärkt in den Blick genommen werden, welche die berufliche bzw. versorgende Seite – und damit Aspekte der angenommenen »funktionellen« Unterschiede – betrafen.

I. Die beamtenrechtliche Zölibatsklausel

Bei der Zölibatsklausel handelte es sich um § 63 des Deutschen Beamtengesetzes (DBG) in der Fassung vom 30.6.1950.¹¹⁹ Diese Regelung sah vor, dass ein »weiblicher

Beamter« entlassen werden konnte, wenn seine wirtschaftliche Versorgung durch Eheschließung gesichert war.

1. Hintergründe

Nachdem bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts erste Zölibatsklauseln im Deutschen Reich aufkamen¹²⁰ und auch die Weimarer Reichsverfassung trotz Art. 128 II keine nachhaltige Verbesserung nach sich zog,¹²¹ verschlechterte sich die Lage der Beamtinnen während der NS-Zeit weiter. Im Unterschied zu bisher bestehenden Ermessensvorschriften hatten die Behörden gem. § 63 DBG die Entlassung vorzunehmen, wenn die wirtschaftliche Versorgung der Frau gesichert war.¹²² Der Zweck dieser Regelung wurde darin gesehen, »den Arbeitsmarkt zu entlasten, das Doppelverdienertum einzuschränken, und die Frau wieder mehr ihrem eigentlichen Beruf als Gattin und Mutter zuzuführen«.¹²³

Nach dem Krieg wurde die Zölibatsklausel durch ein Militärgesetz abgeschafft.¹²⁴ Allerdings dauerte es nicht lange bis eine neue Fassung des § 63 DBG – diesmal als Ermessensentscheidung konzipiert – vom noch neuen Bundestag beschlossen wurde.¹²⁵ Ausdrücklich festzuhalten ist, dass diese Wiedereinführung im Mai 1950 kein Versehen war. Bereits in der ersten Beratung »zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes stehenden Personen« wies der SPD-Abgeordnete *Walter Menzel* auf die Verfassungswidrigkeit der geplanten Wiedereinführung von § 63 DBG hin.¹²⁶ Gleichwohl stellte sich der Bundesjustizminister *Thomas Dehler* (FDP) auf den Standpunkt, dass eine heiratende Beamtin einen anderen Beruf, nämlich den als Frau und Mutter, wähle und die durchschnittliche Arbeitsleistung einer verheirateten Frau nur 70 % des Normalen betrage.¹²⁷

2. Schefflers Standpunkt

Scheffler war alarmiert. Entschieden wendete sie sich auf dem 38. DJT u.a. gegen die während der NS-Zeit vorgebrachten Argumente: Wenn man dem »Doppelverdienertum« entgegenreten wolle, um Arbeitsplätze zu schaffen, müsse man auch Nachkommen wohlhabender Menschen freistellen und Besserverdiener wie Ärzte müssten, sobald

¹¹⁵ BAArch B 237/1018278 (Bemerkungen zu dem Votum von Frau Dr. Scheffler zu Art 117 GG, 12.10.1953), S. 2 ff.

¹¹⁶ *Darnstädt* (Fn. 65), S. 104 ff.

¹¹⁷ *Kranenpohl*, Herr des Verfahrens oder nur Einer unter Acht? Der Einfluss des Berichterstatters in der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, *ZfRSoz* 2009, 135 (161).

¹¹⁸ *Scheffler* (Fn. 1), B 3; Überblick bei *Thiel* (Fn. 5), GRZ 2020, 149 (153 ff.). Vgl. zum Ehegattensplitting auch die Entscheidung des Ersten Senats aus dem Jahr 1957: BVerfGE 6, 355.

¹¹⁹ Vgl. BGBl. 1950 I S. 279 ff. (290).

¹²⁰ Vgl. *Eichel*, Deutschland, deine Lehrer: Warum sich die Zukunft unserer Kinder im Klassenzimmer entscheidet (2014), S. 180; *Bölling*, Sozialgeschichte der deutschen Lehrer. Ein Überblick von 1800 bis zur Gegenwart (1983), S. 96.

¹²¹ RGBl. 1923 I S. 999; RGBl. 1932 I S. 245.

¹²² RGBl. 1933 I S. 435; RGBl. 1937 I S. 51.

