

Dr. Vera Slupik, Berlin

Institutionelle Garantie: Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.

Ueber Bedeutung und Inhalt des alten Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG ist seit Verkundung des Grundgesetzes im Jahre 1949 gestritten worden. (1) Zuletzt entschied das Bundesverfassungsgericht 1993 (1 BvR 258/86), dass Schadensersatz bei Einstellungsdiskriminierung in Höhe von 6 Monatsgehältern nicht ausgeschlossen ist. Damit wurde klargestellt, dass die Rechtsordnung der Bundesrepublik Benachteiligung der Frauen inkriminiert und bis in das Einzelarbeitsverhältnis hinein Ergebnisgleichheit und nicht bloss gleiche Chancen durchgesetzt wissen will. (2) Dass naemlich ein Einstellungsanspruch aus dem Individualarbeitsrecht nicht anerkannt ist, ergibt sich aus dem personenbezogenen Charakter des Arbeitsverhältnisses und nicht aus moeglichen Grenzen von Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 S. 1) und Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3).

1. Pflichtenbereich des Staates

Legt man dies zugrunde, so kann der neue Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG nur im Gefuege dessen verstanden werden, was im Grundgesetz mit Gleichheit und Gleichberechtigung gemeint ist. Die "tatsaechliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Maennern", die der Staat zu foerdern hat, wird ergaenzt durch seine Verpflichtung auf "die Beseitigung bestehender Nachteile" hinzuwirken. Selbsterstaendlich ist dieser Satz imperativisch zu verstehen, obwohl er nicht wie etwa Art. 6 Abs. 5 oder Art. 4 Abs. 2 formuliert ist. Grund dafuer, weswegen er dennoch als Verpflichtung des Staates begriffen werden muss, ist, dass er bloss eine Konkretisierung des Gleichberechtigungsgrundsatzes in Abs. 2 S. 1 ist. Dieser ist als umfassende und generelle Regelung der Rechte der Frauen im Verhaeltnis zu denen der Maenner zu verstehen. Dagegen beschreibt der neue Verfassungssatz nur einen Teil des Pflichtenbereichs des Staates in Fragen der Gleichberechtigung der Geschlechter und zwar denjenigen, in dem er dem Verwirklichungsdruck des Gleichberechtigungsgrundsatzes folgt. Um ein Gleichgewicht im Geschlechterverhaeltnis zu schaffen, muessen benachteiligende Rechtsregelungen korrigiert werden,

1) Vgl. Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes fuer Paritaet im Geschlechterverhaeltnis, 1988, 25-67.

2) Sannwald, NJW 1994, 3313.

seien sie offen bloss fuer Maenner formuliert(direkte Diskriminierung) oder wirken sie messbar fuer diese bevorzugend(indirekte Diskriminierung).Dieses fordert schon Art.3 Abs.3 GG, der im Lichte des Abs.2 verstanden werden muss, der die Gleichberechtigung als Gleichgewicht zwischen zwei verschiedenen Gruppen verlangt.Es soll also Verteilungsgerechtigkeit herrschen. Diese koennte aber auch gestoert sein durch Mangel an solchen Regelungen, die Frauen beguenstigen, weil sie bislang benachteiligt worden sind und ihr Anteil an den zu verteilenden Chancen und Guetern nicht ihrem Bevoelkerungsanteil entspricht.Kompensation ist daher ein Stichwort mit dem sich der Bedeutungsinhalt des neuen Verfassungssatzes beschreiben laesst. Zwar war dies bislang schon durch Deutung erkennbarer Inhalt des Art.3 Abs.2 GG a.F., aber die Klarstellung ermoeoglicht eine eindeutigere Interpretation dort, wo bislang haeufig Unwissen ueber die Verpflichtung des Staates geherrscht hatte, in welchem Mass: er zugunsten der Frauen taetig werden muss.

