

Das Recht auf diskriminierungsfreie Lehrmaterialien in der juristischen Ausbildung

Thi My Duyen Nguyen / Stella Gaumert

WORKING PAPER NR. 17

2019

**betreut durch PD Dr. Anna Katharina Mangold, LL.M. (Cambridge) und
Dr. Tim Wihl für die Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte
in Kooperation mit Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb)**

Druck und Weiterverarbeitung:
Hausdruckerei der Humboldt-Universität zu Berlin
Technische Abteilung
Unverkäufliches Exemplar

Das vorliegende Working Paper ist Ergebnis der Projektarbeit der Autor_innen im 9. Zyklus der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte (HLCMR) im Wintersemester 2017/18 und Sommersemester 2018.

In den Working Paper werden Schriftstücke veröffentlicht, die im Rahmen und in Absprache mit der HLCMR entstanden sind. Die Verantwortung für den Inhalt obliegt den jeweiligen Autor_innen und gibt nicht notwendigerweise die Position der HLCMR oder der Kooperationspartner_innen wieder.

Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte
Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien
Unter den Linden 9
10099 Berlin

www.hlcmr.de

www.grundundmensenrechtsblog.de

Inhalt

A. EINLEITUNG: DISKRIMINIERENDES LEHRMATERIAL IN DER JURISTISCHEN AUSBILDUNG ALS PROBLEM. KONTEXT UND GANG DER UNTERSUCHUNG.....	2
B. VERFASSUNGSRECHTLICHE UNTERSUCHUNG.....	6
I. ANSPRUCH AUS ART. 3 III GG.....	6
1. <i>Hoheitliche Maßnahme</i>	6
a) Studium.....	6
(1) Studien- und Prüfungsordnung.....	7
(2) Universitäres Lehrmaterial.....	8
(3) Universitäre Prüfungsmaterialien.....	10
b) Staatsprüfungen und Referendariat.....	11
c) Zwischenergebnis.....	11
2. <i>Ungleichbehandlung: Feststellung einer rechtlichen Ungleichbehandlung „wegen“ eines der in Art. 3 III GG genannten Kriterien</i>	11
3. <i>Verfassungsrechtliche Rechtfertigung: die Lehrfreiheit, Art. 5 III 1 GG</i>	15
a) Abwägung auf abstrakter Ebene.....	17
b) Abwägung im Einzelfall.....	19
4. <i>Zwischenergebnis</i>	19
II. ANSPRUCH AUS ART. 12 I GG, BERUFSFREIHEIT.....	20
1. <i>Schutzbereich</i>	20
a) Sachlicher Schutzbereich.....	20
(1) Universitäres Lehrmaterial.....	20
(2) Universitäre Prüfungen und Staatsexamen.....	21
(3) Referendariat.....	22
(4) Zwischenergebnis.....	22
b) Persönlicher Schutzbereich.....	22
(1) Studierende aus Deutschland.....	22
(2) Studierende aus der Europäischen Union.....	23
(3) Studierende aus Drittländern.....	23
c) Zwischenergebnis.....	24
2. <i>Eingriff</i>	24
3. <i>Zwischenergebnis</i>	25
C. FAZIT.....	26
LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS.....	28

A. Einleitung: Diskriminierendes Lehrmaterial in der juristischen Ausbildung als Problem. Kontext und Gang der Untersuchung

„In kaum einem Fachgebiet hängt der berufliche Weg so sehr von der Abschlussnote ab wie in Jura. Ein Prädikatsexamen¹ ist auch heute noch in vielen juristischen Berufsfeldern Voraussetzung für die Einstellung. Diese Aussagekraft der Abschlussnote ist zu hinterfragen, wenn die Note von Geschlecht oder Herkunft beeinflusst ist.“²

So fasst Prof. Dr. Maria Wersig, Präsidentin des Deutschen Juristinnenbund e.V. (djb) und Hochschulprofessorin, das Spannungsfeld zwischen diskriminierendem Unterrichtsmaterial, Abschlussnoten im juristischen Staatsexamen und Karrierechancen für Juristinnen treffend zusammen. Insofern ist es nicht fernliegend, der Frage nachzugehen, inwiefern die juristische Ausbildung ihren Teil dazu beiträgt, dass weibliche Prüflinge schlechtere Noten schreiben, sind sie doch zu Beginn des Studiums gleich gut und starten mit besseren Abiturnoten als ihre männlichen Kommilitonen.³

Ein Erklärungsansatz für diesen Effekt konzentriert sich auf die im Studium eingesetzten Unterrichtsmaterialien, konkreter die Fälle und dazugehörigen Lösungen, an denen beispielhaft juristische Fragestellungen erklärt werden. Dana-Sophia Valentiner hat Geschlechterrollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen untersucht und dabei u.a. herausgefunden, dass weibliche Fallpersonen nicht nur deutlich seltener vorkommen, sondern auch häufig über ihr Verhältnis zu einem Mann definiert werden (Ehefrau, Geliebte, Mutter, ...)⁴, eine geringere Berufsvielfalt aufweisen⁵ und geschlechtergerechte Sprache so gut wie nie verwendet wird⁶. Inwiefern das in einem Kausalzusammenhang mit den Ergebnissen einer Studie von Glöckner, Towfigh und Draxler zu setzen ist, muss zunächst dahinstehen: Die Autoren haben im Nachgang zu einer 2014 durchgeführten Studie, die bereits auf die Notenunterschiede im ersten

¹ Als Prädikatsexamen werden solche Abschlüsse bezeichnet, die mit 9 Punkten oder besser auf einer Notenskala von 18 bewertet wurden. Zur Relevanz der Notenschwellen: Eine empirischen Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW) hat aufgezeigt, dass bereits in den ersten Jahren nach dem Studium ein Gehaltsunterschied von nahezu 15% zwischen Personen mit einem Prädikatsexamen und solchen, die kein Prädikat erreichen konnten, auftritt. (Freier/Schubert/Schumann/Siedler, Jura-Prädikat hat eine stark positive Signalwirkung auf das Einkommen, 2016, 567)

² Deutscher Juristinnenbund e.V. - Pressemitteilung 18-16 / Diskriminierung in der juristischen Ausbildung systematisch in den Blick nehmen: Geschlecht und Herkunft folgenreich für Examensnote. Abgerufen unter: <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/AS/pm18-16/> (26.05.2018).

³ Chebout/Gather/Valentiner, Sexismus in der juristischen Ausbildung. Ein #Aufschrei dreier Nachwuchsjuristinnen, 2016, 190.

⁴ Valentiner, (Geschlechter)rollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen, 2017, 23.

⁵ Ebd., 23 f.

⁶ Ebd., 14 f.

Staatsexamen aufmerksam gemacht hat⁷, in Kooperation mit dem Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) eine groß angelegte Studie initiiert, in der etwa 20.000 Ergebnisse der ersten und der zweiten juristischen Staatsprüfung in NRW aus den Jahren 2006 bis 2016 verglichen wurden. Die Ergebnisse bestätigen ein insgesamt um 0,3 Notenpunkte schlechteres Abschneiden von Frauen im Vergleich zu ihren männlichen Kommilitonen. Bei den Prädikatsexamen zeigt sich der Unterschied noch deutlicher: Frauen erreichen diese im ersten Staatsexamen um 5,3 Prozent seltener als Männer (Männer: 31,5% Frauen: 26,2%)⁸. Dieser Geschlechtereffekt verstärkt sich, wenn das Geschlecht als einzige Variable bei zwei ansonsten in den Parametern „Alter“, „Abiturnote“ und „Prüfungszeitraum“ identischen statistischen Zwillingen verändert wird, und lässt sich in den mündlichen Prüfungen noch intensiver nachweisen.⁹

Auch wenn ein Zusammenhang zwischen den Erkenntnissen aus beiden Studien noch zu beweisen ist, scheint es intuitiv durchaus plausibel, dass sich stereotype Fallgestaltungen auf den Lernprozess der Jurastudentinnen auswirken und zwar in Form des *stereotype threats* (Stereotypenbedrohung). Der *stereotype threat* beschreibt den Effekt, dass das Selbstbild und die Leistung betroffener Gruppenmitglieder durch Stereotype negativ beeinflusst und so auch bedroht werden.¹⁰ Dieser Effekt ist zumindest im Bereich der Naturwissenschaften erwiesenermaßen ein Faktor für schlechte Leistungen von Schülerinnen und Studentinnen.¹¹

Vor diesem Hintergrund soll im folgenden Gutachten der Frage nachgegangen werden, ob in der Ausgabe von diskriminierendem Lehrmaterial ein Verstoß gegen das Grundgesetz zu sehen ist. Der Fokus des juristischen Gutachtens liegt dabei auf einer abwägenden Gesamtbetrachtung, mit dem Ziel, eine möglichst auch in der Praxis verwendbare Argumentationsgrundlage zu schaffen. Prüfungsmaßstab ist der verfassungsrechtliche Verstoß, der bei einer Bejahung zu einer allgemeinen Handlungspflicht des Staates führt und insofern Spielraum für politische Gestaltung lässt.¹²

⁷ Towfigh/Traxler/Glückner, Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen, 2014.

⁸ Glückner/Towfigh/Traxler, Empirische Untersuchung zur Benotung in der staatlichen Pflichtfachprüfung und in der zweiten juristischen Staatsprüfung in Nordrhein-Westfalen von 2006 bis 2016, 12.

⁹ Ebd., 16.

¹⁰ Vertiefend Spencer/Steele/Quinn, Stereotype threat and women's math performance, 1999, 4.

¹¹ Steele, A Threat in the Air How Stereotypes Shape Intellectual Identity and Performance, 1997, 613.

¹² Inwiefern ein konkreter Anspruch auf diskriminierungsfreien Rechtsunterricht besteht, ist hier nicht Thema, da ein solcher Anspruch auf Tätigwerden des Staates nur dann besteht, wenn dem Staat kein anderes Handeln mehr möglich ist, sich also der grundsätzlich immer

Relevant ist dieser Beitrag zur Debatte, weil es naheliegend erscheint, in einer Debatte um das Jurastudium auch nach einer juristischen Lösung zu suchen. Die empirischen Studien und journalistischen Beiträge generieren zwar den enorm wichtigen faktischen Unterbau bzw. die unentbehrliche gesellschaftliche Aufmerksamkeit, entfalten jedoch nicht die gleiche Wirkmacht wie eine gesetzliche Verpflichtung. Sinn und Zweck dieser Arbeit ist insofern, einen ersten Beitrag zu der Debatte aus explizit juristischer Sicht zu liefern, um so eine Grundlage zu schaffen, auf der eine juristische Durchsetzung des Rechts auf diskriminierungsfreie Ausbildung diskutierbar wird.

Konkret wird dabei an das Kriterium Geschlecht angeknüpft, denn um die im Jurastudium erfahrbare Diskriminierung aufgrund von Geschlecht hat sich eine breite Debatte in Wissenschaft¹³, Politik¹⁴ und der interessierten Öffentlichkeit entfaltet, an die hier angeknüpft werden kann: Die Studien von Valentiner und Glöckner et al. sind als besonders aussagekräftig hervorzuheben.¹⁵ Während sich die öffentliche Diskussion zu Beginn auf ein juristisch/ wissenschaftliches Fachpublikum beschränkte¹⁶, hat sie mittlerweile auch Einzug in die mediale Öffentlichkeit gehalten¹⁷. Bei Glöckner et al. werden neben dem Geschlecht auch sogenannte Herkunftseffekte¹⁸ untersucht.¹⁹ Allerdings liegen betreffend dieser Kategorie oder den intersektionalen Verknüpfungen zum Beispiel zwischen Herkunft und Geschlecht, keine in Quantität und Qualität

bestehende Einschätzungsspielraum so verengt hat, dass nur mehr eine Handlungsoption übriggeblieben ist.