¹²³ *Brand*, Das Deutsche Beamtengesetz (DBG), 4. Auflage (1942), S. 533.

¹²⁴ VOBl. für die britische Zone 1949, S. 57 ff.

¹²⁵ BGBl. 1950 I S. 207 (208).

¹²⁶ *Menzel*, Redebeitrag, Deutscher Bundestag, 18. Sitzung, Bonn, den 24. und 25. November 1949, Plenarprotokoll 1/18, S. 457: »fröhliche Wiedergeburt des [...] Reichsbeamtengesetzes von 1937«.

¹²⁷ *Caemmerer*, Zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht, Drei Stellungnahmen, AöR 76 (1950/51), 144 (150), der auf seine Korrespondenz mit *Dehler* verweist.

es es sich leisten könnten, zu arbeiten aufhören.¹²⁸ Nach der Logik vom »Doppelverdienertum« nähmen auch sie Arbeitsplätze weg. Als ein weiteres »Gefühlsargument« bezeichnete sie die natürliche Mütterrolle – da doch Frauen gerade auch gegen Ende des Zweiten Weltkrieges Arbeit verrichtet hatten.¹²⁹ Eine Wiedereinführung des § 63 DBG verstieße gegen Art. 12 GG.

Anders als behauptet, schütze die Zölibatsklausel nicht Ehe und Familie, vielmehr richte sie sich gegen diese.¹³⁰ Art. 117 I GG sei wiederum keine Rechtsgrundlage, um dem Art. 3 II GG entgegenstehendes Recht zu erlassen, sondern lediglich eine Übergangsvorschrift zur Verhinderung einer überstürzten Anpassung des bereits geltenden (verfassungswidrigen) Rechts.¹³¹ Insofern hätte die Zölibatsklausel nicht wieder eingeführt werden dürfen und sei zu streichen.¹³²

Zahlreiche weitere Rechtswissenschaftler lehnten eine derartige Klausel ab, sodass die Streichung der Zölibatsklausel mehrheitlich gefordert wurde.¹³³ Auf bereits verlorenem Posten strebte die Deutsche Bundespost, u.a. mit dem Vortrag finanzieller Gründe, eine Beibehaltung an.¹³⁴ Im Jahr 1953 wurde die Zölibatsklausel schließlich, ohne vertiefte Diskussion im Bundestag, beim Erlass des neuen, nun nicht mehr vorläufigen Bundesbeamtengesetzes gestrichen.¹³⁵

Schefflers Stellungnahmen waren ein klarer Appell für die Gleichberechtigung. Sie nutzte die Bühne des DJT, um sich von den nationalsozialistischen Begründungen der Regelung zu distanzieren. Ihre ablehnenden Ausführungen entsprechen in ihrer Reihenfolge den Gründen, die *Brand* in seinem Kommentar zum Beamtengesetz von 1937 auf-

führte (s.o. unter D.I.1.). Ihre Anspielungen auf Art. 12 GG sowie ihr Zitat des Württ.-Bad. Verwaltungsgerichtshofes, »diesen staatspolitischen Zweck« (d.h. die Hausfrauen- und Mutterrolle) nicht zum Gegenstand beamtenrechtlicher Erwägungen machen zu können,¹³⁶ betonten, dass Frauen kein Gegenstand des Allgemeinwohls sind. Spinnt man den Gedanken *Schefflers* weiter, sollen Frauen dem Staat gerade nicht derart untergeordnet sein, dass sie nur gebärende Hausfrau sein können oder nur ein von der Männerwelt verschmähter, alleinstehender »Blaustrumpf«, der irgendwie materiell überleben muss und nur deshalb arbeiten darf. Zumal *Scheffler* als arbeitende Mutter selbst die Erfahrung gemacht hat, dass man als Frau Familie und Berufstätigkeit vereinbaren kann. Es kann demnach gerade nicht darum gehen, Frauen als Gegenstand staatlicher Verfügungsgewalt zu betrachten, sondern ihnen selbst Rechte einzuräumen.

