

Erster Beratungsgegenstand:

Der Gleichheitssatz

1. Bericht von Prof. Dr. *Reinhold Zippelius*, Erlangen

Inhalt

	Seite
I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruches	8
1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt	8
2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt	10
a) Der Gleichheitssatz, ein die gesamte Staatsgewalt bindendes Gerechtigkeitsprinzip	10
b) Gleichbehandlung auch durch Private?	12
3. Angleichung der realen Lebensbedingungen	13
a) Die Forderung nach realer Angleichung	13
b) Die faktische Tendenz der Demokratie zu realer Angleichung	15
4. Gleiche Freiheit	16
5. Fragen des Maßes	17
II. Fragen gerechter Gleichbehandlung	20
1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit	20
2. Kriterien der Gleichbehandlung	23
a) Der Gleichheitssatz als Schlüsselbegriff	23
b) Die Legitimationsbasis	25
3. Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen Kontext	27
a) Spezifische Gewährleistungen einer Gleichbehandlung	27
b) Systematische Verfassungsauslegung	29
c) Konkretisierung aus dem sonstigen Kontext	29
4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes	31

Über die Gleichbehandlung als Rechts- und Gerechtigkeitsprinzip ist in Jahrtausenden nachgedacht¹, selbst über den Gleichheitssatz der Verfassung sind Bände geschrieben² worden. Der Auftrag, über dieses Prinzip zu sprechen, konnte daher nicht darauf zielen, seine Problematik auch nur annähernd zu erschöpfen, sondern mußte dem Vortragenden eine beträchtliche Freiheit lassen, einige Aspekte auszuwählen, die ihm in der gegenwärtigen Verfassungssituation als vorzugsweise diskussionswürdig erschienen.

I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruches

Mit dem Anspruch auf Gleichheit wird Verschiedenes erstrebt; gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt, rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt, Angleichung der realen Lebensbedingungen und, mit all dem verbunden, gleiche Freiheit.

1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt

Das gleiche Recht aller Staatsbürger, durch Wahlen, Abstimmungen und Zugang zu allen öffentlichen Ämtern an der Staatsgewalt teilzuhaben (Art. 33 Abs. 1 und 2, Art. 38 GG), ist der Fundamentalsatz der Demokratie³. Schon in dieser Hinsicht war die Realisierung des Gleichheitssatzes von der je herrschenden Geisteskultur geprägt. So war die Vorstellung staatsbürgerlicher Gleichberechtigung der Antike vertraut⁴, hingegen war im mittelalterlichen Weltbild hierarchisch geglie-

¹ Nachweise etwa bei *J. Binder*, Rechtsphilosophie, 1925, S. 343ff., 367ff.; *H. Nef*, Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941; *E. Brunner*, Gerechtigkeit, 1943, S. 29ff.; *R. Dahrendorf*, Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen, 2. Aufl. 1966; *K. Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 147ff.; *O. Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980.

² *G. Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959; *K. Hesse*, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), S. 167ff.; *H.P. Ipsen*, Gleichheit, in: *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte II, 1954, S. 111ff.; *W. Böckenförde*, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, 1957; *W. Hill*, Gleichheit und Artgleichheit, 1966; *H. Scholler*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969; *A. Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971; *G. Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 3; *Ch. Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz I, 3. Aufl. 1985, Art. 3; *M. Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbotes, 1987; s. auch die Literaturliste bei *Starck* (a.a.O.), S. 413–417.

³ *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 II Rdn. 6ff.; *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 18 II 5 d.

⁴ Ausführlich dazu *Dann* (Fn 1), S. 31ff.; vgl. auch *Podlech* (Fn 2), S. 53ff.

derter Ordnungen der Geburts- und Berufsstände und der kirchlichen Weihe- und Jurisdiktionsgewalten kein Platz für gleiche Mitwirkungsrechte aller, bis dann in einem großen Wandel der Ideen wesentlich erscheinende Unterschiede wieder unwesentlich wurden und neben die Lehre vom allgemeinen Priestertum die Vorstellung von der ursprünglichen politischen Gleichberechtigung aller Bürger trat. Dieser Gedanke gewann seine neuzeitliche Gestalt in der Lehre vom Herrschaftsvertrag⁵, d.h. von der Konsensgrundlage staatlicher Herrschaft. Er beherrschte dann die erste Phase der Französischen Revolution als Forderung nach gleichberechtigter politischer Repräsentation des Dritten Standes⁶ und leitete damit eine neue Epoche der europäischen Verfassungsgeschichte ein.

Ihre tiefste ethische Rechtfertigung findet die Idee, daß jeder Bürger gleichberechtigt an einer Gemeinschaftsordnung mitzuwirken habe, in der Vorstellung *Kants*, jeder sei eine dem anderen gleichzuachende moralische Instanz; denn das vernunftgeleitete Gewissen der Einzelnen bilde die letzte Grundlage, zu der unser Bemühen um moralische Einsicht und insbesondere um Gerechtigkeit vorzudringen vermag⁷. Diese Idee verlieh der unaufhaltsam sich ausbreitenden Demokratie ihre Legitimität, motivierte die Gleichstellung aller Staatsbürger, verdrängte die einem allgemeinen und gleichen Wahlrecht entgegenstehenden Besitzqualifikationen, verwirklichte damit den „Gedanken des homogenen Bürgertums“ (*E. Kaufmann*) und führte schließlich auch zur staatsbürgerlichen Gleichstellung der Geschlechter⁸.

Die Frage, wieweit der Gedanke des homogenen Bürgertums zu verwirklichen sei, ist auch heute noch lebendig. Dies zeigt der – hier nur anzudeutende – Streit darüber, ob und in welchem Maße Gastarbeiter an der Bildung des politischen Willens ihres Gastlandes teilhaben sollten⁹.

⁵ Nachw. zu Althusius, Grotius, Spinoza, Pufendorf, Locke, Montesquieu, Christian Wolff und Rousseau bei *R. Zippelius*, Geschichte der Staatsideen, 6. Aufl. 1989, Kap. 13, 14a, 15a, b, e; weitere Nachw. bei *Dann* (Fn 1), S. 93ff.

⁶ *E. Schmitt*, Repräsentation und Revolution, 1969, S. 147ff., insbes. S. 171ff., 209f.; die aus dem Geist der Aufklärung geborene Gleichheitsschwärmerie hatte sich schon vor der Revolution vorbereitet, aufscheinend etwa im Vereins- und Logenwesen des gebildeten Bürgertums und in der Idee einer universitären Gelehrtenrepublik; *Dann* (Fn 1), S. 100ff., 121ff.

⁷ *I. Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785; *ders.*, Zum ewigen Frieden, 2. Aufl. 1796, S. 20; ausführlicher dazu *R. Zippelius*, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, 1987, S. 15ff.; vgl. auch *Dann* (Fn 1), S. 153ff.

⁸ Vgl. die Übersichten bei *Dann* (Fn 1) über die national-demokratischen Bewegungen im Vormärz (S. 192ff., 198ff.), die Diskussionen über die Wahlrechtsgleichheit in den Jahren 1848/49 (S. 200ff.) und den Kampf um die staatsbürgerliche Gleichberechtigung der Frauen (S. 236ff.).

⁹ Aus der neueren Diskussion etwa *H. Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und

2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt

Neben dem gleichen Recht aller Staatsbürger auf Teilhabe an der Staatsgewalt steht das allgemeine Menschenrecht, von seiten der Staatsgewalt gleich wie die anderen behandelt zu werden.

a) Der Gleichheitssatz, ein die gesamte Staatsgewalt bindendes Gerechtigkeitsprinzip

Manche Ursprünge dieses Gedankens berühren sich mit denen politischer Gleichberechtigung, so in den Gleichheitsideen der Antike (I 1), die in der Renaissance neu belebt wurden¹⁰. Daneben finden wir in den Städten des Mittelalters frühe Ansätze bürgerlicher Rechtsgleichheit¹¹. Der Anspruch auf Gleichachtung vor dem Recht wurzelt aber auch im christlichen Gedanken der Gottebenbildlichkeit jedes Menschen¹² und in der Vorstellung einer Gleichheit der Menschen vor Gott; diese spielte in mittelalterlichen Reformideen eine bedeutende Rolle, besonders bei *Marsilius* und später bei *Luther*; umgemünzt in die Vorstellung weltlicher Gleichheit aller Menschen murrte sie dann im Bauernkrieg gegen die Privilegien des Adels¹³. Eine andere Entwicklungslinie lief von der konfessionellen Gleichberechtigung der Reichsstände und dem *ius emigrandi* der Untertanen über die Ausweitung der Toleranz zur konfessionsunabhängigen bürgerlichen Gleichberechtigung¹⁴.

Am Ende dieser Entwicklung stand der Verfassungsgrundsatz, daß jeder in gleicher Menschenwürde mit gleichen Rechten vor dem Forum des Rechts stehe, gleich ob er hoch oder niedrig geboren, Katho-

Wahlrecht, DÖV 1983, S. 1ff.; *G.Hoffmann*, Die „kleine Einbürgerung“, in: Gedächtnisschrift f. W.Martens, 1987, S. 85ff., 96; *A.Bleckmann*, Das Nationalstaatsprinzip im Grundgesetz, DÖV 1988, S. 437ff.; *H.J.Papier*, Verfassungsrechtliche Probleme des Ausländerwahlrechts, und *W.Däubler*, Der Ausländer als Untertan? in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 24, 1988, S. 37ff., 41ff.

¹⁰ *Dann* (Fn 1), S. 90ff.

¹¹ *Dann* (Fn 1), S. 85ff.

¹² *Brunner* (Fn 1), S. 40.