¹³ *Glöckner/Towfigh/Traxler*, Empirische Untersuchung zur Benotung in der staatlichen Pflichtfachprüfung und in der zweiten juristischen Staatsprüfung in Nordrhein-Westfalen von 2006 bis 2016; *Hellwege/Dorfschmidt/Scharrer/Benecke*, Frauen in den Rechtswissenschaften – Ergebnisse einer Augsburger Studie, 2015; *Hinz/Christian Röhl*, Geschlechterunterschiede in der Ersten juristischen Prüfung, *JuristenZeitung* 2016; *Towfigh/Traxler/Glöckner*, Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen, 2014; *Valentiner*, (Geschlechter)rollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen, 2017.

¹⁴ Frauenbild in der bayerischen Justizausbildung Schriftliche Anfrage der SPD, 2014; angestoßen durch: *Schweigler*, Das Frauenbild in der bayerischen Justizausbildung, *DRiZ* 02/2014. Außerdem: *Ringelstein*, Juristenausbildung: Sexismus wird der Kampf angesagt, *Der Tagesspiegel Online* v. 04.05.2018.

¹⁵ Die Situation von Transpersonen und nichtbinären Personen ist nicht explizit Teil dieser Studien und auch nicht der vorliegenden Begutachtung. Transfrauen sind wie auch Cisfrauen von Sexismus betroffen, so dass die vorliegenden Ergebnisse auch für sie gelten. Für spezifische Diskriminierungen von Transfrauen, sowie anderen Trans- und nichtbinären Personen sehen wir jedoch weitergehenden Forschungsbedarf.

¹⁶ *Chebout/Gather/Valentiner*, Sexismus in der juristischen Ausbildung, 2016; *Schweigler*, Frauen unter Generalverdacht, 2014.

¹⁷ *Breitinger*, Ungerechte Notenvergabe in der Juraprüfung, *Zeit online* v. 25.04.2018; *Ringelstein*, Juristenausbildung: Sexismus wird der Kampf angesagt, *Der Tagesspiegel Online* v. 04.05.2018.

¹⁸ Gemeint ist damit der Zusammenhang zwischen "weichen Faktoren" wie onomastischen Indikatoren zur Namensherkunft sowie harten Faktoren wie Geburtsort, Staatsbürgerschaft und der Notenvergabe in den juristischen Staatsprüfungen.

¹⁹ *Glöckner/Towfigh/Traxler*, Empirische Untersuchung zur Benotung in der staatlichen Pflichtfachprüfung und in der zweiten juristischen Staatsprüfung in Nordrhein-Westfalen von 2006 bis 2016, 22 ff.

vergleichbaren Datenerhebungen vor, sodass es sich, insbesondere auch wegen der herausgehobenen Position von Frauen in Art. 3 II GG, anbietet, eine Anspruchsprüfung zunächst exemplarisch anhand der Diskriminierung von Studentinnen durchzuführen. Gegenstand der Analyse sind die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsunterrichts und der zum Erlangen des Grades „Volljurist“ erforderlichen Prüfungen. Formelle Bedingungen, zum Beispiel Besetzungen von Lehrstühlen oder Prüfungskommissionen werden nicht in die Betrachtung einbezogen. Dabei ist zunächst zu untersuchen, inwiefern stereotype Fallgestaltungen dem Staat überhaupt zurechenbar sind, denn die Grundrechte binden gemäß Art. 1 III GG grundsätzlich nur die Staatsgewalt. In diesem Kontext ist zudem zu fragen, inwiefern die juristische Ausbildung als staatlich monopolisiert bezeichnet werden kann, da teilweise auch private Hochschulen den Studiengang Rechtswissenschaft anbieten.

Der Fokus des Gutachtens liegt auf dem speziellen Gleichheitssatz aus Art. 3 III 1 GG, welcher gewährleistet, dass niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Zu prüfen ist zudem die Berufsfreiheit, die in Art. 12 GG geschützt wird. Sie könnte verletzt sein, weil Frauen im Gegensatz zu Männern in der juristischen Ausbildung weiteren Hürden ausgesetzt sind und ihnen so der Zugang zu juristischen Berufen erschwert wird. Aufgrund der in dieser Fallkonstellation als höher eingeschätzten Relevanz des Gleichheitsrechts wird dieses, entgegen dem klassischen Aufbau, vor dem Freiheitsgrundrecht geprüft.

Weiterhin soll der Frage nachgegangen werden, welche juristischen Gegenargumente es gibt. Einem eventuellen verfassungsrechtlichen Anspruch auf diskriminierungsfreies Lehrmaterial könnte die in Art. 5 III 1 GG geschützte Lehrfreiheit entgegenstehen. Schließlich könnte argumentiert werden, dass dieses Grundrecht auch die Freiheit schützt, sich keine Gedanken über die Inklusivität von Lehrinhalten machen zu müssen. In einem abschließenden Ausblick wird auf die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung eingegangen, und es werden Ansätze für weiterführende Forschungsarbeiten formuliert.

B. Verfassungsrechtliche Untersuchung

I. Anspruch aus Art. 3 III GG

In Betracht kommt ein Verstoß gegen den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 III GG durch die Ausgabe diskriminierenden Lehrmaterials während der juristischen Ausbildung.

1. Hoheitliche Maßnahme

Dazu müsste das Handeln zunächst dem Staat zurechenbar sein, denn die Grundrechte binden alle öffentliche, vom Staat abgeleitete Gewalt. Nach unbestrittener Auffassung besteht wegen Art. 1 Abs. 3 GG eine Bindung an die Grundrechte immer dann, wenn öffentliche Gewalt ausgeübt wird,²⁰ wobei unter öffentlicher Gewalt die Ausübung einer Staatsfunktion zu verstehen ist.²¹ Vom Begriff der öffentlichen Gewalt sind alle staatlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Kompetenzträger umfasst, die zu Regelungen und Maßnahmen ermächtigt sind.²² Darunter fällt auch die öffentliche Gewalt der von Bund und Ländern eingerichteten öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen.²³ Hochschulen sind klassischerweise derartige öffentlich-rechtliche Körperschaften und somit grundsätzlich an die Grundrechte gebunden, jedoch nur dann, wenn sie auch tatsächlich öffentliche Gewalt ausüben. Diese Einschränkung ergibt sich daraus, dass die Universität trotz ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Körperschaft ausnahmsweise auch selbst Trägerin von Grundrechten sein kann.²⁴ In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Wissenschaftsfreiheit zu nennen (Art. 5 III 1 GG), auf die sich Universitäten ihrerseits gegenüber dem Staat berufen können. Bei der juristischen Ausbildung sollte zur Bestimmung, ob die in der juristischen Ausbildung tätigen Hochschulen öffentliche Gewalt ausüben, nach den verschiedenen Phasen des Ausbildungsganges differenziert werden.

a) Studium

Während des Studiums der Rechtswissenschaft findet die Ausbildung an Universitäten statt, welche für diesen Studiengang – weit überwiegend²⁵ – staatlich sind. Als

²⁰Starck in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 1 III Rn. 421.

²¹ Bumke; Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2015, S. 11 Rn. 36.

²² Starck in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 37.

²³ Starck in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 1 Abs. 3 Rn. 221.

²⁴ Hillgruber in BeckOK GG, Art. 1 Rn. 65-68.

²⁵ In Deutschland gibt es zwei private Hochschulen, an denen Rechtswissenschaft studiert werden kann: Bucerius Law School Hamburg und European Business School Wiesbaden. Vorliegend wird vom Jurastudium als einem staatlich monopolisierten Ausbildungsgang ausgegangen, da auch die privaten Hochschulen eng an die staatlichen Inhalte gebunden sind, insbesondere soweit sie auf das Staatsexamen vorbereiten und nicht auf eine universitäre

staatliche Institutionen sind die Universitäten Grundrechtsverpflichtete im eben dargestellten Sinne. Zugleich sind sie durch die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 III 1 GG mit beschränkter Autonomie ausgestattet und als Selbstorganisation der Wissenschaft gegenüber dem Staat grundrechtsberechtigt.²⁶ In diesem Spannungsfeld zwischen Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung ist die Ausübung öffentlicher Gewalt unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob es sich um Unterrichts- oder um Prüfungssituationen handelt. Während die Gestaltung des Unterrichts grundsätzlich von der Lehr- und Forschungsfreiheit gegenüber dem Staat geschützt wird, sich die Unterrichtenden also auf Freiheit gegen Einflussnahme durch den Staat berufen können, tritt in Prüfungssituationen die Ausübung öffentlicher Gewalt gegenüber den Prüflingen in den Vordergrund.

(1) Studien- und Prüfungsordnung

Nicht leicht zu beantworten ist in dieser Konstellation, inwiefern (möglicherweise diskriminierendes) Unterrichtsmaterial überhaupt dem Staat zuzurechnen ist, die Universität also nicht nur grundrechtsberechtigt, sondern auch grundrechtsverpflichtet gegenüber den Studierenden ist. Die Erstellung von Unterrichtsmaterial unterliegt in Studien- und Prüfungsordnungen²⁷ festgeschriebenen Rahmenbedingungen. Da Bildung primär Ländersache ist (Art. 30, 70, 104a I GG) und verschiedene Hochschulen unterschiedliche Organisationsstrukturen aufweisen, existiert kein einheitliches Verfahren zum Erlass von Studien- und Prüfungsordnungen. Eine differenzierte Übersicht über Formalia und Kompetenzzuweisungen an den einzelnen Universitäten zu erstellen, wäre der vorliegenden Fragestellung allerdings nicht angemessen, lassen sich doch sachdienliche Beobachtungen auch ohne eine solche Einzelanalyse anstellen: Studien- und Prüfungsordnungen werden von universitären Gremien erlassen, welche ihre Legitimation vom Staat ableiten und zumindest dann, wenn ihre Handlungen Außenwirkung entfalten (so beim Erlass von Ordnungen), auch hoheitliche Gewalt im hier relevanten Sinne ausüben. Sie sind beim Erlass der Ordnungen jedenfalls auch grundrechtsverpflichtet. Darüber hinaus sind die Studien- und Prüfungsordnungen im Bereich Rechtswissenschaften immer auch an die jeweiligen

Abschlussprüfung. Weiterhin ist anzunehmen, dass die private Hochschule als Teilnehmerin im öffentlichen Bildungswesen ebenfalls an die Grundrechte gebunden ist, zumindest im Sinne einer Grundrechtsobliegenheit. Vertiefend zur Problematik der Grundrechtsbindung privater Universitäten: *Battis/ Grigoleit*, Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität, in: Kötz/ Rawert/ Schmidt/ Walz und Bucerius Law School : Institut für Stiftungsrecht. Non Profit Law Yearbook 2005, 1-14, insb. 7-8.

²⁶ *Ebd.*, 2.

²⁷ Beispielhaft ist die Studien- und Prüfungsordnung (2015) für den Studiengang Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin einsehbar unter: https://gremien.hu-berlin.de/de/amb/2015/111/111_2015_AMB_Rechtswissenschaften_DRUCK.pdf (02.06.2018).