Die äußerst konservative Auffassung des damaligen Bundesjustizministers zeigt dabei umso mehr, wie wichtig Ausführungen wie diejenigen *Schefflers* in der jungen Bonner Republik waren – und wie gegenläufig und überkommen die Argumente zur Begründung der Zölibatsklausel wirken. Aus heutiger Sicht scheint es fragwürdig, dass *Scheffler* von »illegitimen Beziehungen« und dem »Konkubinat« sprach, die ebenso wie Scheidungen durch Zölibatsklauseln bestärkt werden würden.¹³⁷ Man sollte dabei jedoch nicht übersehen, dass sie selbst geschieden und während des Zweiten Weltkrieges mit ihrem späteren Ehemann *Georg* in einer zur damaligen Zeit »illegitimen« Beziehung lebte.¹³⁸ Ihre Formulierungen scheinen deshalb ein Stilmittel zur Verdeutlichung zu sein, dass eine Zölibatsklausel Paaren das Zusammensein erschwerte.

Skepsis kann die Aussage erwecken, dass man einer Beamtin, wenn sie bei Verheiratung ausscheiden möchte, einen finanziellen Anreiz anbieten könnte.¹³⁹ Allerdings schien *Scheffler* hier auch auf den Wunsch der Beamtinnen abzustellen – und sah dies als Alternative, d.h. als milderes Mittel, zur gesetzlichen Regelung an, die schließlich eine Behörde einseitig berechnete. Später schloss sie sich zudem der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts an, wonach Zölibatsklauseln in Arbeitsverträgen im Regelfall rechtswidrig seien.¹⁴⁰ Deshalb dürfte der Vorschlag einer Abfindung nichts an der ablehnenden Grundhaltung *Schefflers* ändern.

II. Witwerrenten

Auf dem 38. DJT äußerte sich *Scheffler* auch erstmals zur beamtenrechtlichen Hinterbliebenenversorgung.

128 *Scheffler* (Fn. 1), B 14.

129 *Scheffler* (Fn. 1), B 15; bezeichnend ist eine Verordnung aus dem Jahr 1942, die weiblichen Beamten die Kündigung nun sogar erschwerte, vgl. RGBL 1942 I S. 580 f.

130 Schließlich hätten Unverheiratete keine Probleme, *Scheffler* (Fn. 1), B 15; vgl. bereits ihren Aufsatz aus dem Jahr 1928: *Haßlacher-Friedenthal* (Fn. 32), S. 211 (216); *Scheffler*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. 4 Hb. 1 (1960), S. 245 (318).

131 *Scheffler* (Fn. 1), B 16.

132 *Scheffler* (Fn. 1), B 16 f.

133 *Scheffler/Krüger*, Die beamtenrechtliche Stellung der Frau, in: *Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten* (Hrsg.), *Neues Beamtentum* (1951), S. 186 (199 Fn. 14 m.w.N.); a.A. *Jellinek*, Zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht, Drei Stellungnahmen, AöR 1950/51, 137 (140): »hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums«; dagegen *Scheffler/Krüger*, a.a.O., S. 186 (198).

134 Vgl. *Scheffler*, Zölibatsklausel für die Postbeamtin?, RdA 1951, 137 (137 f.), die eine entsprechende Stellungnahme des Postministers als geringfügiges finanzielles Staatsinteresse bewertete und »praktische Argumente« wie mangelnde Arbeitsleistung verwarf; für eine Zölibatsklausel *Lindgen*, Nochmals Stellungnahme zur Weitergeltung von § 63 DBG und § 17 TO A, Zeitschrift Post- und Fernmeldewesen 1952, 269 (269 ff.); keine »Zölibatsklausel [...], sondern [...] Festlegung einer Inkompatibilität zweier [Hausfrau und Beamter] den Menschen total ausfüllenden Berufe«: *Küchenhoff*, Die Einwirkung der Heirat auf die beamten- und arbeitsrechtliche Stellung der Frau im Bundesrecht, Archiv Post- und Fernmeldewesen 1952, 488 (499 ff.).

135 BGI. 1953 I S. 551 ff.; *Anders*, Bundesbeamtengesetz (1953), S. 11.

136 *Scheffler* (Fn. 1), B 15.

137 *Scheffler* (Fn. 1), S. 15; dies. (Fn. 134), RdA 1951, 137 (138).

138 Zumal sie über ihr damaliges »Konkubinat« scherzte, vgl. *Zeidler* (Fn. 24), S. 8.

139 *Scheffler* (Fn. 1), B 16.