¹³ *Dann* (Fn 1), S. 69ff., 73ff., 78ff.

¹⁴ Die Parität kam zunächst im Reich den Ständen, später in den Einzelstaaten den Religionsgesellschaften zugute; die Untertanen wurden zuerst nur durch das *beneficium emigrandi* aus dem starren Gewissenszwang entlassen, erfuhren dann unter dem Einfluß der Aufklärung zunehmend aber auch eine konfessionsunabhängige bürgerliche Gleichberechtigung (*M.Heckel*, im Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. I, 1974, S. 451ff.), in die schließlich auch die Juden einbezogen wurden: *Dann* (Fn 1), S. 124ff., 167 Anm. 83. Zugleich setzte sich seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert die generelle Forderung nach einer Gleichheit vor dem Gesetz unaufhaltsam durch: *Dann* (Fn 1), S. 129f., und insbesondere zur Reformgesetzgebung in Deutschland S. 166ff.

lik oder Protestant, Jude oder Christ, Weißer oder Schwarzer, Mann oder Frau sei. Hinter jedem der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG steht die historische Überwindung einer vorangegangenen Diskriminierung. Ging es Ende des 18. Jahrhunderts vor allem um die Überwindung der Standesunterschiede und der religiösen Diskriminierungen und war noch für die Weimarer Verfassung die Aufhebung der Standesvorrechte ein Thema, neben das nun die Gleichstellung der Geschlechter trat, so standen bei Schaffung des Grundgesetzes der Schutz vor rassistischer und völkischer Diskriminierung und die Vollendung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Vordergrund.

Nach heute wohl unbestrittener Ansicht verpflichtet der Gleichheitssatz auch den Gesetzgeber¹⁵. Dies findet eine verbreitete, aber schwache Begründung in Art. 1 Abs. 3 GG; schwach deshalb, weil diese Bestimmung den Begriffsinhalt der „nachfolgenden Grundrechte“ voraussetzt, aber nicht umgestalten, mithin auch das „vor dem Gesetz“ schwerlich in ein „durch das Gesetz“ verwandeln soll. Gewichtiger ist es, daß in der Entstehungsgeschichte des Art. 3 der Wille zum Ausdruck kam, auch den Gesetzgeber zu verpflichten¹⁶. Ausschlaggebend ist aber, daß der Gleichheitssatz als ein die Rechtsordnung durchdringender „Fundamentalsatz“ nur dann zur Wirkung kommt, wenn bereits die Entscheidungen des Gesetzgebers, die das übrige staatliche Handeln „programmieren“, an den Gleichheitssatz gebunden sind.

Der Auftrag, die Menschen „durch das Gesetz“ gleich zu behandeln, würde freilich, wenn man ihn nur formal begriffe, schon durch die generalisierende Gleichbehandlung der gesetzlich bezeichneten Tatbestände verwirklicht¹⁷. Eine über diese Selbstverständlichkeit hinausreichende Funktion erhält er erst als Verpflichtung zur Gerechtigkeit¹⁸, insbesondere als Verpflichtung darauf, daß jede Ungleichbehandlung einen zureichenden, gerechten Grund haben müsse¹⁹. Darauf, wie dieses problematische Richtmaß praktikabel werden kann, wird später einzugehen sein.

¹⁵ So schon zu Art. 109 Abs. 1 WRV *Leibholz* (Fn 2), S. 34; *E.Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, VVDStRL 3 (1927), S. 5f.; zum heutigen Diskussionsstand: *Th.Würtenberger*, in: *U.Karpen* (Hrsg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, 1988, S. 71ff.

¹⁶ *Starck* (Fn 2), Rdn. 2.

¹⁷ Vgl. *W.Schaumann*, Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip, JZ 1966, S. 721ff.; *G.Müller*, im Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Bd. I, 1988, Art. 4 Rdn. 6ff.

¹⁸ Grundlegend *Kaufmann* (Fn 15), S. 9f.; vgl. auch *M.Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 29f.

¹⁹ *Podlech* (Fn 2) hält überhaupt nur Ungleichbehandlungen für begründungsbedürftig, S. 45ff., 51, 59; vgl. auch *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 277, 316ff.; *M.Kriele*, Kriterien der Gerechtigkeit, 1963, S. 91ff.; *Kloepfer* (Fn 18), S. 27f.

Ohne diesen Auftrag zur Gerechtigkeit würde auch schon das Gebot, alle Menschen „vor dem Gesetz“ gleich zu behandeln, nur eine Trivialität zum Ausdruck bringen: daß nämlich das Gesetz auf jeden, den sein Tatbestand bezeichnet, anzuwenden ist, und zwar in gleicher Auslegung, und daß von einem gesetzlich eingeräumten Ermessen gleichmäßiger Gebrauch zu machen ist. Als Gerechtigkeitsprinzip verstanden, kann der Gleichheitssatz aber auch für Gesetzesauslegung und Ermessensgebrauch eine wichtige Leitfunktion erhalten.

Die Verwaltung ist an den Gleichheitssatz auch dort gebunden, wo sie öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Form erfüllt²⁰; so ist sie auch in diesen Bereichen Sachwalter der Gerechtigkeit. Selbst wenn sie erwerbswirtschaftlich oder zu Beschaffungszwecken am Privatrechtsverkehr teilnimmt, darf sie jedenfalls die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG nicht mißachten. Ob sie im übrigen einer umfassenden Bindung an den Gleichheitssatz oder nur den gleichen Bindungen wie eine Privatperson unterliegt, ist umstritten; doch kommen die theoretischen Widersacher hier zu weitgehend übereinstimmenden konkreten Folgerungen²¹.

b) Gleichbehandlung auch durch Private?

In gewissen Bereichen berührt das Pflichtengefüge der Grundrechte auch die Rechtsbeziehungen unter Privaten. Doch stellen die Grundrechtswirkungen sich hier sehr viel komplizierter dar als gegenüber dem Staat²². So ist eine unmittelbare Drittwirkung des Gleichheitssatzes grundsätzlich dort nicht anzunehmen, wo die Einzelnen ihre Rechtsbeziehungen privatautonom gestalten. Auch wo Private lediglich über ihre Rechte – etwa durch Testament – verfügen und hierbei nicht regelnd in schutzwürdige Positionen anderer eingreifen, besteht keine Drittwirkung des Gleichheitssatzes. Wo aber Einzelne der Verfügungsmacht anderer, insbesondere sozialer Gewalten, ausgeliefert sind, muß eine Bindung an den Gleichheitssatz wirksam sein. So ist etwa im Tarifrecht Lohngleichheit für gleiche Leistung zu wahren; wo ein Angebotsmonopol für lebenswichtige Güter oder Dienstleistungen

²⁰ Starck (Fn 2), Rdn. 188 m. Nachw.

²¹ Vgl. einerseits Dürig (Fn 2), I Rdn. 497ff.; Starck (Fn 2), Rdn. 189; andererseits D.Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 218ff.; jeweils m.w. Nachw.; zum schweizerischen Recht vgl. D.Thürer, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, 1987, S. 454f.

²² Vgl. W.Rüfner, Drittwirkung der Grundrechte, in: Gedächtnisschrift f. W. Martens, 1987, S. 220ff.; speziell zum Gleichheitssatz: J.Salzwedel, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschr. f. H.Jahrreiß, 1964, S. 339ff.; Thürer (Fn 21), S. 455ff.; Müller (Fn 17), Rdn. 22f.

existiert, fordert der Gleichheitssatz einen Abschlußzwang zu allgemeinen Bedingungen²³. Der Sozial- und Wohlfahrtsstaat läßt es sich angelegen sein, auch noch darüber hinaus dem sozial Schwächeren den Grundrechtsschutz des Gleichheitssatzes zu Lasten der Privatautonomie zu gewähren. Die Grenz- und Streitfälle liegen hier vor allem auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, wo man etwa die einleuchtende Meinung findet, daß zwar das gesetzliche Gebot, Männer und Frauen für gleiche Arbeit gleich zu entlohnen, Ausfluß des Gleichheitssatzes sei²⁴, die Abschlußpflicht aus § 611 a Abs. 1 BGB den Gleichheitssatz aber allzusehr zu Lasten der Privatautonomie strapaziere²⁵. Wo private Ungleichbehandlung – etwa durch rassische Diskriminierung – die Menschenwürde verletzt, tritt die staatliche Pflicht ein, diese gegenüber jedermann zu schützen (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG)²⁶. Mit diesen kurzen und nur exemplarischen Andeutungen zu diesem Thema muß es hier sein Bewenden haben.

3. Angleichung der realen Lebensbedingungen

a) Die Forderung nach realer Angleichung

Die Herstellung von Rechtsgleichheit schloß in gewissem Umfang auch eine soziale Angleichung ein. Wenn mit dem Ruf nach *égalité* auch der nach *fraternité*²⁷ erhoben wurde, so bedeutete das, daß aus Hochgeborenen Gleichgeborene werden sollten, wie auch die Beseitigung religiöser Diskriminierung, insbesondere die Judenemanzipation, und später die Gleichberechtigung von Mann und Frau eine soziale Gleichstellung einschlossen. Auch dies fügte sich in den großen Zug der historischen Entwicklung: Der Wille, die sozialen Schranken niederzureißen, der bereits zu Cromwells Zeit den Levellern ihren Namen verliehen hatte²⁸, rebellierte 1789 gegen das schicksalhafte Hineingeborenensein in eine rechtlich fixierte soziale Rolle, in einen Adels-, Bürger- oder Bauernstand oder in das Ghetto einer verfemten Religionsgemeinschaft, aber auch gegen die starren Bindungen der Zünfte; diese Bewegung setzte sich in Deutschland etwa in den *Stein-Hardenberg-*

²³ *Starck* (Fn 2), Rdn. 194ff.