Justizausbildungsordnungen der Länder²⁸ gekoppelt, da das rechtswissenschaftliche Studium auf die Absolvierung der Ersten Staatsprüfung hinführt. Sie weisen somit eine sogar noch stärkere Bindung an staatliche Vorgaben auf als die Ordnungen anderer (rein universitärer) Studiengänge. Studien- und Prüfungsordnungen entfalten auf der Grundlage staatlicher Delegation solcher Entscheidungsmacht nach außen Wirksamkeit für die Studierenden sowie für dritte Stellen, die an die Bewertungen der Universitäten bzw. Fachbereiche und Fakultäten gebunden sind. Deswegen handelt es sich um die Ausübung öffentlicher Gewalt.

Allerdings kann diese Frage insofern dahinstehen, als die Ordnungen formal derart schematisch sind und die Vorgaben für Lehrende bezüglich der Ausgestaltung ihres Unterrichts in einem solchen Maße abstrakt bleiben, dass der Nachweis diskriminierender Vorgaben bereits durch die Studien- und Prüfungsordnungen selbst nicht gelingen wird.

(2) Universitäres Lehrmaterial

Zielführender erscheint die Untersuchung der von den Lehrenden verwendeten Unterrichtsmaterialien selbst, insbesondere mit Blick auf die von Dana Valentiner erhobenen Ergebnisse. Die inhaltliche Ausgestaltung ist nicht unmittelbar der Institution „Universität“ zuzurechnen, sondern den einzelnen Lehrenden. So findet zwar durch die eben beschriebenen Studien- und Prüfungsordnungen eine grobe Einrahmung des Lehrinhaltes statt, diese geht jedoch inhaltlich nicht in die Tiefe. Illustrativ lässt sich hier die Vorlesung „Familien- und Erbrecht“ an der Humboldt-Universität zu Berlin (HU) heranziehen, zu welcher lediglich vorgegeben wird: „Im Familienrecht liegt der Schwerpunkt bei den Vorschriften über die Eingehung und Beendigung der Ehe, das Güterrecht, die Verwandtschaft, den Unterhalt und die elterliche Sorge.“²⁹ Wie diese Inhalte allerdings vermittelt werden – ob durch seit Jahrzehnten unveränderte Fallkonstellationen³⁰ mit „reichem Ehemann/ attraktiver Geliebter und habgieriger Ehefrau“ oder eben gerade nicht in solch stereotypisierter Weise – liegt in der Verantwortung der zuständigen Lehrperson.

Denkbar ist dabei einerseits, dass die Lehrperson als Privatperson handelt und folglich nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist. Denkbar ist aber auch, dass

²⁸ Für Berlin z.B. Gesetz über die Ausbildung von Juristinnen und Juristen im Land Berlin (Berliner Juristenausbildungsgesetz – JAG) und Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristinnen und Juristen im Land Berlin (Berliner Juristenausbildungsordnung – JAO).

²⁹ Studien- und Prüfungsordnung (2015) für den Studiengang Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin, 9.

³⁰ Bereits in den 1970er Jahren führten Pabst und Slupik eine Analyse der rechtswissenschaftlichen Ausbildungsfälle durch, deren Ergebnisse sich gar nicht so sehr von den aktuellen unterscheiden. Stereotype Ausbildungsfälle scheinen Tradition zu haben. *Pabst/Slupik, Das Frauenbild im zivilrechtlichen Schulfall - Eine empirische Untersuchung, zugleich ein Beitrag zur Kritik gegenwärtiger Rechtsdidaktik*, 242-256.

die Lehrperson als ausführende Akteurin der öffentlich-rechtlichen Körperschaft Universität ihrerseits öffentliche Gewalt ausübt und somit unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist. Dies ist am Maßstab des Grundrechts auf Lehrfreiheit aus Art. 5 III 1 GG zu bestimmen. Regelmäßig sind die zur Vermittlung insbesondere theoretischer und methodischer Konstrukte benötigten Erläuterungen, Beispiele und Übungen von der Lehrfreiheit geschützt.³¹ Kaufhold argumentiert: „Das Grundrecht könnte seine Schutzwirkung kaum entfalten, nähme man sie [scil. die Unterrichtsmaterialien] aus dem Schutzbereich aus.“³² Unstreitig ist, dass Lehrende bei der Ausgestaltung der zu Lehrzwecken eingesetzten Materialien (in der Rechtswissenschaft weit überwiegend Beispielfälle) durch das Grundrecht auf Lehrfreiheit gegen staatliche Einflussnahme geschützt werden. Allein, weil der Schutzbereich des Art. 5 III 1 GG dem Grunde nach eröffnet ist, lässt sich aus der Sonderkonstellation der Universität mit ihrer Janusköpfigkeit als gleichzeitig Grundrechtsberechtigter und -verpflichteter freilich noch nicht ableiten, dass nun Art. 3 III 1 GG nicht mehr einschlägig wäre. Es ist vielmehr die Lehrfreiheit in ein ausgewogenes Verhältnis zum Anspruch auf Diskriminierungsfreiheit aus Art. 3 III 1 GG zu setzen.

Art. 1 III GG verfolgt das historisch begründete Ziel, eine umfassende Bindung aller öffentlichen Gewalt an die Grundrechte sicherzustellen. Das lässt sich u.a. daraus ableiten, dass die Formulierung der „vollziehenden Gewalt“ erst 1956 durch verfassungsänderndes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes die zuvor deutlich enger gefasste Formulierung der „Verwaltung“ abgelöst hat.³³ Die umfassende Grundrechtsbindung aller öffentlichen Gewalt liegt auch den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu den sog. „besonderen Gewaltverhältnissen“ bzw. (moderner) „Sonderstatusverhältnissen“ zugrunde, in welcher das Gericht sich gegen gänzlich grundrechtsfreie Bereiche ausgesprochen und demgegenüber die Verpflichtung zu grundrechtstreuem Handeln des Staates betont hat.³⁴ Grundsätzlich ist demnach der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ weit zu verstehen, um eine möglichst umfassende Grundrechtsbindung zu gewährleisten, wie sie Art. 1 III GG aus historischen Gründen bezweckt.

Als weiteres Argument für eine Bindung der Lehrpersonen an Art. 3 III GG ist die Unausweichlichkeit des Lehrangebots. Zum einen handelt es sich beim Studium der Rechtswissenschaft um einen im Wesentlichen staatlich monopolisierten Studiengang. Darüber hinaus ist das Studium streng modularisiert: Die Studierenden sind verpflichtet, das Studium nach Studienverlaufsplan in Regelstudienzeit zu

³¹ Kaufhold, Die Lehrfreiheit - ein verlorenes Grundrecht?, 2017, 191 f.

³² Ebd., 192.

³³ Hillgruber in BeckOK GG, Art., 1 Rn. 65-68.

³⁴ BVerfGE 33, 1, 11 = NJW 1972, 811, 812.

absolvieren, da sie andernfalls sanktioniert werden, zum Beispiel indem sie die Möglichkeit des „Freiversuchs“³⁵ verlieren. Um noch einmal das Beispiel der Familienrechtsvorlesung aufzugreifen: Wird diese in einem bestimmten Semester von einer bestimmten Lehrperson unter Verwendung sexistischen oder anders diskriminierenden Lehrmaterials abgehalten, können Studierende nur entscheiden, auf die Lehrveranstaltung zu verzichten und sich den Stoff im Selbststudium zu erarbeiten. Alternativ besteht womöglich – und dies nur an größeren Fakultäten – die Hoffnung, ein Jahr später werde eine andere Person die Vorlesung abhalten; dann jedoch droht die Überschreitung der Regelstudienzeit, an die nicht nur der Verlust des Freiversuchs geknüpft ist, sondern möglicherweise auch der Bafög-Förderung.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass eine Grundrechtsbindung der Lehrenden bei der Auswahl des Lehrmaterials besteht. Diese begründet sich gerade nicht nur durch das Anstellungsverhältnis zwischen Lehrenden und Staat³⁶, sondern aus der hervorgehobenen Bedeutung der Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt nach Art. 1 III GG und dem hierarchischen Verhältnis von Lehrenden zu Lernenden. Die Grundrechtsbindung erstreckt sich deswegen auf alle Lehrkräfte von der Honorarkraft bis zur Professorin.

(3) Universitäre Prüfungsmaterialien

Ähnlich verhält es sich mit der Ausgestaltung universitärer Prüfungsmaterialien. Wiederum ist zu begründen, inwiefern diese als Entscheidung von einzelnen Lehrenden dem Staat zuzurechnen sind. Allerdings gilt gerade für Prüfungen noch mehr, dass Prüflinge ihnen in keinem Fall ausweichen können. Selbst wenn Studierende sich also wegen diskriminierender Lehrmaterialien entscheiden, nicht am Unterricht teilzunehmen, so können sie diskriminierenden Prüfungsinhalten gar nicht mehr entgehen. In der Ausgestaltung der Prüfungen ist das hierarchische Verhältnis zwischen Lehrenden und Lernenden noch deutlicher ausgeprägt als in der Ausgestaltung des universitären Lehrmaterials. Auch in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist anerkannt, dass die Prüfungsbedingungen der grundrechtlichen Kontrolle,

³⁵ Die Freischuss-Regelung gewährt als Belohnung für den Studienabschluss in Regelstudienzeit zwei Verbesserungsversuche beim Ersten Staatsexamen. Wer nach Ablauf der Regelstudienzeit erstmals zum Staatsexamen antritt, hat lediglich einen Verbesserungsversuch. Exemplarisch § 13 JAO Bln: „Meldet sich ein Prüfling nach ununterbrochenem rechtswissenschaftlichem Studium spätestens zu der auf den Vorlesungsschluss des achten Fachsemesters folgenden Prüfungskampagne zur Prüfung und besteht er in dieser Prüfungskampagne die Prüfung nicht, so gilt sie als nicht unternommen (Freiversuch).“

³⁶ An den deutschen Hochschulen existieren sehr diverse Anstellungsverhältnisse, die sich zudem an den einzelnen Institutionen unterscheiden können. Während viele Angestellte im akademischen Mittelbau befristet und z.T. prekär beschäftigt sind, sind Professuren häufig mit Verbeamtung auf Lebenszeit verbunden. Aus der Verbeamtung könnten zusätzlich zu den dargestellten Gründen weitere, hier nicht ausgeführte Argumente für eine Grundrechtsgebundenheit der Lehrpersonen resultieren.

insbesondere der Chancengleichheit des Art. 3 GG, unterliegen.³⁷ Dies setzt implizit voraus, dass die Ausgestaltung der Prüfungen dem Staat zuzurechnen ist und deswegen eine Grundrechtsbindung besteht. Die Prüfungsbedingungen, für die der Staat also Verantwortung trägt, umfassen auch die Prüfungsmaterialien, die den Geprüften ausgehändigt werden und auf deren Basis sie ihre Prüfung ablegen müssen.

b) Staatsprüfungen und Referendariat

Unstrittig besteht nach alledem bei beiden Staatsexamina und dem Referendariat eine Grundrechtsbindung. Gerade die Vergabe der Noten in den Staatsexamina kann als besonders deutliche Ausprägung hoheitlichen Handelns dem Staat zugeordnet werden. Ansonsten gilt auch hier, wie bei universitären Prüfungen, dass die Prüfungsbedingungen an einem grundrechtlichen Maßstab gemessen werden können und müssen. Diese umfassen nicht nur das Prüfungsmaterial, sondern auch die Räumlichkeiten, zeitlichen Gegebenheiten und die Zusammensetzung des Prüfungsausschusses.³⁸

c) Zwischenergebnis

Sowohl die Ausgestaltung des Lehrmaterials als auch der Prüfungen (universitär und im Staatsexamen) sowie des Referendariats sind dem Staat zuzurechnen. Sie sind daher am Maßstab der Grundrechte zu messen, hier insbesondere an Art. 3 III 1 GG.