140 *Scheffler* (Fn. 130), S. 245 (318 f.); zuvor BAGE 4, 274.

1. Forderung nach Einzelfallgerechtigkeit

Scheffler widmete sich in Frankfurt u.a. § 97 DBG in der Fassung vom 30.6.1950.¹⁴¹ Danach erhielt die Witwe eines (Ruhestands-)Beamten Witwengeld – nicht jedoch der Witwer einer Beamtin. *Scheffler* merkte dazu an, dass diese Regelung nicht mehr den »heutigen Verhältnissen« entspreche.¹⁴² Es sei nicht einzusehen, warum eine Witwe, wenn sie über Einkommen verfüge, einen vollen Anspruch habe, ein einkommens- oder mittelloser Witwer jedoch keine Unterstützung bekomme. Stattdessen schlug sie vor, die Regelungen geschlechtsunabhängig an die Unterhaltsverpflichtung der Ehegatten anzuknüpfen. Im Regelfall würden demnach weiterhin nur Ehefrauen Witwengeld erhalten. Schließlich würden Frauen zumeist den Haushalt führen und Männer Geld verdienen. Allerdings »würden alle Unbilligkeiten der Einzelfälle vermieden« werden.¹⁴³

Auch in ihrer Kommentierung zur Ehe und Familie im »Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte« aus dem Jahr 1960 bewertete sie die wirtschaftliche Bedeutung der Frau im Renten-, Beihilfen- und Pensionswesen für noch nicht hinreichend berücksichtigt. Sie äußerte ihr Unverständnis, warum die »unvollständige« Familie nach dem Tode der Frau schlechter behandelt werden solle als nach dem Tode des Mannes.¹⁴⁴

2. Die typisierte Bedarfsermittlung in der modernen Massengesellschaft

Dennoch urteilten *Scheffler* und ihre Senatskollegen im Juli 1963 anders:¹⁴⁵ Witwer und Witwe seien unterschiedlich zu behandeln, Grundrechte (insbesondere Art. 3 II GG) stünden dem nicht entgegen, hieß es aus Karlsruhe.¹⁴⁶ Zur Überprüfung stand das Angestelltenversicherungsgesetz (AVG), welches die Rente einer Angestelltenwitwe ohne weitere Bedingung (§ 41 AVG von 1957¹⁴⁷) vorsah. Die entsprechende Rente eines Witwers setzte hingegen gem. § 43 I AVG a.F. voraus, dass die Verstorbene den Unterhalt der Familie überwiegend bestritt.

Das Gericht begründete dies mit der unterschiedlichen Rolle von Mann und Frau. Zum Leitgedanken wurde erklärt, dass eine bestimmte typische Bedarfssituation auszugleichen sei.¹⁴⁸ Sterbe der berufstätige Mann, entstehe bei der Ehefrau eine Einbuße.¹⁴⁹ Auch wenn eine Frau erwerbstätig sei, sei »Haushaltsführung Beruf der Frau und – von Not-situationen abgesehen – ihr wesentlichster Unterhaltsbei-

trag«.¹⁵⁰ Ehemänner hingegen, auch solche erwerbstätiger Frauen, seien durch die Haushaltsführung ihrer Frau in der Erwerbsmöglichkeit gerade gefördert, da sie schließlich nicht im Haushalt tätig würden.¹⁵¹ Demzufolge bestehe regelmäßig lediglich für Frauen ein finanzieller Bedarf nach dem Tod des Ehegatten. Männer seien hingegen nur bedürftig, wenn ihre Frau den Erwerb überwiegend bestritten habe. Die unterschiedliche erwerbswirtschaftliche Situation von Witwer und Witwe hätte »ihre Wurzel in der funktionalen Verschiedenartigkeit ihrer Leistungen für die durch den Tod zerstörte eheliche Gemeinschaft«.¹⁵² Das Gericht nahm eine typisierende Betrachtung der Rollen von Mann und Frau vor, die man im Rahmen der »bevorzugenden«, darreichenden Verwaltung vertretbar fand.¹⁵³

3. Der innere Zwiespalt der Richterin Scheffler

Im Jahr 1967 erklärte der Zweite Senat hingegen beamtenrechtliche Vorschriften für verfassungswidrig, die den Anspruch eines Beamtinnenwitwers – im Unterschied zur Beamtinnenwitwe – davon abhängig machten, dass die Frau im Zeitpunkt ihres Todes dem Ehemann finanziell unterhaltspflichtig war.¹⁵⁴