²⁴ *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 516; ähnlich *Starck* (Fn 2), Rdn. 229.

²⁵ *W.Schmitt Glaeser*, Die Sorge des Staates um die Gleichberechtigung der Frau, DÖV 1982, S. 384; *Starck* (Fn 2), Rdn. 227.

²⁶ Hierzu *Th.Maunz, R.Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 27. Aufl. 1988, § 23 II 1, und die Beispiele bei *Salzwedel* (Fn 22), S. 349ff.

²⁷ Zur Parole „Liberté! Egalité! Fraternité!“ vgl. *W.Schieder*, Art. Brüderlichkeit, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, 1982, S. 565f.

²⁸ Vgl. *Encyclopaedia Britannica*, 1959, Art. Levellers; *Dann* (Fn 1), S. 107ff.

schen Reformen fort und fand einen Ausklang in Art. 109 der Weimarer Verfassung²⁹.

Der Ruf nach fraternité richtete sich aber nicht nur auf die Beseitigung rechtlich festgeschriebener sozialer Ungleichheiten und auf formale Gleichberechtigung. Im revolutionären Frankreich wurde aus den Mittel- und Unterschichten die Forderung laut, auch über eine bloß rechtliche Gleichstellung hinauszugelangen zu einer égalité de fait. Babeuf forderte „Wohlstand für alle, Unterricht für alle, Gleichheit, Freiheit und Glück für alle“³⁰. Diese Ausgestaltung des Gleichheitsprinzips ließ sich insbesondere durch die Überlegung stützen, daß ungleichmäßige Anhäufung von Wohlstand oft nicht nur einem persönlichen Verdienst, sondern auch dem Glück, nicht selten auch der Rücksichtslosigkeit und vor allem der Mitwirkung anderer Menschen zuzuschreiben sind; selbst die persönliche Tüchtigkeit ist wenigstens zum Teil nur unverdientes Ergebnis einer ererbten, glücklichen Veranlagung. So erschien es nur als gerecht, die fortune zu korrigieren.

Trotz der genannten Anläufe zur Beseitigung von Standesunterschieden und religiöser Diskriminierung und mancher Bemühungen um sozialen Ausgleich³¹ scheiterte dann aber im Deutschland des 19. Jahrhunderts die Verwirklichung einer „materiellen Gleichheit“ – teils an der konservativen Gegenströmung gegen den Gleichheitsidealismus³², teils auch an dem Wunsch, in Reaktion auf den Polizei- und Wohlfahrtsstaat nunmehr „die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“ (*W. v. Humboldt*) und so eng wie möglich zu ziehen³³, bis dann aus dem Arbeiterelend und aus dem Spott über den „Nachtwächterstaat“³⁴ und seine erhabene Gesetzesgleichheit sich erneut die Forderung nach der égalité de fait erhob und sich jetzt unter dem Namen der Sozialstaatlichkeit verwirklichte³⁵. Inzwischen hat sich, vom Zeit-

²⁹ Vgl. *Dann* (Fn 1), S. 164ff. zur deutschen Reformgesetzgebung und S. 207f. zur Diskussion über die Abschaffung des Adels.

³⁰ Zit. nach *Th. Ramm*, Die großen Sozialisten, Bd. I, 1955, S. 162; vgl. auch *Dann* (Fn 1), S. 140ff.; *W. Leisner*, Der Gleichheitsstaat, 1980, S. 46ff., und zur Gegenwart S. 143ff.

³¹ *E.R. Huber*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 254ff.; *Dann* (Fn 1), S. 219ff.; *ders.* (Fn 8).

³² *v.d. Marwitz, Jarcke, Gentz, Haller, Treitschke* u.a.; vgl. *Dann* (Fn 1), S. 171ff., 214ff.

³³ Vgl. *Dann* (Fn 1), S. 185ff.; die wichtigsten Stichworte für die Epigonen des 19. Jahrhunderts lieferte *Adam Smith* in seiner „Untersuchung über die Natur und die Ursachen des Wohlstandes der Nationen“, 1776, vgl. insbesondere IV 9.

³⁴ *F. Lassalle*, Arbeiterprogramm, 1862.

³⁵ *K. Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 882ff.; *H.F. Zacher*, HdStR I, 1987, S. 1062ff.

geist getragen³⁶, der Schwerpunkt der Gleichheitsproblematik geradezu in die Fragen der Sozial- und Bildungspolitik verlagert.

Dieser historische Hintergrund und der systematische Zusammenhang mit der Sozialstaatsklausel rechtfertigen es, dem Art. 3 GG ein Gebot auch zur Herstellung realer Chancengleichheit zu entnehmen. Gewiß lassen sich daraus keine einklagbaren Rechte auf staatliche Bereitstellung bestimmter Leistungsangebote ableiten³⁷; diese hängen vom Wandel der Bedürfnisse und der je verfügbaren Ressourcen ab, so daß der Legislative und der Exekutive stets ein Spielraum für sie bleiben muß³⁸. Wo aber der Sozialstaat Güter und Leistungen, etwa in Gestalt von Bildungseinrichtungen, zur Verfügung gestellt hat, gibt der Gleichheitssatz dem Einzelnen ein Recht, daran teilzuhaben³⁹. Auch hier gehen Rechts- und Chancengleichheit konform. Darüber hinaus wirkt das Gebot, Chancengleichheit zu schaffen, als verbindliche Staatszielbestimmung und ist Teil des mit dem Gleichheitssatz verknüpften Gerechtigkeitsauftrages (s.u. II 3 b)⁴⁰.

b) Die faktische Tendenz der Demokratie zu realer Angleichung

Ungeachtet solcher grundrechtsdogmatischen Überlegungen drängt demokratische Mehrheits Herrschaft auch schon als faktisches Wirkungsschema zu einer Angleichung der realen Lebensverhältnisse – freilich nur so weit, wie die Egalisierungsinteressen der Mehrheit reichen; sie wirkt also nicht notwendig einer Unterprivilegierung stabiler, etwa rassischer oder religiöser Minderheiten faktisch entgegen. Die egalisierende Kraft der Demokratie verwirklicht sich nicht nur über die Gesetzgebung, sondern auch als soziologisches Wirkungsschema: Wir finden eine Angleichung des Denkens, des Strebens nach materiellem Wohlstand und selbst des Mitempfindens⁴¹. Vor allem wird vom Mehrheitswillen und -interesse eine gleichmäßige Teilhabe an Gütern erstrebt und durch ein System von Steuern, Sozialabgaben und staatlichen Leistungen verwirklicht. Der heutige Staat der westlichen Industriegesellschaft steht als Steuer- und Leistungsstaat im Dienste der *égalité de*

³⁶ Th. Würtenberger, *Zeitgeist und Recht*, 1987, S. 195ff., 172ff.

³⁷ Nachw. zur Diskussion bei R. Stettner, *Der Gleichheitssatz*, BayVBl. 1988, S. 552.

³⁸ Vgl. BVerfGE 33, 333ff.; auch Dürig (Fn 2), I Rdn. 175ff.

³⁹ Vgl. Starck (Fn 2), Rdn. 100; I. v. Münch, *Grundgesetzkommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 1985, Vorb. zu Art. 1–19, Rdn. 17ff.; Müller (Fn 17), Rdn. 21.

⁴⁰ Maunz/Zippelius (Fn 26), §§ 13 I 4, 19 I 2; vgl. F. Schoch, *Der Gleichheitssatz*, DVBl. 1988, S. 869f.

⁴¹ A. de Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*, Erster Teil 1835, II Kap. 7; Zweiter Teil 1840, II Kap. 10, III Kap. 1, 12, 17.

fait⁴². Ein Unbehagen am Gleichheitsstaat läßt sich nicht unterdrücken: *Tocqueville* schrieb der Gleichheit eine Tendenz zur Radikalisierung zu, weil der Anblick von Ungleichheiten um so unerträglicher sei, je seltener und damit augenfälliger diese würden⁴³. *Walter Leisner* hat die Frage gestellt, ob und inwieweit insbesondere den Umverteilungen überhaupt ein Gerechtigkeitsstreben oder bloß der Gedanke zugrunde liege, daß zahlen soll, wer zahlen kann⁴⁴.

4. Gleiche Freiheit

Die Fragen vertiefen sich, wenn man den Beziehungen zwischen Gleichheit und allgemeiner Freiheit nachgeht⁴⁵. Nach *Kant* sollte es die Funktion des Rechts sein, die Willkür der Menschen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit und eben damit gleichmäßig gegeneinander abzugrenzen⁴⁶. Die Konvergenz von Freiheit und Gleichheit zeigt sich nicht zuletzt in den verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien, unter denen die Menschenrechte jedem und die Bürgerrechte allen Deutschen gleichermaßen bestimmte Freiheitsrechte gewährleisten.

Einen Freiheitsbezug hat aber auch die Forderung nach Angleichung der realen Lebensbedingungen und -chancen: Tatsächliche Entfaltungsfreiheit ist mitbedingt durch Bildung und Besitz, wie schon *Fichte* und *Lorenz von Stein* bemerkt haben⁴⁷. Und nach dem sozialpolitischen Versagen des Manchester-Liberalismus mit seiner weit getriebenen gleichen rechtlichen Freiheit konnte *Gerhard Leibholz* feststellen, „daß der tiefere Sinn der fortschreitenden politischen und ge-

⁴² Vgl. *H.J.Papier*, in: *E.Benda* u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 646.