2. Ungleichbehandlung: Feststellung einer rechtlichen Ungleichbehandlung „wegen“ eines der in Art. 3 III GG genannten Kriterien

Lehrmaterial und Prüfungsunterlagen sind nach Art. 3 III 1 GG zu beanstanden, wenn die stereotype Darstellung von Frauen in juristischen Fallgestaltungen zugleich eine Diskriminierung im Sinne des Art. 3 III 1 GG ist. Der Wortlaut des Art. 3 III 1 GG verbietet lediglich Benachteiligungen und Bevorzugungen, jedoch keine bloßen Differenzierungen.³⁹ Laut Heun geht jedoch jede Differenzierung letztlich auch mit einer Benachteiligung oder Bevorzugung einher, daher sei es unproblematisch, dennoch von einem Differenzierungsverbot zu sprechen.⁴⁰ Dagegen wenden Baer/Markard ein, dass schlichte Differenzierungen dann nicht erfasst werden sollen, wenn mit ihnen kein Nachteil einhergeht.⁴¹ Ob eine solche Differenzierung vorliegt, wird, wie bei Art. 3 I GG, dadurch ermittelt, dass die Lage der von der Benachteiligung oder

³⁷ BVerwG, NVwZ 2016, 541.

³⁸ BVerwG, 14.12.1990 - BVerwG 7 C 17.90.

³⁹ Wieland in Dreier GG, Art. 3 Rn. 119.

⁴⁰ Heun in Dreier GG, Art. 3 Rn. 119.

⁴¹ Baer/Markard in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 3 III Rn. 419.

Bevorzugung Betroffenen mit derjenigen der Nichtbetroffenen verglichen wird.⁴² Dabei sollen auch geringfügige Benachteiligungen erfasst werden.⁴³ Eine Benachteiligung im Sinne des Art. 3 III ist also eine Schädigung, die eine in Absatz 3 benannte strukturelle gesellschaftliche Ungleichheit aktualisiert.⁴⁴ Erfasst sind alle Maßnahmen oder Regelungen, die Menschen nur wegen eines Diskriminierungsmerkmals als "anders" ausgrenzen und stigmatisieren.⁴⁵ Dabei kommt es nicht darauf an, ob Nachteile sich im engeren Sinne materiell, zum Beispiel wirtschaftlich manifestieren, oder ob sie ideell, zum Beispiel emotional verletzend wirken.⁴⁶ Auch kennt das Diskriminierungsverbot keine Bagatellgrenze, da es sich gleichermaßen gegen die „alltäglichen“ Formen sozialer Missachtung richtet.⁴⁷ Es sind nicht nur Fälle der direkten und unmittelbaren Ungleichbehandlung anerkannt, sondern auch Fälle mittelbarer Beeinträchtigungen der Gleichheit.⁴⁸

Um im Lichte des Art. 3 III 1 GG relevant zu sein, muss die Benachteiligung oder Bevorzugung „wegen“ eines der in Art. 3 III 1 GG genannten Kriterien geschehen, so der Wortlaut der Verfassung. Dabei stellt der Begriff „wegen“ den Zusammenhang zwischen der „Benachteiligung“ und dem Diskriminierungsmerkmal, aufgrund dessen die Benachteiligung erfolgt, dar. Die Auslegung des Begriffes „wegen“ – und die damit einhergehende Bestimmung der Reichweite des speziellen Gleichheitssatzes – ist höchst umstritten.

Der Wortlaut legt eine Ursächlichkeit staatlichen Verhaltens für die Benachteiligung nahe (Kausalitätsmodell). Dabei ist umstritten, inwiefern Art. 3 III 1 GG ein Anknüpfungsverbot⁴⁹ oder ein Begründungsverbot⁵⁰ enthält. Nach der ersten Ansicht soll es verboten sein, mit einer Regelung konkret tatbestandlich an eines der verpönten Merkmale anzuknüpfen, nach zweiter Meinung muss (mittelbare oder unmittelbare) Ungleichbehandlung begründet werden können, ohne auf das Merkmal zu rekurrieren.⁵¹ Nach beiden Ansichten ist lediglich die unmittelbare Differenzierung, jedoch nicht die mittelbare Benachteiligung umfasst. Nach diesem Modell stehen Fördermaßnahmen unter dem gleichen Rechtfertigungsdruck wie Benachteiligungen.

⁴² Heun in Dreier GG, Art. 3 Rn. 119.

⁴³ Ebd.

⁴⁴ Baer/Markard in v. Mangoldt/ Klein/ Starck Art. 3 III Rn. 420.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Ebd.

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ Hufen, Staatsrecht II, 2017, § 39 Rn. 12.

⁴⁹ Jarass in Jarass/Pierothe GG, Art. 3 Rn. 114.

⁵⁰ Baer/Markard in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 3 III Rn. 426.

⁵¹ Ebd.

Anders argumentieren Baer/ Markard: Sie knüpfen an die Rechtsfigur der „mittelbaren Diskriminierung“ an, die, aus dem US-amerikanischen Recht kommend, mittlerweile europa- und völkerrechtlich anerkannt ist,⁵² so auch in Deutschland.⁵³ Unstreitig ist die Anerkennung dieser dogmatischen Rechtsfigur durch das BVerfG jedenfalls hinsichtlich des Merkmals „Geschlecht“.⁵⁴ Eine mittelbare Beeinträchtigung ist eine oft unbeabsichtigte und weit ab vom eigentlichen geregelten Gegenstand entstehende faktische Benachteiligung einer Gruppe oder eines Dritten.⁵⁵ Nach Baer/Markard soll es nun nicht darauf ankommen, ob eine Regelung vermeintlich neutral scheint, sondern ob eine tatsächliche Bevorzugung oder Benachteiligung i.S.d. Art. 3 III S. 1 GG vorliegt.⁵⁶ Tatbestandlich diskriminiert eine Maßnahme „wegen“ eines der genannten Merkmale jedenfalls dann, wenn sie sich auf die durch ein Merkmal markierten Menschen mehrheitlich oder typischerweise negativ auswirkt.⁵⁷

Fraglich ist nun, ob es sich bei der stereotypen (Unter-)Repräsentation von Frauen in juristischen Ausbildungs- und Prüfungsmaterialien um eine unmittelbar an das Geschlecht anknüpfende Benachteiligung oder alternativ, um eine mehrheitlich Frauen negativ betreffende Maßnahme handelt. Zentrales Ergebnis der Studie von Valentiner ist, dass lediglich 18 Prozent aller in juristischen Übungsklausuren auftretenden natürlichen Personen als weiblich bezeichnet werden. Diese wenigen weiblichen Personen werden häufig über einen Mann definiert und üben selten und wenn überhaupt einen als „typisch weiblich“ markierten Beruf aus.⁵⁸ Männer hingegen machen einen Großteil der Fallpersonen aus und beanspruchen gegenüber den weiblichen Fallpersonen ein deutlich vielfältigeres Berufsspektrum. So lässt sich hier zunächst festhalten, dass Frauen im Vergleich zu Männern tatsächlich deutlich unterrepräsentiert sind.

Nun könnte angenommen werden, dass möglicherweise auch Männer von einer stereotypen Darstellung nachteilig betroffen sind, da auch sie häufig in geschlechterstereotypen, also „typisch männlichen“ Berufen dargestellt werden. So sind zum Beispiel alle im handwerklichen und technischen Bereich tätigen dargestellten Fallpersonen männlich. Dagegen lässt sich jedoch anführen, dass die Diversität der Berufsbilder bei den männlichen Fallpersonen erheblich höher ausfällt. Viel häufiger als Frauen

⁵² *Ebd.*

⁵³ Bspw. in BVerfGE 97, 35, 43; 109, 64, 89.

⁵⁴ *Baer/Markard* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 3 III Rn. 429; Kischel, in: BeckOK GG, Rn. 165-169.1.

⁵⁵ *Hufen*, Staatsrecht II, 2017, § 39 Rn. 12.

⁵⁶ *Baer/Markard* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 3 III Rn. 429.

⁵⁷ *Ebd.*, Rn. 431.

⁵⁸ *Valentiner*, (Geschlechter)Rollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen, 21 f.

werden in den untersuchten juristischen Übungsfällen Männer als Selbstständige, Geschäftsführer und generell in Führungspositionen dargestellt. Frauen machen dagegen nur 6 Prozent der selbstständig Berufstätigen aus, eine der insgesamt drei selbstständigen Frauen ist ausgerechnet Geschäftsführerin eines Schönheitssalons.⁵⁹

Ein Erklärungsansatz für Auswirkungen dieser Art von Repräsentation findet sich im sozialwissenschaftlichen Modell des sogenannten „stereotype threats“. Mit dieser Figur wird beschrieben, wie das Selbstbild und dadurch auch die Leistung von Menschen beeinflusst und bedroht werden, wenn sie von Stereotypen betroffen sind. In der Studie „A threat in the Air - How Stereotypes Shape Intellectual Identity and Performance“ beschäftigt sich der Autor Claude Steele mit der Frage, inwiefern gesellschaftliche Stereotype gegenüber einer Gruppe die intellektuelle Leistungsfähigkeit und die Persönlichkeitsentwicklung der Individuen dieser Gruppe beeinflussen.⁶⁰ Die Studie beginnt mit der Vermutung, dass die Lernenden sich mit dem angestrebten Erfolg identifizieren können müssen, um ihn erreichen zu können. Dazu müssen sie selbst davon überzeugt sein, dass sie das nötige Interesse, die Fähigkeiten, die Ressourcen und auch gute Chancen haben, um in dem angestrebten Bereich erfolgreich zu sein.⁶¹ Weiterhin müssen sich die Lernenden akzeptiert und respektiert fühlen, um gute Ergebnisse zu erzielen.⁶² Scheitert die Bildung einer solchen Identifikation oder geht sie während des Lernprozesses verloren, leiden die Leistungen darunter.⁶³ Als Beispiel führte Steele die Leistungen von Mädchen in mathematischen Fächern in der Schule an. Ihnen wird gegenüber Jungen oft schlechteres mathematisches Verständnis nachgesagt. Wenn Mädchen also eine Laufbahn in einem mathematischen Fach anstreben, müssen sie sich zunächst den niedrigen Erwartungen von Lehrenden, der Familie und dem Freundeskreis und der Vorstellung widersetzen, dass Mathematik „unweiblich“ sei und gleichzeitig mit dem Bewusstsein leben, dass sie in Zukunft in einem von Männern dominierten Umfeld arbeiten werden.⁶⁴ Diese Umstände, die durch soziale Strukturen entstehen, können dazu führen, dass Mädchen den Eindruck erlangen, sie könnten in mathematischen Bereichen ohnehin nicht so erfolgreich sein wie ihre männlichen Klassenkameraden, und dadurch verhindern, dass sie eine Identifikation mit dem Fach Mathematik aufbauen. Die fehlende Identifikation führt schlussendlich zu schlechteren Leistungen. Stereotype wirken in den Fällen des *stereotype threat* wie eine selbsterfüllende Prophezeiung: Wird einer

⁵⁹ *Ebd.*, 24.