Man kann sich möglicherweise auf den Standpunkt stellen, dass das beamtenrechtliche Alimentationsprinzip eine unterschiedliche Behandlung gegenüber Witwerrenten in anderen Rechtsgebieten (wie dem AVG) rechtfertigen könnte.¹⁵⁵ Von dieser rechtsdogmatischen Frage abgesehen, würde man damit aber *Schefflers* Ansicht nicht ausreichend würdigen. Denn einerseits stellte sie, die 1967 nicht mehr am Bundesverfassungsgericht tätig war, im Vergleich der beiden Urteile rückblickend fest, »in welcher Wandlung auch unsere Rechtsvorstellungen begriffen sind«.¹⁵⁶ Zum anderen hielt sie selbst es in einem Korreferat auf der Regionaltagung des Deutschen Sozialgerichtsverbandes im Jahr 1966 für richtig, das Beamtenrecht im Vergleich zum AVG heranzuziehen. Schließlich ginge es jeweils darum, Unterhalts-Ersatz-Ansprüche für Familienmitglieder zu regeln.¹⁵⁷

Im Jahr zuvor hatte sie in einem Aufsatz die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dargestellt und die unterschiedliche Behandlung des Witwer- und Witwenrechts mit einer unterschiedlichen Bedarfssituation erklärt.¹⁵⁸ Dabei

141 BGBl. 1950 I S. 294 f.

142 *Scheffler* (Fn. 1), B 18.

143 Zum Ganzen *Scheffler* (Fn. 1), B 18; vgl. auch *Scheffler/Krüger* (Fn. 133), S. 186 (203 ff.).

144 *Scheffler* (Fn. 130), S. 245 (315 f.).

145 BVerfGE 17, 1; 17, 38; 17, 86.

146 BVerfGE 17, 1.

147 BGBl. 1957 I S. 101.

148 BVerfGE 17, 1 (17).

149 BVerfGE 17, 1 (21).

150 BVerfGE 17, 1 (20).

151 BVerfGE 17, 1 (21 f.).

152 BVerfGE 17, 1 (22).

153 BVerfGE 17, 1 (23 ff.).

154 BVerfGE 21, 329.

155 In die Richtung BVerfGE 21, 329 (349).

156 *Scheffler* (Fn. 23), S. 28.

157 *Scheffler*, Korreferat A zu Grundgesetz und soziale Sicherung der Hinterbliebenen, in: Deutscher Sozialgerichtsverband (Hrsg.), Verhandlungen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Ehe und Familie im Sozialversicherungs- und Versorgungsrecht (1967), S. 47 (52 f.); kritisch zu der Annahme eines Unterhaltersatzes: *Frey/Scheime/Wersig*, Jahre Witwen- und Witwerrenten – (k)ein Auslaufmodell? (2015), S. 168 ff.

158 *Scheffler*, Gleichheit im Recht, Ein Querschnitt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dem Verfassungsgebot der Gleichheit im Recht, DAG-Hefte 1965, 79 (86 f.).

ist bemerkenswert, dass sie darauf abstellte, dass u.a. durch verschiedene Regelungen im Bereich der Witwen- und Witwerrenten »der biologischen und der damit verknüpften funktionellen Besonderheit in der Lage der Frau schützend und schonend Rechnung« getragen werde.¹⁵⁹

Scheffler schloss sich auch 1966 der vorangegangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an: Man würde lediglich Frauen, die im Einzelfall keinen Bedarf hätten, bevorzugen sowie Männer, deren Frau nur geringfügig mehr zum Unterhalt beitrage.¹⁶⁰ In der modernen Massengesellschaft sei eine gesetzliche Typisierung unentbehrlich. Andernfalls müsste jeder Einzelfall geprüft werden, was in der Praxis unpraktikabel wäre und damit einen sachlichen Grund für eine grobe Typisierung darstelle.¹⁶¹