⁴³ „Der Haß der Menschen gegen das Vorrecht wächst in dem Grad, wie die Vorrechte seltener und kleiner werden.“ „Sind die gesellschaftlichen Bedingungen alle ungleich, so fällt keine noch so große Ungleichheit kränkend auf; wogegen der kleinste Unterschied inmitten der allgemeinen Gleichförmigkeit Anstoß erregt; deren Anblick wird um so unerträglicher, je durchgängiger die Einförmigkeit ist. Daher ist es natürlich, daß mit der Gleichheit selber die Liebe zur ihr unaufhörlich zunimmt; indem man sie befriedigt, steigert man sie.“ *Tocqueville* (Fn 41), Zweiter Teil, IV Kap. 3. Die Existenz unterprivilegierter Minderheiten bleibt jedoch, wie gesagt, mit der Mehrheitsherrschaft vereinbar.

⁴⁴ *Leisner* (Fn 30), S. 189ff.

⁴⁵ Vgl. etwa *Cicero*, *De re publica*, I 47; *J.Locke*, *Two Treatises of Government*, II § 4; *Leibholz* (Fn 2), S. 21ff.; *Starck* (Fn 2), Rdn. 3; *Leisner* (Fn 30), S. 32ff.; *Ch.Gusy*, *Der Gleichheitssatz*, NJW 1988, S. 2506f.; *D.Suhr*, *Gleiche Freiheit*, 1988, S. 5ff.

⁴⁶ *I.Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl. 1798, S. 33; ähnlich *J.G.Fichte*, *Grundlage des Naturrechts*, § 8.

⁴⁷ *Fichte* (Fn 46), § 18; *ders.*, *Der geschloßne Handelsstaat*, I Kap. 1; *Lorenz von Stein*, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, 1850, Einl. IV 2, 3.

sellschaftlichen Egalisierung nur sein kann, die durch die Freiheit unfrei Gewordenen mit Hilfe der Gleichheit wieder in die Lage zu versetzen, von der Freiheit einen vernünftigen Gebrauch zu machen“. Auf diese Weise sollten „die durch die Freiheit Depossidierten wieder in den Besitz der Freiheit gelangen“⁴⁸. Auch um der realen Freiheit willen muß also eine reale Chancengleichheit in der Generationenfolge immer wieder neu hergestellt werden, nicht zuletzt aus der Sicht des konsequenten Liberalismus, der jedem den Lohn seiner eigenen Leistung und nicht den Lohn der Leistungen seiner Vorfäter zukommen lassen will. Zur Herstellung solcher Chancengleichheit gehört es auch, daß Hilfen geboten werden, um ungünstige, milieubedingte Startbedingungen in der Schule während einer angemessenen Anlaufzeit auszugleichen.

Ein eigenes Gesicht bekommt in der pluralistischen Gesellschaft das Problem der realen Freiheit und Gleichheit, die hier oft weniger durch individuelle Konkurrenten als durch Verbandsmacht und Massenmedien gefährdet werden. Es ist eines der großen Themen der pluralistischen Demokratie, Ungleichgewichten in der Repräsentanz der Interessen und Meinungen zu begegnen und womöglich institutionell zu gewährleisten, daß die in der Gemeinschaft vorhandenen Interessen und Meinungen so zur Geltung kommen, wie es der Zahl der Interessenten und dem Gewicht ihrer Interessen angemessen ist⁴⁹, ohne hierdurch die Chancen und Antriebe eines freien Wettbewerbs zu zerstören.

5. Fragen des Maßes

Probleme der *égalité de fait* haben deutlich gemacht, daß das Verhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit nicht das einer geradlinigen Konvergenz, sondern das Verhältnis komplizierter und auch spannungsreicher Verstrickungen ist⁵⁰. So macht eine rigorose Verwirklichung gleichmäßiger Güterverteilung und Wohlfahrtsvorsorge den Staat zum allgegenwärtigen Administrator der Gleichheit und bedrängt die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Der Leviathan ist auch dann bedrückend, wenn er die Züge einer Milchkuh annimmt⁵¹.

⁴⁸ G. Leibholz, Verfassungsstaat – Verfassungsrecht, 1983, S. 25.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 12, 262f.; M. Bullinger, Freiheit und Gleichheit in den Medien, JZ 1987, S. 257ff.; w. Nachw. bei R. Zippelius, Allg. Staatslehre, 10. Aufl. 1988, §§ 26 V, VI, 28 IV 4.

⁵⁰ Vgl. Dürig (Fn 2), I Rdn. 120ff.; Kloepfer (Fn 18), S. 46ff.; M. Kriele, Freiheit und Gleichheit, in: E. Benda u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 133ff.

⁵¹ A. Gehlen, Moral und Hypermoral, 3. Aufl. 1973, Kap. 8. Schon *Tocqueville* hat das beunruhigende Bild der alles besorgenden wohlfahrtsstaatlichen De-

Wenn der wachsende Ausbau der Sozialstaatlichkeit eher mit Staatsverdrossenheit statt mit zunehmender Staatsbejahung beantwortet wird, so weist das auch darauf hin, daß im Menschen ein mit der Selbstachtung eng verbundenes Bedürfnis nach Selbständigkeit und wenigstens begrenzter Autarkie steckt, daß der Einzelne innerhalb bestimmter Grenzen gefordert sein will, für sich und seine Nächsten zu sorgen und einzustehen.

Die Aufgabe, der Egalisierung das richtige Maß zu geben, stellt sich aber nicht nur mit Blick auf die Freiheit. Auch unter dem Aspekt der Gleichheit selbst müßte ein soziales System als ungerecht und auf Dauer unannehmbar erscheinen, in welchem etwa die Einkünfte aus Sozialhilfe das durch einfache Arbeit erzielbare Einkommen überstiegen⁵² – daher das „Abstandsgebot“ des § 22 Abs. 3 Satz 2 BSHG.

Auch pragmatische Einwände erheben sich gegen eine übertriebene Egalisierung jener Ungleichheiten, die der Lohn persönlicher Leistung sind; beseitigt sie doch den wichtigsten Anreiz, Leistungen zu erbringen, die auch der Gesellschaft nützen – eine Einsicht, die sich marxistische Staaten heute zunehmend zu eigen machen⁵³. Ein egalisierendes Bildungssystem schließlich, das die Unterschiede individueller Bildungsfähigkeit und Strebsamkeit ignorierte, würde den nationalen Bildungsstandard nach unten nivellieren⁵⁴.

Doch sind es nicht nur pragmatische Überlegungen, die hier eine Rolle spielen: Es ist tief in der menschlichen Natur begründet, daß der Einzelne die mit Risiken verbundene Chance sucht, sich im Leben zu bewähren und sich vor anderen hervorzutun⁵⁵. Überall dort, wo im Namen der Gleichheit die Herausforderung persönlicher Tüchtigkeit, die Entfaltung der Individualität oder die Belohnung persönlicher Leistung allzusehr beschnitten werden, wo etwa die egalisierende Ausgestaltung des Bildungssystems so weit getrieben wird, daß es den individuellen Begabungen und Entfaltungswünschen nicht mehr angemessen

mokratie gezeichnet: einer allgewaltigen bevormundenden Macht, die allein dafür sorgt, die Genüsse der Bürger zu sichern und ihr Schicksal zu überwachen, eine umfassende, ins einzelne gehende, regelmäßige, vorsorgliche und milde Gewalt; *Tocqueville* (Fn 41), Zweiter Teil, IV Kap. 5 und 6; vgl. auch *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 148ff.

⁵² Zu der steuerrechtlichen Überhöhung dieses Problems: *U.H.Schneider*, Zur Verantwortung der Rechtswissenschaft, JZ 1987, S. 697.

⁵³ Vgl. etwa Art. 13 und 14 der UdSSR-Verfassung von 1977/1988.

⁵⁴ Vgl. *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 36, 107ff. Es erscheint – mit *Dürig* zu sprechen – geradezu geboten, den Wettbewerb um unterschiedliche „Zielchancen“ zu fördern und seine belebende Kraft zu nutzen, um einen möglichst hohen Sockel von „Ausgangschancen“ für alle zu gewinnen; vgl. *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 113, 140, 170.

⁵⁵ Vgl. *K.Obermayer*, Sozialstaatliche Herausforderung, 1984, S. 11.

Rechnung trägt⁵⁶, regt sich das Unbehagen an der Gleichheit. Es gehört zur Dialektik des Gleichheitssatzes, daß dieser mit der gleichen Achtung der Menschenwürde, mit der Gleichberechtigung ohne Ansehen der religiösen und politischen Anschauungen, auch eine gleiche Freiheit gewährt, anders zu sein als andere⁵⁷. Gleiche Achtung der Menschenwürde bedeutet Wahrung der Eigengesetzlichkeit jeder Person, auch ihrer Besonderheit und ihres Rechts, sich anders zu entfalten als andere, aber auch ihrer Pflicht, für sich selbst einzustehen, bedeutet auch die Chance zum Außergewöhnlichen.

Auf solche Weise gewinnt in einer Epoche weitgetriebener *égalité* der Satz *Kants* wieder an Leuchtkraft, daß „die Ungleichheit unter Menschen (die) reiche Quelle so vieles Bösen, aber auch alles Guten“ sei⁵⁸. So notwendig es im Gange der Geschichte war, die verkrusteten, rechtlich fixierten Ungleichheiten zu beseitigen und auch den realen Ungleichheiten, die aus einem Übermaß der Freiheit hervorgehen, Grenzen zu setzen, so dringlich ist es, auf der anderen Seite die Charvdis radikaler Egalisierung zu meiden.