⁶⁰ *Steele*, A Threat in the Air How Stereotypes Shape Intellectual Identity and Performance, 1997, 613.

⁶¹ *Ebd.*

⁶² *Ebd.*

⁶³ *Ebd.*

⁶⁴ *Ebd.*

bestimmten Gruppe von Menschen nachgesagt, sie würden ohnehin schlechtere Ergebnisse erzielen, so wird dies auch mit erhöhter Wahrscheinlichkeit eintreten.

Für die Ausgestaltung von juristischen Ausbildungsfällen bedeutet dies folgendes: Wenn in juristischen Ausbildungsfällen Frauen weniger häufig auftauchen und die dargestellten Frauen stereotyp in abhängigen Positionen und wirtschaftlich nicht erfolgreich charakterisiert werden, so wirkt sich dies auf das Selbstbild von Studentinnen aus. Durch die fehlende Repräsentation wird suggeriert, dass Frauen seltener als Männer am gesellschaftlichen Leben teilhaben. Dass die dargestellten Frauen häufig in untergeordneten Rollen als Ehefrauen, Geliebte und Hausfrauen auftreten, seltener berufstätig sind und ihre Berufe weniger divers sind und oft Stereotype bedienen, kreiert ein problematisches Frauenbild: dass nämlich Frauen in unserer Gesellschaft den Männern untergeordnet sind und auch beruflich weniger Möglichkeiten haben. Dieses Frauenbild kann dazu führen, dass Frauen (bewusst oder unterbewusst) den Eindruck erlangen, im Beruf und generell in der Gesellschaft nicht den gleichen Erfolg haben zu können, was im Endeffekt dazu führt, dass sie ihre Identifikation mit diesen Bereichen verlieren und weniger Erfolge erzielen. Somit trägt die stereotype Unterrepräsentation von Frauen dazu bei, die strukturelle Benachteiligung von Frauen weiter zu verstärken und aktualisiert damit zugleich die ebenfalls strukturelle gesellschaftliche Ungleichheit.

Der Zusammenhang zwischen der Benachteiligung und dem verpönten Merkmal ist hier evident: Die Stereotypisierungen haben gerade die Rolle der Frau im beruflichen und gesellschaftlichen Leben zum Gegenstand und knüpfen somit unmittelbar an das Geschlecht an. Auch lässt sich die Stereotypisierung nicht begründen, ohne auf eben dieses Merkmal Bezug zu nehmen. Es kann daher dahinstehen, ob es sich hier um ein Anknüpfungsverbot oder ein Begründungsverbot handelt, da vorliegend die Voraussetzungen beider verfassungsrechtlicher Ansichten erfüllt sind.

Somit lässt sich zusammenfassen: Die stereotype und unterrepräsentative Darstellung von Frauen in juristischen Ausbildungsfällen stellt eine unmittelbare Diskriminierung dar und knüpft im Sinne des Art. 3 III GG an das Merkmal "Geschlecht" an.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung: die Lehrfreiheit, Art. 5 III 1 GG

Wie dem Wortlaut des Art. 3 III 1 GG zu entnehmen ist, wird das Grundrecht zunächst schrankenlos gewährt. Entsprechend der Systematik des deutschen Grundgesetzes kann nach dem sogenannten Prinzip der praktischen Konkordanz bei Kollision mit einem anderen Gut von Verfassungsrang auch ein zunächst „schrankenlos“

gewährtes Grundrecht verfassungsrechtlich zulässig eingeschränkt werden.⁶⁵ Dabei muss stets eine Abwägung der betroffenen Verfassungsgüter stattfinden.⁶⁶

Wenn Art. 3 III 1 GG betroffen ist, kann die unmittelbare Anknüpfung an eines der verpönten Merkmale des Art. 3 GG nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt werden.⁶⁷ Nach dem hierfür geltenden strengen Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts sind geschlechtsbezogene Differenzierungen nur mit den Gleichheitssätzen vereinbar, wenn sie der Gleichberechtigung dienen (Abs. 2) oder „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.“⁶⁸ Wie gezeigt, dient die stereotype Darstellung von Frauen keineswegs der Gleichstellung; vielmehr schadet die Reproduktion von veralteten Rollenbildern gerade dem Ziel der Gleichberechtigung. Es ist also bereits kein legitimes Ziel ersichtlich, dass mit der diskriminierenden Ausgestaltung von Lehr- und Prüfungsmaterial verfolgt würde. Konsequenterweise ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine derartige Ausgestaltung gar erforderlich sein sollte. Ein Ausnahmefall, der die diskriminierende Anknüpfung an das weibliche Geschlecht hier rechtfertigen könnte, liegt nicht vor.

In Fällen, in denen es wie hier an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung fehlt, lässt sich eine Ungleichbehandlung nur noch durch kollidierendes Verfassungsrecht rechtfertigen.⁶⁹ Als kollidierendes Verfassungsrecht oder verfassungsimmanente Schranke kommt hier vor allem die Lehrfreiheit aus Art. 5 III 1 GG in Betracht. Als Bestandteil der Wissenschaftsfreiheit garantiert die Lehrfreiheit die wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse.⁷⁰ Dabei ist es nicht relevant, ob die Erkenntnisse aus eigener oder fremder Forschung stammen.⁷¹ Von dem Schutzbereich umfasst ist dabei das Recht, Gegenstand, Form, Inhalt, methodischen Ansatz und das zu verwendende Material für die Lehrveranstaltung frei zu wählen.⁷² Starck/Paulus spezifizieren dies noch weiter: Demnach soll durch Art. 5 III 1 GG die Lehre durch mündlichen Vortrag, auch gegenüber dem einzelnen Lernendem, durch Lehrbücher, Lehrbriefe, Skripten innerhalb und

⁶⁵ *Sachs* in *Sachs GG*, Vor Art. 1, Rn. 120.

⁶⁶ *Ebd.*, Rn. 124.

⁶⁷ *Baer/Markard* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 3 III Rn. 433. Bezüglich mittelbarer Diskriminierung ist der Maßstab der Rechtfertigung umstritten, *Baer/Markard* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 3 III Rn. 434, dieser Streit kann, da eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt, hier jedoch dahinstehen.

⁶⁸ BVerfGE 85, 191 (207).

⁶⁹ *Baer/Markard* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 3 III Rn. 461.

⁷⁰ *Britz* in *Dreier GG*, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 29.

⁷¹ *Starck; Paulus* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 5 III Rn. 480.

⁷² *Britz* in *Dreier GG*, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 29.

außerhalb der Universität, also auch durch Zeitschriften (Ausbildungszeitschriften) und im Rundfunk und Internet sowie Prüfungen geschützt sein.⁷³

Dabei sind Hochschullehrer*innen unstrittig Berechtigte des Grundrechts, sie sind „geborene Rechtssubjekte der Wissenschaftsfreiheit“.⁷⁴ Auch wissenschaftliche Assistent*innen sind in diesem Sinne berechtigt, wenn sie Aufgaben im Bereich der wissenschaftlichen Lehre übernehmen.⁷⁵ Insofern ist vorliegend abzuwägen, inwiefern die den Lehrpersonen zustehende Lehrfreiheit der Durchsetzung eines gleichheitsrechtlichen Anspruchs auf diskriminierungsfreien Rechtsunterricht entgegensteht. Allerdings ist stets die Doppelsinnigkeit der Grundrechtsposition der Lehrenden zu beachten, denn vergleichbar mit der janusköpfigen Position der Universität sind auch die Lehrenden häufig gleichzeitig Berechtigte und Verpflichtete der Grundrechte.⁷⁶ Um den Schutzbereich der Lehrfreiheit zu bestimmen, muss zunächst die abstrakte Wertigkeit der beeinträchtigten Rechtsgüter zueinander in Beziehung gesetzt werden. Im Anschluss daran kann die Abwägung im konkreten Einzelfall erfolgen.

a) Abwägung auf abstrakter Ebene

Gegenüberzustellen sind der abstrakte Wertgehalt des besonderen Gleichheitsrechts aus Art. 3 III 1 GG und der Lehrfreiheit aus Art. 5 III 1 GG. Dabei ist die Wissenschaftsfreiheit insofern ein Grundrecht von besonderer Bedeutung, als sie im klassischen Sinne ein Abwehrrecht gegen den Staat darstellt. Vergleichbar mit der Meinungs- und Kunstfreiheit gewährt die Wissenschaftsfreiheit die Freiheit des Ausdrucks frei vom staatlichen Einfluss. Über diesen abwehrrechtlichen Charakter hinaus beinhaltet sie auch einen freiheitsrechtlichen Kern, der individuell den im wissenschaftlichen Bereich tätigen Personen zusteht.⁷⁷ Der Wissenschaftsfreiheit kommt also eine elementare Bedeutung für das Bestehen der vom GG vorgesehenen freiheitlich demokratischen Grundordnung zu.⁷⁸ Die in Art. 5 III 2 GG gesondert herausgestellte Bindung der Lehre an die Treue zur Verfassung stellt nun keine zusätzliche Schranke dar, denn es sind selbstverständlich auch kritische Äußerungen gegenüber dem GG zulässig; ihre Grenzen findet die Lehrfreiheit vielmehr allenfalls in verfassungsimmanenten Schranken.⁷⁹ Häufig ist insbesondere an Hochschulen eine Kollision mit dem Grundrecht der Studierenden aus Art. 12 I GG denkbar, wobei in der

⁷³ *Starck; Paulus* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 5 III Rn. 491.

⁷⁴ *Bethge* in Sachs GG, Art 5 Rn. 207.

⁷⁵ *Britz* in Dreier GG, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 67.

⁷⁶ *Starck; Paulus* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 5 III Rn. 496, 497.

⁷⁷ *Bethge* in Sachs GG, Art 5 Rn. 201.

⁷⁸ *Ebd.* Rn. 200, 201.

⁷⁹ *Britz* in Dreier GG, Art. 5 III Rn. 50; *Bethge* in Sachs GG, Art 5 Rn. 226, 227.

Rechtsprechungspraxis meist die Grundrechtspositionen der Studierenden als überwiegend angesehen werden.⁸⁰

Art. 3 III 1 GG ist als spezieller Gleichheitssatz eine Ausgestaltung des in Art. 3 I GG statuierten Gleichheitsgebots. Dieses die Gleichheit aller Menschen fordernde Recht ist eine „tragende Säule des demokratischen Verfassungsstaates“⁸¹, welche einen grundlegenden Gerechtigkeitsgedanken in das deutsche Grundrechtssystem einführt. Während Absatz 1 von dem Grundsatz ausgeht, dass keine Ungleichbehandlung zwischen wesentlich Gleichen erfolgen darf, knüpfen die folgenden beiden Absätze an bestehende Strukturen an.⁸² Der hier einschlägige Abs. 3 Satz 1 ist dabei mit seinem abschließenden Kategorienkatalog zwar durchaus kritisch zu betrachten, soweit schützenswerte Kategorien dort nicht aufgeführt sind, allerdings sind die aufgezählten Kategorien aus der Erfahrung des nationalsozialistischen Unrechts entstanden, und es werden insofern Kategorien genannt, an die während des NS-Regimes besonders häufig rechtliche Diskriminierung geknüpft war.⁸³

Da es vorliegend um eine Ungleichberechtigung zwischen Männern und Frauen geht, ist hier zugleich der besondere Gehalt des Art. 3 II GG zu beachten. Dieser knüpft ebenfalls an bestehende Strukturen an, nämlich das „seit Jahrhunderten währende [...] Patriarchat“⁸⁴. Zwar kann bei Benachteiligungen wegen des Geschlechts kein weiterreichender Regelungsgehalt aus Art. 3 II GG abgeleitet werden, allerdings lässt sich aus diesem Absatz ein gesellschaftlicher Imperativ ablesen, welcher auf Angleichung der Lebensverhältnisse zwischen Männern und Frauen gerichtet ist. Es sollen also nicht nur Diskriminierungen verhindert werden, sondern es wird aktiv Gleichberechtigung gefordert.⁸⁵

Insofern lässt sich aus beiden Grundrechten eine tragende Bedeutung für das demokratische Wertesystem des Grundgesetzes ablesen. Während die Lehrfreiheit eher einen freiheitlich-abwehrenden Charakter aufweist, wohnt dem Grundrecht aus Art. 3 GG ein egalitärer Gedanke inne. Aus dieser Konstellation ergibt sich die besondere Schwierigkeit der hier vorzunehmenden Abwägung, so kann schlicht nicht abstrakt das Überwiegen eines Grundrechts konstatiert werden.