Bei diesen Aussagen liegt auf der Hand, dass sie sich im Widerspruch zu Schefflers vorherigen Forderungen nach Einzelfallgerechtigkeit und der Uneinsichtigkeit der Besserstellung von Familien nach dem Tod des Mannes gegenüber dem Tod der Frau befinden. Auch lässt sich wohl die Frage aufwerfen, inwiefern sich ihr ursprünglich als allgemeingültig formulierter Gedanke, dass bestehende Ungleichheiten der Geschlechter rechtlich keine Auswirkung haben dürften, zumindest im Bereich des Hinterbliebenenrechts noch aufrecht erhalten lässt.¹⁶² Schließlich rechtfertigte Scheffler nun Regelungen, die sie in ihren Beiträgen vor 1963 als lebensfremd und ungerecht empfand. Bedenklich ist zudem, dass Frauen jedenfalls indirekt zur Haushaltsführung verpflichtet wurden – im Urteil knüpfte die funktionale Betrachtung klar an das Geschlecht an.¹⁶³ Das Leitbild der Hausfrauenehe wurde beibehalten. Ein »ausnahmsweiser Austausch der Funktionen«, d.h. mit der Frau als Alleinverdienerin und dem Mann als Haushälter, den Scheffler 1953 noch für möglich zu halten schien, erübrigte sich so.

Möglicherweise lässt sich die Kritik aber trotzdem einschränken. Die Forderungen Schefflers vom DJT und auch ihre Kommentierung aus dem Jahr 1960 waren insofern theoretischer Natur, als sie sich noch nicht praktisch mit der Materie auseinandergesetzt hatte. Schefflers Kehrtwende erfolgte, nachdem sie selbst an der Rechtsprechung beteiligt war. Das Urteil aus dem Jahr 1963 wiederum fielte sie aber nicht allein, sondern mit ihren Kollegen aus dem Ersten Senat.

Zwischen den Zeilen ihres Referats bei der Tagung des Deutschen Sozialgerichtsverbandes klang zudem durch, dass es vor allem die praktischen Erwägungen waren, die Scheffler eine Typisierung befürworten ließen. Denn gewissermaßen nebenbei merkte die Korreferentin an, »unter sozialpolitischen Gesichtspunkten würde ich persönlich eine allgemeine Anerkennung der Witwerrente begrüßen

– aber das steht auf einem anderen Blatt«. ¹⁶⁴ Die (frühere) Theoretikerin Scheffler schien sich mit der (späteren) Richterin Scheffler in einem inneren Zwiespalt zu befinden.

4. Die Bewertungsaufgabe als Kompromisslösung

Vor diesem Hintergrund lässt sich verstehen, dass sie der Bewertung der hausfraulichen Tätigkeit große Wichtigkeit beimaß. Von dieser hänge ab, »ob die Bestimmungen über die Witwerrente, so wie sie heute sind, praktisch zu einer Rentengestaltung führen werden, die den modernen Lebensverhältnissen und Rechtsverhältnissen entspricht [...]«. ¹⁶⁵ Ehemann Georg, auf dessen Berechnungen sie sich berief, ¹⁶⁶ veranschlagte mindestens 957 DM für einen vierköpfigen Haushalt (mit zwei Kindern). ¹⁶⁷ Die Wichtigkeit der Bewertungsaufgabe dürfte deshalb so zu verstehen sein: Das Gericht legte im Urteil von 1963 Statistiken zugrunde, wonach lediglich 7,84 % der männlichen Arbeiter und 36,5 % der männlichen Angestellten ein Bruttoeinkommen von mehr als 700 DM hatten. ¹⁶⁸ Hätte man also wie die Schefflers – und anders als beispielsweise Brühl ¹⁶⁹ (230 DM) – die weibliche Unterhaltsleistung nur hoch genug bewertet, dann hätte die Unterhaltsleistung der (erwerbstätigen) Frau die des Mannes regelmäßig überstiegen. In dem Fall hätte wohl häufiger »die Verstorbene den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten« (§ 43 I AVG a.F.). Dann hätten mehr Witwer (berufstätiger Frauen) Anspruch auf eine Rente gehabt. ¹⁷⁰ Auch wenn durch diese Forderung das Rollenverständnis aus dem Urteil nicht aufgelöst wurde: Die Praktikerin reichte der Theoretikerin die Hand zur Kompromisslösung.