So laufen die subtilen Beziehungen wechselseitiger Angewiesenheit aufeinander und antagonistischer Spannung zueinander, in denen Freiheit und Gleichheit stehen, auf die Aufgabe hinaus, das rechte Maß zu finden: Unter dem einen Gesichtspunkt erscheint sie als Aufgabe, die Freiheit des einen gegen die Freiheiten der anderen vernünftig abzugrenzen, eine Aufgabe, die im wesentlichen schon *Kant* gestellt hat. Unter dem Aspekt der Gleichheit stellt sie sich als Aufgabe, das richtige Maß der Gleichheit⁵⁹, insbesondere der *égalité de fait* zu finden, also als Aufgabe der *justitia distributiva*. In beiden Fällen handelt es sich um die Frage der Gerechtigkeit, die unter verschiedenen Aspekten gestellt und begrifflich angegangen wird, in beiden Fällen geht es, nach einem noch älteren Verständnis der Gerechtigkeit, um die Aufgabe, das Gemeinwesen in die rechte Ordnung zu bringen⁶⁰, eine Aufgabe, die prinzipiell nicht schematisch ein für allemal lösbar, sondern im Wandel der historischen Situation fortwährend neu aufgegeben ist, als eine täglich herausgeforderte Aufgabe und Kunst der Politik.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 34, 183f., 187ff.; 75, 62f.; *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 95ff.

⁵⁷ *A.Arndt*, Gedanken zum Gleichheitssatz, in: Festschr. f. G.Leibholz, Bd. II, 1966, S. 185.

⁵⁸ *I.Kant*, Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschichte, Berlinische Monatsschrift, 1786, S. 20f.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 5, 206; *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 182.

⁶⁰ Vgl. *Platon*, Staat, 443ff.

II. Fragen gerechter Gleichbehandlung

In die begriffliche Struktur der Gerechtigkeitsfragen, die sich mit dem Gleichheitssatz verbinden, führt die einfache Überlegung, daß dieser wegen der Vielfalt der Menschen und Lebenssachverhalte nur auf eine Gleichbehandlung des „Ähnlichen“ hinausläuft, das sich in wichtigen Merkmalen gleicht, in anderen unterscheidet. Kurz, rechtliche Gleichbehandlung „ist immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte“⁶¹. Hieraus ergeben sich zwei Themen, die einer Erörterung bedürfen: Das erste betrifft den Umstand, daß Gleichbehandlung in eine Spannung zur Vielgestaltigkeit des Lebens tritt (1). Das zweite betrifft die Frage, nach welchen Kriterien sich die genannten Abstraktionen, also die Gleich- und Ungleichbehandlungen vollziehen sollen (2).

1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit

In der spannungsreichen Beziehung zur Lebenswirklichkeit ist eine Paradoxie des Gleichheitssatzes begründet: Gerechtigkeit verlangt Gleichbehandlung. Generalisierende Gleichbehandlung führt aber zu Ungerechtigkeit; denn sie bedeutet Abstraktion, Absehen von der Lebensvielfalt und Lebensfülle, sie mißt Fälle, die sich nur in einzelnen Hinsichten gleichen, mit gleicher Elle und verfehlt dadurch immer wieder die Aufgabe, der Vielgestaltigkeit des Lebens gerecht zu werden. So verfährt das Recht, um praktikabel zu sein, schon in den alltäglichsten Dingen typisierend⁶² und knüpft z.B. den Eintritt der Volljährigkeit nicht, wie es sachlich geboten wäre, an einen bestimmten Grad persönlicher Reife, sondern an ein Lebensalter, in welchem diese Reife zumeist eintritt; so wird Ungleiches gleich behandelt. In anderen Fällen führt der Schematismus des Rechts zu einer unterschiedlichen Behandlung von sachlich nah Beieinanderliegendem; es setzt harte Zäsuren, wo das Leben fließende Übergänge hat. Im Zeitablauf zeigt sich das insbesondere dort, wo die individuelle oder die generelle Rechtssituation sich an einem Stichtag ändert⁶³. So steht auf der einen Seite der Satz *Max Ernst Mayers*: „Wer . . . Normen sät, kann keine Gerechtigkeit ernten“⁶⁴, und die Aristotelische Forderung, generelle Normen

⁶¹ *G.Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, §§ 4, 9; *Nef* (Fn 1), S. 10ff.; *A.Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, 2. Aufl. 1982, S. 29ff.

⁶² Vgl. z.B. BVerfGE 31, 130f.; 65, 354f.; w. Nachw. bei *Schoch* (Fn 40), S. 879f.

⁶³ Vgl. BVerfGE 15, 202; 24, 228; 49, 275; *M.Gubelt*, in: *I.v.Münch*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 1985, Art. 3 Rdn. 27; *Starck* (Fn 2), Rdn. 21.

⁶⁴ *M.E.Meyer*, Rechtsphilosophie, 1922, S. 82, vgl. auch S. 79.

dort, wo sie der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht gerecht werden, durch Billigkeit zu korrigieren⁶⁵. Auch die Gnade im Strafrecht hat man aus dieser Spannung von genereller Norm und Einzelfallgerechtigkeit gedeutet, „als die Korrektur des als unvollkommen erkannten Gesetzes im einzelnen Falle“⁶⁶.

Auf der anderen Seite drängt nicht nur das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, sondern auch der Gleichheitssatz selbst zur Generalisierung. Auch wenn das Gesetz durch Billigkeitsentscheidungen berichtigt wird, bleibt man nicht beim Einzelfall stehen. Billigkeitsentscheidungen korrigieren zwar eine zu stark verallgemeinernde Norm, wenden sich gegen eine Gleichbehandlung des Ungleichen und streben eine Lösung an, die den Besonderheiten des vorliegenden Falles gerecht wird. Aber zugleich erheben sie den Anspruch, auf gleichartige – spezifische – Fälle in gleicher Weise anwendbar zu sein. Selbst das Begnadigungsrecht hat in unserer Zeit nach solcher Verrechtlichung gedrängt⁶⁷. Kurz, selbst Billigkeitsentscheidungen laufen – entgegen verbreiteter Meinung⁶⁸ – nicht auf Einzelfallgerechtigkeit, sondern auf eine sachgerechte Differenzierung des Normensystems hinaus, darauf nämlich, zwar in zunehmender Subtilität, aber generell wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln⁶⁹.

Diese dem Gleichheitssatz innewohnende Dialektik, einerseits einzu-ebnen, andererseits dort, wo er auf ungleiche Verhältnisse trifft, zu sachbezogenen normativen Unterscheidungen zu führen, ist ein die Rechtsentwicklung insgesamt beherrschendes, viele Rechtsbereiche durchdringendes Lebensprinzip. Der Grundsatz, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, bringt eine Polarität zum Ausdruck, verleiht dem Recht gleichsam die innere Unruhe, fortwährend zu prüfen, in welchen Hinsichten und in welcher Konkretion Ungleichheiten zu beachten sind und in welcher Abstraktion von ihnen abzusehen ist. Diese Fragen nach der angemessenen Abstraktionsrichtung und Abstraktionshöhe bilden den Leitfaden, nach dem z.B. die Antwort darauf zu suchen ist, an welche Gemeinsamkeiten die Selbstbindung des Ermessens anzuknüpfen und bei welchen Unterschieden sie zu enden habe⁷⁰. In dieser Weise läßt sich auch die Anpassung des Rechts an

⁶⁵ *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1137 b; Nachw. zur Aktualität dieses Problems bei *Starck* (Fn 2), Rdn. 18.

⁶⁶ *R.v.Jhering*, *Der Zweck im Recht*, 5. Aufl. 1916, Bd. I, S. 333.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 25, 365; 45, 243; *O.Bachof*, Über Fragwürdigkeiten der Gnadenpraxis, JZ 1983, S. 469ff., insbes. S. 471, 473.

⁶⁸ Vgl. *F.Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, S. 363ff. mit Nachw., aber auch S. 368.

⁶⁹ *R.Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1989, §§ 24, 40.

⁷⁰ Nachw. bei *Gubelt* (Fn 63), Rdn. 33; *F.Ossenbühl*, in: *Erichsen/Martens*, *Allg. Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 1988, § 7 IV 4 d, bb.

den Wandel der tatsächlichen Verhältnisse mit Hilfe des Gleichheitssatzes begrifflich strukturieren⁷¹: Bedeuten doch Gleichbehandlung und Kontinuität im Wandel der Verhältnisse ein fortschreitendes Absehen von sich entwickelnden faktischen Unterschieden, und es fragt sich, von wann ab es wichtiger wird, ein Gesetz, eine Gesetzesauslegung⁷² oder eine Ermessensausübung⁷³ solchem Wandel anzupassen, als die Kontinuität zu wahren.

Einem Wandel unterliegen aber nicht nur die tatsächlichen Verhältnisse, sondern auch die gesellschaftlich-politischen Anschauungen und mit ihnen der Beurteilungsmaßstab, aus dem sich ergibt, was als wesentlich zu gelten habe. Auch die das Denken beherrschenden Ideen sind ein Teil jener Lebenswirklichkeit, an deren Fortgang und Wandel die rechtlichen Gleich- und Ungleichbehandlungen anzupassen sind. Zu ihnen gehören das je vorherrschende Menschenbild, die politischen Zielvorstellungen und insgesamt die von einem Volk akzeptierten Gerechtigkeitsvorstellungen⁷⁴. Sie bieten wesentliche Orientierungen dafür, an welche Merkmale Gleich- oder Ungleichbehandlungen anzuknüpfen haben. Im großen ganzen ging der Zug der neueren Entwicklung dahin, daß vordem wichtig Erscheinendes, wie Stand, Konfession und Religion, Rasse und Geschlecht, vor dem Forum des Rechts zunehmend unerheblich wurden. Heute stellt sich die Frage, ob und in welcher Richtung und Ausgestaltung die rechtlichen Gleichstellungen und die faktischen Angleichungen weitergetrieben oder neue Differenzierungen angestrebt werden sollten; ob etwa Gastarbeiter in den staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten den Deutschen gleichgestellt, ob die Chancen im Bildungswesen wieder nach einem strenger gehandhabten Leistungsprinzip vergeben werden sollten oder in welcher Stufe Einkommen und Vermögen besteuert und so zu einem sozialen Ausgleich herangezogen werden sollten.