⁸⁰ Britz in Dreier GG, Art. 5 III Rn. 50, 51.

⁸¹ Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2015, 126 Rn. 450.

⁸² Ebd.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ Ebd. Rn. 516.

b) Abwägung im Einzelfall

Anders könnte es sich jedoch hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung verhalten, das heißt damit, wie das Recht der Lehrenden, ihr Unterrichtsmaterial nach eigenem Ermessen zu gestalten, im Verhältnis zu dem Recht der (weiblichen) Studierenden zu gewichten ist, kein diskriminierendes Ausbildungsmaterial zu erhalten. Wie bereits dargelegt, gewährt Art. 5 III 1 GG dem Hochschulpersonal das Recht, sein Lehrmaterial selber zu gestalten. Dieses Recht fundiert die Freiheit der Wissenschaft in Gestalt der Lehrfreiheit nicht unwesentlich, da die Ausgestaltung des Lehrmaterials großen Einfluss auf die Ausbildung der nachfolgenden akademischen Generation hat. Gerade aus diesem Gewährleistungsinhalt der Lehrfreiheit ergibt sich jedoch ein Argument für die Relevanz diskriminierungsfreien Lehrmaterials: Wird der Einfluss von Lehrmaterial auf die Zukunft der Unterrichteten anerkannt, sollte einem egalitären Ausbildungsinhalt besonderer Wert zukommen. Dies gilt nicht zuletzt vor dem transformatorischen Wertgehalt des Art. 3 II GG, der das Hinwirken auf die tatsächliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern fordert.

Die grundsätzliche Einschränkung der Lehrfreiheit durch organisatorische Studienvoraussetzungen unterstreicht dieses Abwägungsergebnis weiter. So muss, wie oben dargelegt, die Lehrfreiheit regelmäßig vor dem Recht der Studierenden auf einen reibungslosen Studienablauf zurücktreten: Lehrpläne müssen eingehalten, bestimmte Prüfungsformen angeboten werden. Eine komplette Ungebundenheit der Lehre ist insofern allenfalls im höchstpersönlichen Binnenbereich des wissenschaftlich tätigen Individuums zu gewähren.⁸⁶ Sobald die Lehrperson sich nach außen hin äußert, was bei Lehrtätigkeit regelmäßig vorliegen wird, ist die Wissenschaftsfreiheit nicht mehr unbedingt. Wenn diese Freiheit bereits organisatorischen Notwendigkeiten weichen muss, gilt dies erst recht für den essentiellen Diskriminierungsschutz aus Art. 3 III 1 GG in Verbindung mit dem staatlichen Fördergebot aus Art. 3 II GG. Art. 5 III 1 GG ist deshalb einschränkbar zugunsten des Ziels, diskriminierungsfreie Lehre durchzusetzen. Eine Regelung von diskriminierungsfreiem Rechtsunterricht müsste also der Lehrfreiheit Rechnung tragen, allerdings ist sie vor dem Hintergrund der eben dargestellten Gewichtung als Eingriff in die Lehrfreiheit mit kollidierendem Verfassungsrecht aus Art. 3 III 1 GG in Verbindung mit Art. 3 II GG rechtfertigbar.

4. Zwischenergebnis

Die Ausgabe von diskriminierendem Lehrmaterial stellt einen verfassungswidrigen Eingriff in die Rechte der Studierenden aus Art. 3 III 1 GG dar.

Ein Anspruch auf diskriminierungsfreies Lehrmaterial aus Art. 3 III 1 GG besteht.

⁸⁶ *Bethge* in Sachs GG, Art 5 Rn. 222.

II. Anspruch aus Art. 12 I GG, Berufsfreiheit

Fraglich ist weiterhin, ob und inwiefern die Ausgabe von diskriminierendem Lehrmaterial einen verfassungswidrigen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG darstellt.

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Beruf im Sinne der Norm ist zunächst jede Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient oder dazu beiträgt. Ein Großteil der von diskriminierenden Ausbildungsinhalten betroffenen Studentinnen strebt eine berufliche Tätigkeit im juristischen Bereich an, befindet sich aber zum fraglichen Zeitpunkt zunächst in der universitären Ausbildung bzw. im staatlichen Vorbereitungsdienst. Entgegen dem zunächst eindeutig wirkenden Wortlaut des Art. 12 I GG umfasst die in Satz 1 und 2 gewährte Berufsfreiheit ein einheitliches Grundrecht, welches sowohl die Berufsausübung als auch die Wahl des Berufes, Arbeitsplatzes sowie der Ausbildungsstätte gleichermaßen schützt.⁸⁷ Die Einheitlichkeit von Wahl und Ausübung des Berufes wurde bislang nur hinsichtlich der Berufsfreiheit begründet und es wird argumentiert, dass sich Wahl und Ausübung des Berufes nicht sinnvoll trennen ließen, da zeitliche und inhaltliche Überschneidungen vorlägen.⁸⁸ Aus dem Aufbau der Norm sowie aus dem engen Sinnzusammenhang von Wahl und Ausübung eines Berufes ergibt sich freilich auch bezüglich der Ausbildungsstätte, dass der Schutzbereich hinsichtlich der Ausübung und Wahl der Ausbildung einheitliche Wirkung entfaltet.⁸⁹

(1) Universitäres Lehrmaterial

Zunächst ist zu klären, inwiefern das Lernen mit dem zu Lehrzwecken eingesetzten Material während des "Unterrichts" überhaupt durch die Berufsfreiheit geschützt ist. Dafür müsste die Ausübung oder Wahl der Ausbildung betroffen sein. In Betracht kommt hier eine Regelung der Ausübung der Ausbildungsfreiheit.

Die Ausgestaltung der Studien- und Prüfungsordnung ist „in Anbetracht ihres Inhalts und ihrer Zielrichtung vorrangig an dem Grundrecht der Studenten auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu messen.“⁹⁰ Die Studien- und Prüfungsordnungen selbst diskriminieren nicht, da sie den Einsatz diskriminierendes Lehrmaterials nicht vorschreiben (s.o.). Insofern kann zunächst keine eindeutige Zuordnung des tatsächlichen Unterrichtsmaterials zum Schutzbereich des Art. 12 I GG abgeleitet werden. Wenn

⁸⁷ Hufen, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 2017, 601 Rn. 5.

⁸⁸ BVerfGE 7, 377, 400 f.; Wieland in Dreier GG, Art. 12 Rn. 48.

⁸⁹ Wieland in Dreier GG, Art.12 Rn. 48.

⁹⁰ BVerwG, NvWZ-RR 2006, 36, Rn. 4.

es durch die Studien- und Prüfungsordnung zu Rückwirkungen auf die inhaltliche und methodische Gestaltung des Hochschulunterrichts kommt, ist primär die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 III 1 GG einschlägig, allerdings zunächst im Sinne der Lehrfreiheit zugunsten der Lehrenden und gerade nicht der Lernenden.⁹¹ Als Kehrseite der Lehrfreiheit der Professor*innen kann die Studierfreiheit auf Seiten der Studierenden gesehen werden, welche wiederum überwiegend unter Art. 12 I GG gefasst wird.⁹² Die „Freiheit des Studiums“ ist dabei in der Gesetzgebung und der Rechtsprechung bislang nicht abschließend definiert. Es folgt zwar ein Recht auf aktive Teilnahme am wissenschaftlichen Gespräch⁹³ aus Art. 5 III 1 GG, doch keines auf Einflussnahme auf die Lehre.⁹⁴

Wo genau das Recht auf diskriminierungsfreie Ausbildungsinhalte in diesem Spannungsfeld zu verorten? Die Studierfreiheit gründet darauf, dass das Studium an der Universität auf aktive Teilnahme am Wissenschaftsprozess angelegt ist.⁹⁵ Davon ist auch das kritische Hinterfragen des bereitgestellten Lernmaterials von der Studierfreiheit umfasst. Sollen freilich Vorgaben gemacht werden, dass Lehrfälle diskriminierungsfrei gestaltet werden (zum Beispiel durch Geschlechterparität oder die Verpflichtung zur Darstellung diverser Lebensrealitäten), ist darin weit mehr als eine rein kritische Auseinandersetzung mit bereitgestelltem Material zu sehen. Vielmehr handelt es sich um eine Einflussnahme auf die Lehre, welche – folgt man den bislang formulierten Grenzen – nicht von der Studierfreiheit gedeckt wäre. Insofern ist ein Anspruch auf Beteiligung an der inhaltlichen Ausgestaltung des Lehrmaterials bereits nicht vom Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst.

(2) Universitäre Prüfungen und Staatsexamen

Anders könnte es sich bei universitären Prüfungen verhalten. Über seinen Wortlaut hinaus schützt Art. 12 I GG sowohl Wahl als auch Ausübung der Ausbildung.⁹⁶ Umfasst sind alle während der Ausbildung geforderten Tätigkeiten, insbesondere die Teilnahme am Unterricht oder an Prüfungen.⁹⁷ Bei der Bewertung zu bedenken ist, dass der grundrechtliche Schutz des Ausbildungswesens bislang hauptsächlich am Zugang zur Ausbildungsstätte und kaum an der staatlichen Regelung von

⁹¹ *Ebd.*; Manssen in v. Mangoldt/ Klein/ Starck Art. 12 I Rn. 183.

⁹² *Bethge* in Sachs GG, Art. 5 Rn. 208; *Starck* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck Art. 5 III Rn. 494.

⁹³ *BVerfGE* 55, 37, 65 f., 141, 143, 164 f. Rn. 49.

⁹⁴ *Starck* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Art. 5 Abs. 3 Rn. 494.

⁹⁵ Vgl. *BVerfGE* 35, 79, 125; *BVerfGE* 55, 37.

⁹⁶ *Wieland* in Dreier, Art. 12. Rn. 48.

⁹⁷ *Mann* in Sachs, Art. 12 Rn. 91.