E. Fazit

Das Einfallstor für das »frühe« Bundesverfassungsgericht, um auf einem tradierten Frauenbild beharren und Frauen diskriminieren zu können, war die Formel von den »biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen)« Unterschieden. Anders als von Hansen angedeutet, ¹⁷¹ fand sich die Formel nicht trotz, sondern wegen Scheffler und ihrer Rolle als Berichterstatterin in der Rechtsprechung seit dem Gleichberechtigungsurteil wieder. Dabei intendierte Scheffler, nicht unmittelbar nach Geschlechtern, sondern nach innerfamiliären Rollen, die theoretisch Männer oder Frauen ausfüllen könnten, zu unterscheiden. Dass gesellschaftliche Realitäten aufrechterhalten wurden, schien sie aber zu akzeptieren. Ihren Einsatz für die Gleichberechtigung kann man insoweit grundsätzlich positiv sehen und dennoch Kritikpunkte vermerken. Dabei ist jedenfalls

¹⁵⁹ Scheffler (Fn. 158), DAG-Hefte 1965, 79 (87).

¹⁶⁰ Scheffler (Fn. 157), S. 47 (55 ff.).

¹⁶¹ Scheffler (Fn. 157), S. 47 (56 f.).

¹⁶² Vgl. Thiel (Fn. 5), GRZ 2020, 149 (156).

¹⁶³ Kritisch zum Urteil: Sacksofsky (Fn. 73), S. 81 ff.; Reich-Hilweg (Fn. 71), S. 88 ff.

¹⁶⁴ Scheffler (Fn. 157), S. 47 (58).

¹⁶⁵ Scheffler (Fn. 157), S. 47 (59 f.).

¹⁶⁶ Scheffler (Fn. 157), S. 47 (59).

¹⁶⁷ G. Scheffler, Der Wert der Arbeitsleistung einer Ehefrau und Mutter im Haushalt, ZSR 1967, 24 (32).

¹⁶⁸ BVerfGE 17, 1 (37).

¹⁶⁹ Brühl, Unterhaltsrecht, Grundbegriffe und Praxis, 2. Auflage (1963), S. 186 f.

¹⁷⁰ Vgl. Frey/Scheiwe/Wersig (Fn. 157), S. 165.

¹⁷¹ Vgl. Hansen (Fn. 3), S. 157.

zu beachten, dass sie – als einzige Frau am Gericht – den Bedenken des Senatsvorsitzenden an der Zulässigkeit der Normenkontrolle entgegentrat, sodass das Verfahren überhaupt erst zur Entscheidung zugelassen wurde.¹⁷² Andernfalls wäre es nicht zum durchaus auch positiv zu wertenden Grundsatzurteil gekommen.

Auch im Bereich ihrer Forderungen aus dem Öffentlichen Recht zeigte sich *Scheffler* als fortschrittliche Rechtspraktikerin, die jedoch bestimmte Gegebenheiten akzeptierte: Während ihre Ansicht zur Zölibatsklausel konsensfähig war, passte sie ihre Ansicht von der Einzelfallgerechtigkeit im Bereich der Witwerrenten im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugunsten einer typisierten Betrachtung an. Meinungswechsel (gerade unter Berücksichtigung eines konservativen, rechtswissenschaftlichen »Publikums«) dürften grundsätzlich normal und vor allem in verantwortungsvoller Position häufiger anzutreffen sein. Immerhin forderte *Scheffler* auch hier, durch eine faire Bewertung der Hausarbeit für Gerechtigkeit im Hinterbliebenenrecht zu sorgen.¹⁷³

Insgesamt scheint ihr Einsatz für die Gleichberechtigung ob mancher Widersprüchlichkeit (wie etwa im Hinterbliebenenrecht) nicht derart konsequent gewesen zu sein wie etwa der von *Hildegard Krüger*. Jedoch war sie, gerade in ihrer grundlegenden Auffassung vom Funktionalitätskriterium, von Konservativen wie *F.W. Bosch* weit entfernt. Speziell vor dem Hintergrund der damals vorherrschenden konservativen Ansichten lieferte *Scheffler* wichtige Beiträge zur Interpretation des Art. 3 II GG.

¹⁷² *Darnstädt* (Fn. 65), S. 110 ff.; *Hansen* (Fn. 3), S. 144 f.

¹⁷³ Für eine Beteiligung der Männer an häuslicher Arbeit: *Scheffler* (Fn. 23), S. 32.