⁷¹ Dürig (Fn 2), I Rdn. 196ff., 212.

⁷² Daß Gleichheitssatz und Rechtssicherheit auch zu einer Bindung an eine einmal gewählte – vertretbare – Gesetzesauslegung führen, wird zunehmend anerkannt; vgl. BFH, BStBl. 1964 III, 558f.; BGHZ 85, 64; vgl. auch *K.Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 412ff., und die Nachw. bei *R.Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 1985, § 13 II. Zu den Grenzen dieser Bindung: BVerfGE 2, 401; 19, 47f.; 34, 288.

⁷³ Dürig (Fn 2), I Rdn. 446ff.; *H.Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1988, § 24 Rdn. 23.

⁷⁴ *R.Zippelius*, Die Bedeutung kulturspezifischer Leitideen für die Staats- und Rechtsgestaltung, 1987.

2. Kriterien der Gleichbehandlung

a) Der Gleichheitssatz als Schlüsselbegriff

Der Gleichheitssatz richtet sich also nicht auf eine beliebige „Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte“, sondern führt auf eine Gerechtigkeitsfrage: Rechtlich zu vergleichen heißt, Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszustellen und zu prüfen, von welchen Merkmalen die erwogene Rechtsfolge gerechterweise abhängen sollte⁷⁵. Auf diese Weise erhält die Gerechtigkeitsfrage einen spezifischen begrifflichen Zuschnitt, ohne damit aber schon gelöst zu sein⁷⁶. Mit anderen Worten: Der Gleichheitssatz dient als ein „Schlüsselbegriff“, der Gerechtigkeitsfragen in der beschriebenen Weise erschließt, als ein Prinzip, das in Gesetzgebung und Rechtsanwendung die Gerechtigkeitserwägungen in spezifischer Weise strukturiert.

Der Gleichheitssatz weist also über sich hinaus: An welche Merkmale eine Ungleichbehandlung zu knüpfen sei – und zwar unter dem Aspekt einer bestimmten Norm – hängt von zusätzlichen Kriterien ab: Die Ungleichbehandlung muß einem legitimen Regelungszweck dienen; sie muß hierbei den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes genügen, und das heißt: durch den Normzweck aufgewogen werden und ein geeignetes und erforderliches Mittel sein, um diesen zu erreichen⁷⁷. Die Legitimität des Regelungszweckes be-

⁷⁵ W. Geiger, in: Ch. Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat 1982, S. 100. Nach einer zunehmend sich durchsetzenden Formulierung des Bundesverfassungsgerichts ist der Gleichheitsgrundsatz dann verletzt, wenn Fälle gleich behandelt werden, zwischen denen so gewichtige Unterschiede bestehen, daß sie gerechterweise unterschiedlich behandelt werden müssen oder wenn Fälle ungleich behandelt werden, zwischen denen keine Unterschiede bestehen, die gewichtig genug wären, die unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen, vgl. BVerfGE 71, 58f., 271; w. Nachw. bei R. Maab, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz, NVwZ 1988, S. 14ff.; zu Divergenzen zwischen den Formulierungen beider Senate: Schoch (Fn 40), S. 875f.

⁷⁶ Die Funktion von Begriffen und Grundsätzen, als Lösungsgesichtspunkte, Topoi, als diskussionsleitende Instrumente der Argumentation zu dienen, haben für die Jurisprudenz vor allem Viehweg und Perelman beschrieben: Th. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, §§ 3, 8; Ch. Perelman, Juristische Logik als Argumentationslehre, 1979, §§ 58ff.; vgl. zur Vorstellung problemerschließender „Schlüsselbegriffe“ auch R. Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, S. 22, 41, 60f.; 82ff.; E. Denninger, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, in: Festschr. f. R. Wassermann, 1985, S. 288ff.

⁷⁷ Vgl. Kloepfer (Fn 18), S. 61ff.; E. Stein, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 1984, Art. 3 Rdn. 50ff.; Müller (Fn 17), Rdn. 31f.; G. Robbers, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, S. 750f.; Schoch (Fn 40), S. 874; R. Wendt, Der Gleichheitssatz,

mißt sich hierbei nach den spezifischen Gerechtigkeitsprinzipien, die den zu ordnenden Lebensbereich beherrschen⁷⁸. An welche Merkmalsunterschiede eine Regelung in geeigneter und auch sonst verhältnismäßiger Weise anknüpfen kann, um den Regelungszweck zu erreichen, richtet sich nach den Sachgesetzhelikeiten dieses Lebensbereiches⁷⁹. — Andererseits dürfen Unterschiede, die nach dem Normzweck zu einer Ungleichbehandlung führen müßten, nur dann vernachlässigt werden, wenn das Bedürfnis nach Generalisierung die Einbuße an Sachgerechtigkeit aufwiegt (s.o. II 1)⁸⁰.

Die genannte Bindung an Gerechtigkeitsprinzipien spezifischer Lebensbereiche zeigt sich z.B. bei der Frage nach der Wahlrechtsgleichheit; sie verweist auf Kriterien politischer Legitimation: Nur wenn und weil man voraussetzt, daß in Wahlen die Idee demokratischer Legitimität, also die Gleichachtung aller Bürger weitestmöglich zu verwirklichen sei (s.o. I 1), gebührt jedem Bürger streng und formal gleiches Stimmrecht⁸¹. Oder: Weil es legitim ist, eine sachkundige und von Protektion unabhängige Amtsführung zu erstreben, kommt es für den Zugang zu öffentlichen Ämtern auf Unterschiede funktionsbezogener Eignung, Befähigung und Leistung, und nur hierauf, an. An welche Merkmale Unterschiede der steuerlichen Belastung anknüpfen dürfen⁸², hängt davon ab, welches legitime Steuerzwecke sind, wie diese zu gewichten und welches verhältnismäßige und insbesondere geeignete Mittel sind, um die Zwecke zu erreichen; unter diesen können neben der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs auch die Herbeiführung einer ausgewogenen Vermögensverteilung, ferner etwa familien-, gesundheits-, umwelt- oder siedlungspolitische Ziele eine Rolle spielen⁸³; wenn und weil durch das Steuersystem auch sozial nützlich handeln ermutigt werden soll, ist nicht schematisch an die Höhe des Einkommens und Vermögens, sondern auch an die Umstände des Vermögenserwerbs anzuknüpfen⁸⁴. Neben diesen Problemen verteiler Gerechtigkeit stehen solche des Ausgleichs: Wo Einzelne im Vergleich

NVwZ 1988, S. 784f.; zu den oben verwendeten Begriffen: *Maunz/Zippelius* (Fn 26), § 12 III 6.

⁷⁸ Vgl. *Kloepfer* (Fn 18), S. 34f.

⁷⁹ Vgl. *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1989, § 7 III, IV.

⁸⁰ Kriterien dafür gibt BVerfGE 63, 128, an.

⁸¹ BVerfGE 51, 234; *H.H.v. Arnim*, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, S. 85ff.

⁸² BVerfGE 65, 354; 66, 223; 74, 199f.; vgl. *Starck* (Fn 2), Rdn. 58ff.

⁸³ Vgl. BVerfGE 74, 200; *F. Klein*, Gleichheitssatz und Steuerrecht, 1966, S. 168ff.; *W. Knies*, Steuerzweck und Steuerbegriff, 1976, §§ 17f.; *H. W. Arndt*, Gleichheit im Steuerrecht, NVwZ 1988, S. 790f.; zu dem hierdurch eröffneten Dispositionsspielraum: *D. Birk*, Steuerrecht I, 1988, § 7 Rdn. 16ff.; *Schoch* (Fn 4), S. 881f.

⁸⁴ *P. Kirchhof*, Die Kunst der Steuergesetzgebung, NJW 1987, S. 3219f.

mit anderen ungleich belastet wurden, haben Entschädigungen das Sonderopfer auszugleichen⁸⁵; Gebühren sollen einen Ausgleich für beanspruchte Leistungen schaffen⁸⁶; hier münden die Gleichheitserwägungen in die Fragen, ob stets ein voller Ausgleich anzustreben⁸⁷ und wie gegebenenfalls dessen Gleichwertigkeit zu bestimmen sei.

b) Die Legitimationsbasis

Gerechtigkeitsfragen, die in solcher Weise durch vergleichende Erwägungen strukturiert wurden, sind auf einer bestimmten Legitimationsbasis zu entscheiden. Das Bundesverfassungsgericht verwies hierzu mit Recht auf die „fundierte allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“⁸⁸. Damit wurde jene Entscheidungsgrundlage genannt, von der aus in einer offenen Gesellschaft überhaupt Fragen der Gerechtigkeit zu lösen sind: Ist jeder Bürger eine dem anderen gleichzuachtende moralische Instanz, dann ist auch für die spezifischen Gleichheitsprobleme der Gemeinschaft die Lösung in freiem Wettbewerb der Überzeugungen zu suchen, an dem sich alle beteiligen dürfen und dessen Ergebnisse von der Mehrheit akzeptiert werden können⁸⁹. Welche Merkmalsunterschiede unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt erheblich oder unerheblich sind, bleibt innerhalb der rationalen Erwägungsstrukturen und Entscheidungsverfahren einer nicht weiter auflösbaren Gewichtung überlassen.