Ausbildungsgängen problematisiert wurde.⁹⁸ Anforderungen an die Ausgestaltung von Prüfungen werden von der Rechtsprechung damit begründet, dass ein enger Zusammenhang zwischen Ausbildung und späterer Berufstätigkeit bestehe.⁹⁹ Es sind also nur solche Prüfungen an Art. 12 I GG zu messen, die für die Aufnahme eines Berufs qualifizieren, der eine bestimmte Vor- und Ausbildung sowie den Nachweis der erworbenen Fähigkeiten durch Bestehen einer Prüfung verlangt.¹⁰⁰ Gleichzeitig stehen im Prüfungsrecht grundsätzlich gleichheitsrechtliche Ansprüche im Vordergrund, nur ausnahmsweise wird auch der Freiheitsraum des Art. 12 I GG berührt, wenn das Ablegen einer Prüfung eng mit dem späteren Berufsweg zusammenhängt.¹⁰¹ Das Bestehen der universitären Pflichtfachprüfungen ist Voraussetzung für die erfolgreiche Zulassung zum Staatsexamen und ihre Absolvierung deswegen unumgehbare Bedingung für das Ergreifen eines juristischen Berufs. Somit ist der Schutzbereich hinsichtlich der universitären Prüfungen eröffnet. Das gleiche gilt – erst recht – für die Staatsexamina.

(3) Referendariat

Unstrittig ist der Zugang zum staatlichen Vorbereitungsdienst vom Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst¹⁰². Da der juristische Vorbereitungsdienst vollständig staatlich monopolisiert und Voraussetzung für eine berufliche Tätigkeit auch außerhalb des Staates ist, wird auch das Referendariat selbst von der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG umfasst.

(4) Zwischenergebnis

Die Ausgestaltung der universitären Prüfungen, des Referendariats sowie der beiden Staatsprüfungen sind vom sachlichen Schutzbereich des Art. 12 I GG erfasst. Nicht erfasst sind die universitären Unterrichtsmaterialien.

b) Persönlicher Schutzbereich

(1) Studierende aus Deutschland

Der Wortlaut des Art. 12 GG gewährt die Freiheit des Berufs, der Arbeit und der Ausbildung zunächst allen Deutschen im Sinne von Art. 116 GG.¹⁰³ Da die Studierendenschaft jedoch aus Menschen mit verschiedenen Staatsangehörigkeiten besteht, ist fraglich, inwiefern das Grundrecht auch für sie Schutzwirkung entfaltet.

⁹⁸ *Wieland* in Dreier, Art. 12. Rn. 52.

⁹⁹ *Ebd.*

¹⁰⁰ *Ebd.*

¹⁰¹ *BVerfGE* 52, 380, 388

¹⁰² *Manssen* in v. Mangoldt/ Klein/ Starck Art. 12 Abs. 1 Rn. 63; *Wieland* in Dreier, Art. 12. Rn. 52.

¹⁰³ *Wieland* in Dreier, Art. 12 Rn. 62.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Verfassungsentscheidung, gewisse Grundrechte als Deutschengrundrechte zu privilegieren, als explizit geäußelter verfassungsgebender Wille hinzunehmen ist und nicht pauschal umgangen werden sollte.

(2) Studierende aus der Europäischen Union

Für Studierende aus der Europäischen Union (EU) ergibt sich aus der in Art. 18 Abs. 1 AEUV geregelten Unionsbürgerschaft ein allgemeines Diskriminierungsverbot von Staatsangehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten. Nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 und 3 GG ist bei weiteren europäischen Integrationsverträgen eine Textänderung des Grundgesetzes nicht notwendig, denn Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG verweist gerade nicht auf die in Art. 79 Abs. 1 GG geregelte Wortlautänderung der Verfassung. Mit der Zustimmung zum Vertrag von Lissabon¹⁰⁴ wurde also implizit der Gehalt des GG dahingehend geändert, dass auch für Unionsbürger*innen aus anderen Mitgliedstaaten der gleiche grundrechtliche Standard gilt wie für deutsche Staatsbürger*innen. Art. 12 GG gilt deswegen jedenfalls auch für Personen mit der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der EU.

(3) Studierende aus Drittländern

Damit sind allerdings Studierende aus Drittstaaten (Nicht-EU-Staaten) noch nicht vom Schutzbereich des Art. 12 GG umfasst. Auch wenn sich aufgrund des im Wortlaut eindeutig manifestierten verfassungsgebenden Willens eine schematische Erstreckung der sog. Deutschengrundrechte auf alle Menschen verbietet, muss doch zumindest hinsichtlich des menschenrechtlichen Gehalts der Grundrechte die Gewährleistung gegenüber allen Menschen im Geltungsbereich des GG sichergestellt sein, wie sich nicht zuletzt aus der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG, ergibt.¹⁰⁵ Allerdings gewährt Art. 12 I GG zum Teil über den reinen Menschenwürdeschutz hinausgehende Rechte, deren einschränkungslose Gewährung zunächst aufgrund der von der verfassungsgebenden Gewalt vorgenommenen eindeutigen Differenzierung nicht unstrittig zu gewähren ist.¹⁰⁶ So sollen etwa besondere Zugangsbedingungen zu zulassungsbeschränkten Studiengängen für Drittstaatenangehörige mit Art. 12 I GG vereinbar sein.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BGBl. II 2008 Nr. 27 S. 1038, zur Verfassungskonformität des Gesetzes zum Vertrag von Lissabon: *BVerfGE* 123, 267 - 437.

¹⁰⁵ *Starck* in: Mangoldt/Klein/ Starck Art. 2 Abs. 1 Rn. 46, skeptisch: *Dreier* in *Dreier GG*: Art 2 I Rn. 46.

¹⁰⁶ *Starck* in: Mangoldt/Klein/ Starck Art. 2 Abs. 1 Rn. 46.

¹⁰⁷ *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck Art. 12 Abs. 1 Rn. 266; ebenso: *VGH*, *DVBl.* 1988, 407, 407.

Selbst wenn man dieser differenzierenden Auslegungsweise folgt, ist die Sachlage hier anders zu bewerten: Es handelt sich vorliegend um einen Sachverhalt mit stark diskriminierungsrechtlichem Bezug, der Anspruch auf diskriminierungsfreie Ausbildung ist mithin primär über Art. 3 III 1 GG zu begründen, eine Ausnahme zulasten Drittstaatsangehöriger würde Art. 2 I GG deswegen gerade in seinem menschenrechtlichen Kern berühren.¹⁰⁸ Insofern stünde vorliegend eine Ausnahme Drittstaatsangehöriger aus dem Schutzbereich jedenfalls in direktem Widerspruch zu Art. 2 I GG.

c) Zwischenergebnis

Der Schutzbereich des Art. 12 I GG ist für alle Studierenden bei Prüfungssituationen eröffnet.

2. Eingriff

Stereotype Fallgestaltung in (universitären und Examens-)Prüfungen könnten in die Berufsfreiheit eingreifen. Auf Ebene des Schutzbereichs von Art. 12 I GG wird die Einheitlichkeit von Wahl und Ausübung des Berufes sowie der Ausbildung betont, auf Eingriffsebene wird dagegen klassischerweise zwischen objektiven und subjektiven Zulassungsschranken und sog. Berufsausübungsregelungen unterschieden. Sowohl die objektiven als auch die subjektiven Zulassungsschranken beziehen sich primär auf den Zugang zu einer Ausbildung. Da es vorliegend um die inhaltliche Ausgestaltung der Ausbildung geht, kommt lediglich eine sinngemäße Anwendung der Berufsausübungsregelungen auf die Ausbildungssituation in Betracht, soweit es auch hier um die Frage nach dem „Wie“ der Ausbildung geht. Von den Berufsausübungsregelungen umfasst sind Regelungen, die sich final auf berufliche Betätigungen beziehen und sie unmittelbar zum Gegenstand haben.¹⁰⁹ Rein faktische Beeinträchtigungen sollen keine rechtfertigungspflichtige Eingriffe darstellen, gefordert wird vielmehr eine „objektiv berufsregelnde Tendenz“ der Maßnahme.¹¹⁰

Eine objektiv berufsregelnde Tendenz liegt vor, wenn die (staatliche) Maßnahme bei berufsneutraler Zielsetzung gewichtige mittelbare Auswirkungen auf einen Beruf hat.¹¹¹ Voraussetzung hierfür ist, dass die Regelung nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt

¹⁰⁸ Das gilt insbesondere, wenn man an dieser Stelle weiterdenkt und einen Anspruch auf diskriminierungsfreie Ausbildung auch über das Merkmal Herkunft konstruieren will. Zu Herkunftseffekten bei der Bewertung des Staatsexamens bspw.: *Glöckner/Towfigh/Traxler*, Empirische Untersuchung zur Benotung in der staatlichen Pflichtfachprüfung und in der zweiten juristischen Staatsprüfung in Nordrhein-Westfalen von 2006 bis 2016, 22ff.

¹⁰⁹ *Mann* in Sachs GG, Art. 12 Rn. 93.

¹¹⁰ *BVerfGE* 70, 191 (214).

¹¹¹ *Wieland* in Dreier, Art. 12 Rn. 71.

werden.¹¹² Bezüglich der Ausbildung bedeutet dies: Ein mittelbarer Eingriff in die Ausbildungsfreiheit liegt vor, wenn die Maßnahme bei ausbildungsneutraler Zielsetzung gewichtige mittelbare Auswirkungen auf die Ausbildung hat und im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise in der Ausbildung ausgeübt werden.

Die Ausgestaltung von Prüfungsmaterialien haben zwar Auswirkungen auf die Prüfungen, die typischerweise absolviert werden müssen, um eine Ausbildung abzuschließen und berufstätig zu werden. Allerdings ist hier fraglich, ob dies die Ausbildung tatsächlich beeinträchtigt, und falls ja, ob die Beeinträchtigung als so erheblich erachtet werden kann, dass sie eine „objektiv-ausbildungsregelnde Tendenz“ hat. Zu Prüfungssituationen im Allgemeinen führte der VGH Kassel aus, dass das Prüfungsverfahren so auszugestalten sei, dass die Grundrechte innehabende Person „angemessen informiert, fair behandelt, vor Befangenheit bewahrt wird, und dass der Prüfungsinhalt dem Prüfungszweck entspricht, die Entscheidungen begründet und in einem rechtsstaatlich nachvollziehbaren Verfahren überprüfbar sind.“¹¹³ Der Schwerpunkt liegt hier also auf der fairen Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens und wie sich dieses unmittelbar auf die Prüfungssituation auswirkt. Zwar wirkt sich, wie gezeigt, die stereotype Darstellung von Frauen sich auf den Lernerfolg der Studentinnen aus. Doch erweist sich diese Auswirkung gerade im Lichte des engen Maßstabs des Art. 12 I GG im Hinblick auf die konkrete Prüfungssituation nicht als erheblich genug, um gewichtige Auswirkungen auf die Ausbildung im Sinne der Berufsfreiheit zu entfalten. Die durch den „stereotype threat“ beschriebenen Konsequenzen einer stereotypen Darstellung von Frauen wirken sich über einen längeren Zeitraum auf das Lernverhalten und den Lernerfolg der Studentinnen aus. Abgesehen von besonders extremen Darstellungen hat das aber keine unmittelbare und konkrete Auswirkung auf die Prüfungssituation.

Eine objektiv berufsregelnde Tendenz der Maßnahme liegt somit mangels gewichtiger Auswirkung auf den tatsächlichen Ablauf der Ausbildung nicht vor. Ein Eingriff in den Schutzgehalt des Art. 12 I GG kann nicht angenommen werden.

3. Zwischenergebnis

Ein Eingriff in Art. 12 I GG liegt nicht vor.

¹¹² BVerfGE 97, 228 (254).