2. Law in the books versus law in life

Dass es die Frauen sind, um die es geht, zeigt sich in dem Normzweck(teleologische Auslegung).Auch die hist.Auslegung bei Errichtung des GG spricht dafuer, ebenso wie die 106 000 Eingaben von Frauen vor Novellierung durch die gerade vollzogene Verfassungsaenderung. Der neue Verfassungssatz darf auch nicht, wie Hofmann es tut, den Anwendungsbereich des alten Art.3 Abs,2 GG einschraenken, denn gerade die gegenteilige Absicht bestand bei der Reform.(3)Der moderne Verfassungsgeber wollte mit dieser Norm betonen, dass der Staat in seinen drei Gewalten auch die Durchsetzung des Rechts in der Wirklichkeit beachten und vorantreiben muss.Law in the books und law in life sollen gerade keine Dichotomie, kein Widerspruch sein. Zwar enthaelt der Rechtsbegriff des Grundgesetzes die grundlegende Vorstellung von Gerechtigkeit als lebendigem Recht, der Verfassung ist die Vorstellung fremd, dass man Recht von einem gesonderten Anwendungsbereich unterscheidet. Es soll gerade das werden, was dem Verfassungsgeber vor-schwebt, dieselben Moeglichkeiten und gleiche Resultate. Sieht man den Widerspruch zwischen Recht und Wirklichkeit, so besteht die Moeglichkeit eine besondere Verpflichtung zu formulieren, damit dieser endlich geloest wird.Dafuer haelt der neue Verfassungsgeber eine explizit formulierte Verpflichtung des Staates fuer passend.Isensee wendet ein, diese Interpre-

3) FamRZ 1995, 257,263.

tation passe nicht in ein liberales Grundrechtsverstaendnis.(4)Das unterstellt, der einzelnen Frau wird die Wahl zwischen Alternativen genommen.Genau das Gegenteil ist der Fall.Erst der Blick auf das Ergebnis aber zeigt die Effektivitaet des Rechts als Teil von ihm.

Da schon der Begriff Gleichberechtigung gelegentlich den Staat verpflichtet, geht daher der neue Satz 2 dahinter nicht zurueck.Denn bereits im parl.Rat und spaeter in fruchen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere in der Grundsatzentscheidung im 3.Bd., war von einer ausschliesslich zugunsten des weiblichen Geschlechts vorhandenen Anhebungstendenz die Rede.Zur Handlungsverpflichtung i.S. eines Verfassungsauftrags wird Abs.2 S.3 immer dann, wenn ein besonders krasses Gerechtigkeitsdefizit, also Missverhaeltnis hinsichtlich der Besitzstaende zwischen Maennern und Frauen existiert, das nicht durch andere Vorteile bereits ausgeglichen ist.Da z.B. ueberproportional maennliche Pflieger Fuehrungspositionen im Pflegebereich erhalten, duerfte eine besondere Foederung von Maennern beim Ausbilden zu Pflegeberufen ueberfluessig, ja sogar schaedlich sein, obwohl Maenner in solchen Berufen generell unterrepraesentiert sind.Auch die generelle Anhebungstendenz zugunsten der Frauen spricht dagegen.Ist in einem Taetigkeitsbereich des Staates das weibliche Geschlecht derart unterrepraesentiert, dass man dort 75% Maenner beschaeftigt aber 25% oder weniger Frauen, so besteht eine staatliche Verpflichtung zur Foederung.Dort muessen Forderungsplaene etc. geschaffen werden und auch die haeufig fuer unzulaessig gehaltenen starren Quoten haben hier ihren Platz.(5)Gerade letztere gruenden nicht nur auf dem Gerechtigkeitsdefizit der Frauen, also einem Gruppenmerkmal, sondern vorwiegend auf dem Gemeinwohlgedanken, da die Nichtbeteiligung einer so grossen Zahl, die ausdruecklich gleich behandelt werden soll, zu Misstaenden fuehren koennte.

Keineswegs handelt es sich um ein bloss "gesellschaftliches "Problem i.S. von Sozialverhalten, Tradition und aehnlichen eher sozialpsychologischen Aspekten. Gesellschaft ist hier weder i.S. des Gegenbegriffs zu Staat, noch i.S. einer Gemeinschaft oder eines gesellschaftlichen Parketts zu verstehen.

Zwar ist der Staat eine Gemeinschaft und zuvorderst in seinem eignen Bereich handlungsberechtigt und verpflichtet, aber der Gemeinwohlgedanke ergibt sich nicht aus der Gemeinschaft, sondern aus der hohen Zahl der Missachteten, die - wie hier die Frauen - ausgeschlossen werden.

4) Isensee, NJW 1993,2585.

5) Vgl. meinen Vortrag im WZ NRW..., Die Quotierungsdebatte unter dem Aspekt der Verrechtlichung, 1994 (unveroeff.).

3. Symbolisches Recht?

Es handelt sich keineswegs bei dem neuen Verfassungssatz daher bloss um symbolisches Recht, wie geäussert, ist schon im Verfassungsstaat die deklaratorische Norm in der Konstitution allgemein nicht nur schlecht begründbar, sondern auch sehr selten.