In der repräsentativen Demokratie werden diese Konkretisierungen des Gleichheitssatzes zwar durch die Institutionen und in den Verfahren der Gesetzgebung und der Rechtsprechung verbindlich ausgeformt und vielfach auch schon angebahnt; doch müssen die Repräsentativorgane Entscheidungen anstreben, die für die Mehrheit des Volkes akzeptabel sind; andernfalls verlieren sie nicht nur ihre Legitimität, sondern auf Dauer auch ihre Wirkungsmöglichkeit⁹⁰.

Innerhalb des gewaltenteiligen Repräsentativsystems selbst stellt sich dann die Frage, in welchem Ausmaß neben den Gesetzgebungsor-

⁸⁵ BGHZ 6, 280.

⁸⁶ BVerfGE 20, 270; *Starck* (Fn 2), Rdn. 84ff.

⁸⁷ Zu Differenzierungen vgl. BVerfGE 24, 420f.; 46, 285; *Maunz/Zippelius* (Fn 26), § 28 II 5 und 6.

⁸⁸ BVerfGE 9, 349; 42, 72; ähnlich BVerfGE 32, 268; vgl. auch *Hesse* (Fn 2), S. 214; *Podlech* (Fn 2), S. 79.

⁸⁹ Vgl. etwa BVerfGE 5, 135, 198, 205; 12, 125; eingehender zu diesem Kriterium *R. Zippelius*, Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen, in: *Festschr. f. H.J. Bruns*, 1978, S. 1ff.; *ders.*, Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat, in: *N. Achterberg* u.a., *Legitimation des modernen Staates*, 1982, S. 85ff.; *ders.*, Rechtsgefühl und Rechtsgewissen, in: *E.J. Lampe* (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, S. 12ff.

⁹⁰ *Zippelius* (Fn 69), § 21 I 3; *Würtenberger* (Fn 36), S. 169f., 188ff., 192f.

ganen auch die Gerichte berufen sein sollen, über Konkretisierungen des Gleichheitssatzes zu entscheiden und damit einen Schlüssel zu dessen Ausgestaltung in der Hand zu halten. Diese Frage spielt insbesondere eine Rolle, wenn die Grenzen abzustecken sind, die für die richterliche Normenkontrolle, aber auch für eine Gesetzesergänzung und -korrektur durch Lückenausfüllung und restriktive Auslegung gelten.

In all diesen Fällen sprechen gute Gründe für eine strikte Beachtung der Gesetze: Indem diese staatliches Handeln generell regeln, gewährleisten sie immerhin formal eine Gleichbehandlung und beugen individueller Willkür vor (s.o. I 2 a). Eine genaue Befolgung der Gesetze dient zudem der Rechtssicherheit. Darüber hinaus erscheint es als organadäquat⁹¹, daß auch die inhaltlichen Gerechtigkeitsfragen, die mit der Konkretisierung des Gleichheitssatzes verbunden sind, primär vom Gesetzgeber beantwortet werden; denn dieser trifft seine Entscheidungen in lebendiger Auseinandersetzung mit der öffentlichen Meinung und daher mit stärkerer demokratischer Rückbindung als die Gerichte. Auch würden diese in den politischen Tagesstreit hineingezogen und in ihrer auf Neutralität gegründeten Autorität gefährdet, wenn sie vertretbare Gleichheitsentscheidungen des Gesetzgebers umstoßen oder korrigieren wollten. Daher können ungerechtfertigte Gleich- oder Ungleichbehandlungen nur aus schwerwiegenden Gründen, denen breitere Akzeptanz sicher ist, eine richterliche Verwerfung von Gesetzen rechtfertigen⁹²; auch zu „offenen“, d.h. vom Gesetzeswortlaut abweichenden⁹³ Rechtsfortbildungen ist der Richter nur dann ermächtigt, wenn diese durch schwerwiegende Gründe des „Rechts“ (Art. 20 Abs. 3 GG), etwa durch unabweisbare Wertentscheidungen der Verfassung geboten sind⁹⁴.

⁹¹ Zu diesem Begriff: *Zippelius* (Fn 49), § 31 II 3.

⁹² Unter der Weimarer Verfassung wurde die Frage, ob der Richter ein Gesetz am Maßstab des Gleichheitssatzes prüfen dürfe, kontrovers diskutiert. *Gerhard Anschütz* und andere verneinten sie, auch deshalb, weil sie eine daraus hervorgehende Politisierung der Justiz befürchteten; *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Art. 109, Anm. 2 V. *Erich Kaufmann* bejahte die Frage, doch sollte „der Richter nur die Verletzung gewisser äußerster Grenzen rügen“ dürfen, *Kaufmann* (Fn 15), S. 19; damit zeichnete er die Linie vor, der das Bundesverfassungsgericht gefolgt ist. Aus der neueren Judikatur etwa BVerfGE 52, 280f.; 65, 354; 68, 250; 71, 58f.; vgl. auch *Ipsen* (Fn 2), S. 166f., 184; *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 297ff.; *H.H. Rupp*, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Festschr. f. d. Bundesverfassungsgericht, 1976, Bd. II, S. 364ff.; *Schoch* (Fn 40), S. 876f.

⁹³ Nach der herrschenden Ansicht bildet der nach dem Sprachgebrauch mögliche Wortsinn die Grenze der Auslegung: BVerfGE 71, 15; *K. Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8 Aufl. 1983, S. 83, 150, 236f.; *Larenz* (Fn 72), S. 307f., 329; *Zippelius* (Fn 72), § 9 II a.

⁹⁴ BVerfGE 34, 287ff.; 65, 190ff. Auch muß der Gesetzeswortlaut wenigstens die Möglichkeit offenlassen, daß der Gesetzgeber den problematischen Fall nicht

Der Gesetzgeber selbst ist durch diesen *judicial self-restraint* aber weder aus der Pflicht noch aus dem faktischen Legitimationsdruck entlassen, auch innerhalb des ihm verbleibenden Spielraums das jeweils erreichbare Maß gerechter Gleichbehandlung und sachangemessener Differenzierung anzustreben und nicht nur schlechthin unvertretbare Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Diesen Gerechtigkeitsauftrag auch der politischen Instanzen faßte *Gustav Radbruch* in die idealistisch zugespitzten Worte, daß der „gesamte politische Tageskampf . . . sich als eine endlose Diskussion über die Gerechtigkeit“ darstelle⁹⁵.

3. Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen Kontext

Ihren wichtigsten und griffigsten Ausdruck finden die für die Mehrheit konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen in einer demokratisch beschlossenen oder doch akzeptierten Verfassung und im sonstigen Recht. Diese in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck gekommenen Gerechtigkeitsgedanken spiegeln die Rechtskultur dieses Volkes wider – die Historische Rechtsschule würde gesagt haben: in ihnen komme der Geist des nationalen Rechts zum Vorschein. Sie können durch systematische Auslegung der Verfassung hervorgeholt und durch systemgerechte Gesetzgebung und Rechtsfortbildung weitergedacht werden. Hierbei ist insbesondere der Gleichheitssatz als Leitgedanke einsetzbar und erfährt dadurch selbst eine Konkretisierung. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in die Worte gekleidet: Es seien in der Rechtsordnung „bestimmte Wertungen und Vernünftigkeitstraster normiert, innerhalb deren sich der Gleichheitsgrundsatz vor allem als Forderung nach Folgerichtigkeit der Regelungen, gemessen an den Anelpunkten der gesetzlichen Wertungen, zu Wort meldet“⁹⁶.

a) Spezifische Gewährleistungen einer Gleichbehandlung

Der Gleichheitssatz erfährt innerhalb des Grundgesetzes aber auch schon einige ausdrückliche Konkretisierungen⁹⁷: durch die spezifi-

genügend bedacht und ihn deshalb in seiner Regelung nicht angemessen berücksichtigt hat. Hat der Gesetzgeber den Fall jedoch unzweideutig geregelt, wie im Beispiel der Selbstbedienung mit apothekenfreien Waren (BVerfGE 75, 179ff.), dann bleibt nur der Ausweg verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle; vgl. auch BVerfGE 38, 49.

⁹⁵ *Radbruch* (Fn 61), § 9.

⁹⁶ BVerfGE 60, 40; vgl. auch BVerfGE 1, 246f.; 11, 293; 34, 115; 59, 49; *Ch. Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, insbes. S. 20ff., 49ff.; *Starck* (Fn 2), Rdn. 33ff.

⁹⁷ Vgl. *Th. Würtenberger* (Fn 15), S. 78ff.

schen Gleichheitsgarantien des Art. 3 Abs. 2 und 3 und des Art. 33 Abs. 1–3, das gleiche Wahlrecht (Art. 38 Abs. 1 Satz 1; 28 Abs. 1 Satz 2) und die Gleichheit öffentlicher Dienstleistungspflichten (Art. 12 Abs. 2); auch die Gewährleistungen des gesetzlichen Richters und das Verbot von Ausnahmegerichten (Art. 101 Abs. 1) stehen im Dienst der Gleichbehandlung. Die spezifischen Gleichheitsgarantien gehen dem allgemeinen Gleichheitssatz vor⁹⁸.