¹¹³ Hufen, Staatsrecht II, 624 Rn. 48, Kernpunkte der BVerfGE 52, 380, 388.

C. Fazit

Eine Verletzung der verfassungsmäßig gewährten Rechte von Studierenden durch diskriminierendes Ausbildungsmaterial ist über den Diskriminierungsschutz aus Art. 3 III 1 GG zu begründen, eine mögliche Inanspruchnahme aus der Berufsfreiheit scheitert auf Eingriffsebene am hinreichend direkten Einfluss auf die Prüfungssituation. Das Verfassungsziel der Schaffung paritätischer Verhältnisse zwischen Frauen und Männern aus Art. 3 II GG, welches sich bei Vorliegen eines hinreichend begrenzten Handlungsspielraums auch anspruchsbegründend durch Art. 3 III 1 GG einfordern lässt, ist vorliegend zentral. Effektiver Diskriminierungsschutz ist die essentielle Voraussetzung für eine gleichberechtigte und gerechte Gesellschaft ist.

Daran knüpft die Frage an, was für eine tatsächliche Durchsetzung des Rechts aus Gleichbehandlung in der Ausbildung erforderlich wäre. Rechtlich ist auf die Begründung eines tatsächlichen verfassungsrechtlichen Anspruches zu verweisen, welcher angesichts der kompletten Ungeregeltheit der Materie aus dem Untermaßverbot abzuleiten sein könnte.

Darüber hinaus muss weitere empirische Grundlagenarbeit geleistet werden. Zwar werfen die hier verwendeten empirischen Studien und das sozialwissenschaftliche Konzept des „stereotype threat“ bereits ein recht eindeutiges Licht auf den Zusammenhang zwischen diskriminierendem Ausbildungsmaterial und schlechteren Ergebnissen in den beiden juristischen Staatsprüfungen. Gleichwohl wäre eine weitere Erforschung der Kausalitätsbeziehungen sinnvoll. Gerade im Bereich der Diskriminierung wird häufig auf persönliche Befindlichkeiten der Betroffenen oder auf eine angeblich geringere Begabung von Frauen für das Fach verwiesen.¹¹⁴ Weitere Forschung kann die gesellschaftliche Relevanz des Themas verdeutlichen. Daneben sind die Klärung der empirischen Verhältnisse und kausalen Beziehungen für eine juristische Aufarbeitung des Themas unerlässlich.

Grundsätzlich ist die rechtliche Durchsetzung nur eine Möglichkeit, das Recht auf gerechtere Ausbildung zu erkämpfen. Neben Aufmerksamkeitschaffung mit dem Ziel, größere Sensibilität für das Thema zu generieren, kann auch konkreter Aktivismus dieses Ziel unterstützen. Je nach Status bieten sich unterschiedliche Formen für ein Tätigwerden an. So ist es für Lehrkräfte empfehlenswert, nicht nur bei der Erstellung neuen Lehrmaterials auf geschlechtergerechte Sprache und die Fallgestaltung zu achten, sondern auch ihr bisheriges Repertoire zu überprüfen. Wie bereits dargestellt,

¹¹⁴ Vgl. *Constantin van Lijnden*, Folge 22: Diskriminierende Examensnoten und Kreuze in Bayern (ab ca. -00:46:00), in: FAZ Einspruch, der Podcast zu Recht, Justiz und Politik. Abzurufen unter: <https://fazeinspruch.podigee.io/26-neue-episode> (01.10.2018).

hat die Stereotypisierung nicht nur System, sondern auch Tradition¹¹⁵. Hier kann sich auch die Zusammenarbeit mit interessierten Studierenden anbieten, zum Beispiel in Form (anonymisierten) Feedbacks zum Lehrmaterial. Dieses Recht der Studierenden, die Lehre kritisch zu hinterfragen, hat als Studierfreiheit in Art. 5 III 1 GG seine verfassungsmäßige Grundlage. Neben der konkreten Ansprache von einzelnen Lehrkräften – welche realistisch betrachtet mit der Angst vor Nachteilen für den eigenen akademischen Werdegang einhergehen mag – bietet sich an, generell Aufmerksamkeit für das Thema zu schaffen, beispielsweise durch studentisch organisierte Informationsabende oder entsprechende Workshops, wenn möglich bereits am Anfang des Studiums.

In juristischen Ausbildungsfällen wird nicht nur bei den Geschlechterrollen stereotypisiert und diskriminiert, sondern auch aufgrund anderer Diskriminierungskategorien. Diesem Umstand wurde in dieser Arbeit nur am Rande Aufmerksamkeit geschenkt; er ist jedoch essentiell für die Auseinandersetzung mit diskriminierendem Rechtsunterricht. So sei abschließend insgesamt weitergehende Forschung zu dieser Thematik und mehr Diversität in den juristischen Ausbildungs- und Prüfungsmaterialien gefordert. Nur wenn diese bereits in der Theorie gelehrt wird, kann sie später in der Praxis gelebt werden.

¹¹⁵ *Pabst/Slupik*, Das Frauenbild im zivilrechtlichen Schulfall - Eine empirische Untersuchung, zugleich ein Beitrag zur Kritik gegenwärtiger Rechtsdidaktik, 242-256.

Literatur- und Quellenverzeichnis

Literatur

Battis, Ulrich, Hans Joachim Grigoleit, Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität, in: Kötz, Hein, Peter Rawert, Karsten Schmidt, Rainer Walz, und Bucerius Law School: Institut für Stiftungsrecht. Non Profit Law Yearbook 2005. Köln u.a: Carl Heymanns, 2006.

Breitinger, Matthias, Ungerechte Notenvergabe in der Juraprüfung, Zeit Online, 25.04.2018. Abgerufen unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2018-04/jura-staatsexamen-frauen-migranten-benachteiligung-studie> (12.06.2018).

Bumke, Christian, Andreas Voßkuhle. Casebook Verfassungsrecht. 7. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

Chebout, Lucy, Selma Gather, und Dana-Sophie Valentiner, Sexismus in der juristischen Ausbildung. Ein #Aufschrei dreier Nachwuchsjuristinnen, *djbZ* 4/2016, 2016, 190–93.

Deutscher Juristinnenbund e.V. - Pressemitteilung 18-16 / Diskriminierung in der juristischen Ausbildung systematisch in den Blick nehmen: Geschlecht und Herkunft folgenreich für Examensnote. Abgerufen unter: <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/AS/pm18-16/> (26.05.2018).

Dreier, Horst, Hartmut Bauer (Hrsg): Grundgesetz. Kommentar. Band I: Präambel, Artikel 1-19. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

Epping, Volker, Christian Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, 25. Edition München: C.H. Beck, 2015.

Freier, Ronny, Moritz Schubert, Mathias Schumann, Thomas Siedler, Jura-Prädikat hat eine stark positive Signalwirkung auf das Einkommen. *DIW WOCHENBERICHT*, Nr. NR. 26/2016 (30. Juni 2016): 567–71.

Hellwege, Phillip, Julia Dorfschmidt, Katharina Scharrer Martina Benecke, Frauen in den Rechtswissenschaften – Ergebnisse einer Augsburger Studie, *Rechtswissenschaft* 6, Nr. 3 (2015): 301–53.

Hinz, Thomas, Hans Christian Röhl, Geschlechterunterschiede in der Ersten juristischen Prüfung – Befunde und Hypothesen, *JuristenZeitung*, Nr. 18 (16. September 2016): 874–80.

Hirseman, Alexandra, Franz Schindler, Frauenbild in der bayerischen Justizausbildung. Schriftliche Anfrage der Abgeordneten Alexandra Hierseman, Franz Schindler SPD, 24. Februar 2014. Abgerufen unter: <https://www.alexandra->

hiersemann.de/wp-content/uploads/2015/02/Hiersemann-Schindler_Frauenbild-in-der-Justizausbildung.pdf (12.06.2018).

Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II: Grundrechte, 6. aktualisierte und überarbeitete Auflage. Grundrisse des Rechts. München: C.H. Beck, 2017.

Kaufhold, Ann-Katrin, Die Lehrfreiheit - ein verlorenes Grundrecht? Zu Eigenständigkeit und Gehalt der Gewährleistung freier Lehre in Art. 5 Abs. 3 GG. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2017.

Lijnden, Constantin van., Folge 22: Diskriminierende Examensnoten und Kreuze in Bayern (ac ca. -00:46:00). In: FAZ Einspruch, der Podcast zu Recht, Justiz und Politik. Abgerufen unter: <https://fazeinspruch.podigee.io/26-neue-episode> (01.10.2018).

Pabst, Franziska, und Vera Slupik, Das Frauenbild im zivilrechtlichen Schulfall - Eine empirische Untersuchung, zugleich ein Beitrag zur Kritik gegenwärtiger Rechtsdidaktik, *Kritische Justiz*, Nr. 3, 1977, 242–56.

Pieroth, Bodo, Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1976.

Ringelstein, Ronja, Juristenausbildung: Sexismus wird der Kampf angesagt. Der Tagesspiegel Online, 4. Mai 2018. Abgerufen unter: <https://www.tagesspiegel.de/berlin/diskriminierung-juristenausbildung-sexismus-wird-der-kampf-angesagt/21242008.html> (12.06.2018).

Sachs, Michael, Ulrich Battis (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar. 8. Auflage. München: C.H.Beck, 2018.

Schweigler, Daniela, Das Frauenbild in der bayerischen Justizausbildung, DRiZ 02/2014, 2014, 52-55.

Dies., Frauen unter Generalverdacht, Max Planck Forschung Heft 3/2014, Zur Sache, 2014, 10–14.

Starck, Christian, Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Peter M. Huber, Grundgesetz. Kommentar, Herausgegeben von Andreas Voßkuhle. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2018, Band 1: Präambel, Art. 1-19.

Spencer, Steven J., Claude M. Steele, und Diane M. Quinn, Stereotype threat and women's math performance, *Journal of Experimental Social Psychology* 35, 1999, 4–28.

Steele, Claude M., A Threat in the Air How Stereotypes Shape Intellectual Identity and Performance, *American Psychologist* 52, 1997, 613–29.

Towfigh, Emanuel, Christian Traxler, und Andreas Glöckner, Geschlechts- und Herkunftseffekte bei der Benotung juristischer Staatsprüfungen“ Projektbericht für das

Justizministerium NRW. Abgerufen unter: https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/180331-v_fin-Abschlussbericht-korr1.pdf (02.06.2018).

Dies., Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen, Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft, Nr. 1, 2014, 8–27. Abgerufen unter: <https://doi.org/10.5771/2196-7261-2014-1-8> (17.05.2018).

Valentiner, Dana-Sophie, Geschlechterrollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen Eine hamburgische Studie, Gleichstellungsreferat Universität Hamburg, 2017. Abgerufen unter: <https://www.uni-hamburg.de/gleichstellung/download/studie-rollenstereotypen-geschlechterforschung-1.pdf> (26.05.2018).

Rechtsquellen

Grundgesetz – GG

Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristinnen und Juristen im Land Berlin (Berliner Juristenausbildungsordnung – JAO).

Gesetz über die Ausbildung von Juristinnen und Juristen im Land Berlin (Berliner Juristenausbildungsgesetz – JAG)

Studien- und Prüfungsordnung (2015) für den Studiengang Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin einsehbar unter: https://gremien.hu-berlin.de/de/amb/2015/111/111_2015_AMB_Rechtswissenschaften_DRUCK.pdf (02.06.2018).