Vielmehr hat man doch klarstellen wollen, dass dort, wo der Staat berechtigt und verpflichtet ist, zu fördern und Nachteile zu beseitigen, das auch geschieht. Man wird daher den neuen Verfassungssatz als Bestandssicherung, naemlich als Einrichtungsgarantie verstehen muessen. Gesichert bzw. garantiert werden soll das staatliche Taetigkeitwerden zur Foerderung der Frauen und zum Abbau ihrer Nachteile. Dazu muss zunaechst eine zustaeendige Behoerde oder ein Verwaltungsteil errichtet werden und mindestens muss ein Ueberblick in Form etwa eines Berichts ueber die Lage der Frauen erstellt werden, so dass die Bereiche der Foerderung und des Nachteilsausgleich festgestellt und entwickelt werden. Zwar ist der Begriff der "Foerderung" typisch fuer die Daseinsvorsorge als in das Belieben des Staates gestellte Aufgabensphaere. Als Erlaeuterung zur staatsgerichteten Seite des Gleichberechtigungsgrundsatzes allerdings spricht er ganz generell das staatliche Handeln an.

4. Objektive Auslegung

Ein solches Verstaendnis bietet sich auch deswegen an, um die Interpretation der Verfassung nicht ueberzustrapazieren. Schon die alte Verfassungslage wurde als dilatorischer Formelkompromiss kommentiert und die Auslegung des Grundgesetzes lebt von der objektiven Sicht auf den Rechtssatz. Nicht jede Auffassung, die in der Reformdiskussion geäussert wurde, verdient Beruecksichtigung. Gleichheit als Verfassungsbegriff kann in ihrer staatsgerichteten Seite fuer das Verhaeltnis zwischen den Geschlechtern als Institution verstanden werden und zwar im ursprueglichen Sinne der institutio. Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des neuen Verfassungssatzes, seiner systematischen Stellung und seiner Geschichte. Wegen des eindeutigen Wortlauts des Abs. 2 S. 1, der auf den Rechts- und Gerechtigkeitsbegriff rekurriert, wird man auch einen Verfassungsauftrag als konkrete Beschreibung der institutionellen Garantie im angegebenen Umfang nicht verleugnen koennen.

Dieser Auftrag kann soweit gehen, dass der Staat sogar starre Quoten im öffentlichen Dienst durch Gesetz einführen muss, wenn dort der Beschäftigtenanteil der Frauen geringer als 25 % ist.

Art. 33 GG, der hier einschlägig ist, wird konform zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ausgelegt. Der oft erhobene Vorwurf, man bemühe hier zu stark das Sozialstaatsprinzip, geht gänzlich fehl. (6) Allein Gemeinwohlaspekte und Austauschgerechtigkeit spielen hier eine Rolle.

Gegen den Staat dürfte ein Klage auf Einstellung ggfls. zulaessig und begründet sein, da hier die personenbezogene Komponente des AV wegen Art. 33 GG zuruecktritt. Die Quote als Gesetz ist zwar nicht zu erklagen, aber der jeweils naechste freiwerdende Arbeitsplatz. Insoweit gibt es zwar keinen Individualanspruch auf staatl. Handeln, aber wegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 GG entsteht keine Klagbarkeitsluecke.

Eine Auffassung, in dem Handlungsauftrag ein Staatsziel zu sehen, entkleidet die verfassungsrechtliche Dogmatik ihrer systemischen Logik. Ein Verfassungsauftrag ist ein Gebot, mithin ein Verpflichtung. Begreift man die Gleichheit als Verfassungsbegriff, dem die Gleichberechtigung untergeordnet ist, so ist diese im Pflichtenkatalog des Staates zugleich Abwehr- und Teilhaberecht. So wird auch der neue Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG verstanden. (7)

5. Grundsätzliche Handlungspflicht des Staates

Bemueht man das Argument, auch Maennern stueende Einzelfallgerechtigkeit nach Art. 3 Abs. 3 GG zu und daher duerfe bei gleicher Eignung, Befaehigung etc. ein Mann hinter einer Frau nicht wegen des Geschlechts zurueckstehen und erst recht durch gesetzliche Quote, so ist auch dieses widerlegt. Sprechen Gemeinwohlaspekte als elementare Komponenten der Gerechtigkeit dagegen, die gegen ein unertraegliches Missverhaeltnis stehen, so wird die Einzelfallgerechtigkeit dadurch begrenzt. Wie bei allen anderen staatlichen Belangen muss der Einzelne dann hinter dem Ganzen zurueckstehen. Hinzu kommt, dass solche Ueberlegungen nur bei gleicher Qualifikation gelten, so dass eine Auswahl getroffen werden muss, die auch bei allen anderen Einstellungsvorgaengen ueblich ist. Quoten zugunsten von Mindorheiten, wie Behinderte, Aussiedler etc. sind dem Recht nicht fremd. Individual-

6) Wank RdA 4/92.

7) Siehe auch DJB, Sonderrundschreiben d. 29. Arbeitstagung, Bonn 1993, S. 234.

gerechtigkeit fuer Maenner ist hier bloss eine argumentative Spitzfindigkeit, die angesichts grotesker Missverhaeltnisse der Beteiligung von Frauen gerdezu karikierend wirkt. Die Einrichtung von Behoerden und blosser Berichtstaetigkeit reicht allerdings nicht aus, um dem Verfassungsauftrag gerecht zu werden. Auch liegen die Probleme der Frauen haeufig anders als bei der Verpflichtungsgrenze zum Taetigwerden in Form starrer Quoten. Zumeist besteht natuerlich ein Entscheidungsspielraum, wie gehandelt wird. Ob ueberhaupt gefoedert und Nachteil ausgeglichen wird, steht allerdings nicht im Belieben des Staates. Zwar kann eine Beratungsstelle oder ein Foerderungsplan nicht eingeklagt werden, ist aber der Mißstand in dem einen oder anderen Bereich vergleichbar dem der Verpflichtungslage fuer starre Quoten, so fuehrt die Vernachlaessigung durch die oeffentlichen Haende zu Anspruechen der Betroffenen. Das soll gerade als Anreiz dienen, um durch den breiten Katalog von Instrumenten der Daseinsvorsorge gleiche Chancen herzustellen, die auch wahrgenommen werden koennen. Dabei hat man sich auf die Frauen einzustellen, denn darin liegt gerade der Verwirklichungsgedanke, naemlich in dem Blick auf die Folgen. Selbstverstaendlich ist dies nur Ergaenzung dessen, was der Staat bereits gegen direkte und indirekte Benachteiligung wegen Abs. 3 zu tun hat. Das stellt z.B. auch Fuchs eindringlich in seinem Gutachten zum 60. Dt. Juristentag (F 117) dar, wenn es um Massnahmen zur Vereinbarkeit von Berufstaetigkeit und Familie geht. Auf den Punkt gebracht: Institutionelle Garantie heisst, staatliche Zustaendigkeit auf kommunaler, Landes- und Bundesebene fuer Frauenbelange, Berichtstaetigkeit und mindestens Handeln in den nachgewiesenen Mißstandsbereichen. Wird dies nicht getan, so setzt sich der Staat dem Vorwurf aus, die Verfassung zu brechen.

6. Ergebnis

Es wird nicht immer leicht sein, die beiden Tatbestaende in ihrem Anwendungsbereich zu unterscheiden. Abbau von Benachteiligung kann z.B. heissen, dass Hindernisse fuer die Teilnahme am Erwerbsleben abgebaut werden, etwa rechtlicher Art, wie das Nachtarbeitsverbot ausschliesslich fuer Frauen, das auf beide Geschlechter ausgedehnt und nach Funktionsbereichen mit Ausnahmen versehen wird oder solche tatsaechlicher Art, wie Defizite bei der Versorgung mit Kindergartenplaetzen. Der gruppenbezogene, abwehrrechtliche Charakter dieses Tatbestandes liegt dabei auf der Hand. Jedoch handelt

es sich nicht um ein individuelles Abwehrrecht wie das Diskriminierungsverbot in Abs.3;vielmehr liegt dem derselbe Rechtsgedanke zugrunde.

Der Durchsetzungstatbestand im ersten Teil des neuen Verfassungssatzes betont noch staerker den kompensierenden Gesichtspunkt, ist aber weniger rueck- als vorwaertsgewandt und soll neue Moeglichkeiten schaffen.

Im Ergebnis wird man festhalten koennen, dass der neue Verfassungsgeber die Verwirklichung des Gleichgewichts zwischen den Geschlechtern im Auge hatte.Er wollte gerade, angeregt durch die Petiten von Frauen, Aktivitaeten des Staates zugunsten dieser benachteiligten Mehrheit sichern und schuf deswegen den neuen Verfassungssatz.Zu hoffen ist, dass diese institutionelle Garantie wirkt.