Einige dieser Bestimmungen dulden unbestreitbar schlechthin keine Ausnahme, wie das Verbot von Ausnahmegerichten. Hinsichtlich anderer Diskriminierungsverbote gehen die Meinungen auseinander: Das Bundesverfassungsgericht will die Unterscheidungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht starr anwenden, verlangt aber, daß eine Abweichung durch schwerwiegende Argumente gerechtfertigt werde⁹⁹. Die Gegenmeinung will „jede Anknüpfung an die dort genannten Merkmale“ ablehnen¹⁰⁰; mit dieser Ansicht wären Vorschriften des generellen Frauenarbeitsschutzes¹⁰¹ oder auch das Homosexuellenurteil¹⁰² schwerlich vereinbar¹⁰³; hingegen soll auch nach dieser zweiten Ansicht ein Mutterschutzgesetz aufrechterhalten werden aus der Erwägung, dieses knüpfe gar nicht an das Geschlecht, sondern an die Mutterschaft an¹⁰⁴, was auch schon nach Art. 6 Abs. 4 GG legitim wäre. Geht man mit dem Bundesverfassungsgericht davon aus, daß die spezifischen Differenzierungsverbote nicht starr anzuwenden seien, so kann z.B. auch trotz der Art. 3 Abs. 3 und 33 Abs. 3 GG die Konfession ein Eignungskriterium für einen Lehrer an einer Konfessionsschule sein¹⁰⁵, während man mit starren Vorgaben nur die Ansicht vertreten könnte, hier dürfe es nicht auf das religiöse Bekenntnis des Pädagogen, sondern lediglich auf seine Bereitschaft ankommen, bestimmte religiöse Anschauungen den Kindern zu vermitteln, Anschauungen, die ihm persönlich vielleicht fremd sind – eine nicht gerade lebensnahe Konstruktion.

⁹⁸ BVerfGE 9, 128; 12, 163; von „Anwendungsfällen“ spezifischen Inhalts sprechen BVerfGE 34, 98; 41, 413.

⁹⁹ BVerfGE 52, 374; w.Nachw. bei *Sachs* (Fn 2), S. 330ff.; ähnlich *Gusy* (Fn 45), S. 2508.

¹⁰⁰ *Sachs* (Fn 2), S. 429, 493.

¹⁰¹ *F. Gamillscheg*, in: *Link* (Fn 75), S. 82; vgl. *Sachs* (Fn 2), S. 356ff.

¹⁰² BVerfGE 6, 422ff.

¹⁰³ Vgl. *Sachs* (Fn 2), S. 348, 376ff.

¹⁰⁴ *Podlech* (Fn 2), S. 92; vgl. auch *Sachs* (Fn 2), S. 349ff.

¹⁰⁵ BVerfGE 39, 368.

b) Systematische Verfassungsauslegung

Sieht man von diesen *leges speciales* ab, so sind Kriterien zur Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes insbesondere durch systematische Auslegung, d.h. aus dem sonstigen Kontext der Verfassung zu gewinnen¹⁰⁶. So ist aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit der Menschenwürdegarantie¹⁰⁷ das Verbot herleitbar, Unterscheidungen vorzunehmen, die dem Bild des Grundgesetzes von der Menschenwürde zuwiderlaufen; diese Grenze menschenunwürdiger Diskriminierung ist jedoch unscharf¹⁰⁸. Hinweise für die Konkretisierung des Gleichheitssatzes ergeben sich ferner aus dem Zusammenhang mit den Freiheitsgewährleistungen. So darf die Ausübung eines Freiheitsrechts grundsätzlich nicht Anlaß einer nachteiligen Behandlung sein¹⁰⁹. Aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit dem Sozialstaatsprinzip¹¹⁰ ergibt sich eine Staatszielbestimmung, ungerechtfertigte soziale Ungleichheiten auszugleichen, und ein Recht, an bestehenden öffentlichen Leistungssystemen teilzuhaben (s.o. I 3 a).

Andererseits ergibt sich eine Rechtfertigung bestimmter Differenzierungen etwa aus Art. 6 Abs. 1 und 4 und aus Art. 33 Abs. 2 GG¹¹¹. Ferner folgt aus der Bundesstaatlichkeit, daß in gewissem Umfang¹¹² in Bereichen, für die den Ländern die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz zusteht, ungleiche Gestaltungen zulässig sind¹¹³; entsprechende Differenzierungen werden mit den Selbstverwaltungskompetenzen (insbesondere durch Art. 28 Abs. 2 GG) in Kauf genommen¹¹⁴.

c) Konkretisierung aus dem sonstigen Kontext

Als Ausdruck der Rechtskultur gibt auch der Kontext des einfachen Rechts Anhaltspunkte für die Konkretisierung des Gleichheitssatzes. Insofern könnte man mit *Walter Leisner*¹¹⁵ in der Tat von einer

¹⁰⁶ Vgl. *Gubelt* (Fn 63), Rdn. 3, 23; *Robbers* (Fn 77), S. 753f.

¹⁰⁷ *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 3, 5ff., 315.

¹⁰⁸ *R. Zippelius*, im *Bonner Kommentar*, Art. 1 Rdn. 9ff.

¹⁰⁹ *Kloepfer* (Fn 18), S. 49; *M. Sachs*, *Der Gleichheitssatz*, NWVBl. 1988, S. 296.

¹¹⁰ Nachw. bei *Sachs* (Fn 109), S. 297.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 13, 296, 298f.; 75, 357.

¹¹² Grenzen ergeben sich insbesondere aus länderübergreifenden Grundrechten und aus Art. 33 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 33, 352ff.

¹¹³ Vgl. BVerfGE 33, 352; 51, 58f. m.w.Nachw.; 76, 73; *Schoch* (Fn 40), S. 870f.

¹¹⁴ BVerfGE 21, 68; *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 233ff., 244f.; *Kloepfer* (Fn 18), S. 22; *Starck* (Fn 2), Rdn. 165ff.

¹¹⁵ *W. Leisner*, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, 1964.

„Gesetzmäßigkeit der Verfassung“ sprechen. Wenn der Gesetzgeber etwa im Abgabenrecht Gleichheitsprobleme löst und dadurch den Gleichheitssatz fortschreitend konkretisiert, so sollen seine Problemlösungen systemgerecht sein, d.h. sich in den Kontext der Verfassung, aber auch des sonst geltenden Rechts logisch und teleologisch widerspruchsfrei einfügen: Durch die Forderung nach Kontinuität und Konsequenz gewinnen seine Lösungen von Gleichheitsproblemen Rückhalt im bestehenden Recht und bilden ihrerseits Anhaltspunkte für eine gleichartige Lösung künftiger Gleichheitsprobleme. So kommt der Gleichheitssatz gleichsam auf einer Metaebene noch einmal zur Wirkung. Dieses Bemühen um Systemgerechtigkeit ist nicht auf begrenzte Problembereiche zu verengen; sie hat nicht nur die innere Widerspruchsfreiheit eng gefaßter positivistischer Systemeinheiten zu prüfen¹¹⁶, sondern stets auch zu fragen, ob das jeweils zu prüfende Teilsystem sich seinerseits ohne Verstoß gegen den Gleichheitssatz in den Kontext der gesamten Rechts- und Verfassungsordnung einfügt¹¹⁷. Indessen darf der Systemgedanke nicht überspannt werden; er dient zunächst als heuristisches Prinzip dazu, logischen und teleologischen Widersprüchen auf die Spur zu kommen und bedeutet auch dann keine starre Verpflichtung zur Konsequenz¹¹⁸, sondern nur die Verpflichtung, an der bisherigen Bewertungspraxis dann festzuhalten, wenn ein Abweichen von ihr nicht gerechtfertigt wird, und zwar mit Argumenten, die schwerer wiegen als die entgegenstehenden Gründe, die für eine konsistente Gleichbewertung sprechen.

Nicht nur das Denken des Gesetzgebers, sondern auch das richterliche Denken ist durch das Prinzip der Gleichbehandlung mitgeformt, sogar in so hohem Maße, daß man mit einiger Übertreibung sagen könnte, der Gleichheitssatz sei die Seele der juristischen Hermeneutik. Am augenfälligsten tritt das im vergleichenden Denken des angelsächsischen Fallrechts zutage, wo der Richter zu prüfen hat, ob der ihm vorliegende Fall einem vorentschiedenen hinreichend ähnlich ist, ihm nämlich in den Merkmalen gleicht, an welche die Vorentscheidung in ihren tragenden Gründen anknüpft, oder ob der neue Fall sich durch Merkmale unterscheidet, die zu einer ungleichen Behandlung führen müssen¹¹⁹.

Der deutsche Richter praktiziert solches analogische Denken insbesondere bei der Lückenausfüllung. Hier dient ihm der Gleichheitssatz

¹¹⁶ Rupp (Fn 92), S. 383f., m.w.Nachw.

¹¹⁷ Vgl. Dürig (Fn 2), I Rdn. 16, 311ff., 357; Degenhart (Fn 96), S. 14f.; Starck (Fn 2), Rdn. 37f., 41; Wendt (Fn 77), S. 782.

¹¹⁸ Vgl. Gusy (Fn 45), S. 2508; Robbers (Fn 77), S. 755f.

¹¹⁹ N.MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, S. 185f., 190f., 219ff.

schon zur Aufdeckung der Gesetzeslücken: Er stößt auf einen nicht geregelten Fall, für den eine gleichartige Regelung als angemessen erschiene, wie sie für ähnliche Fälle getroffen wurde, kurz, er findet wesentlich Gleiches als ungleich behandelt. Auf diese Weise deckt der Gleichheitssatz Inkonsistenzen in den Wertentscheidungen der Rechtsordnung auf und dient so der Systemgerechtigkeit und der „Einheit des Rechts“¹²⁰. Daran schließt sich dann aber noch die Frage, ob die entdeckte Ungleichbehandlung zu einem bloßen Appell an den Gesetzgeber führen darf, den Mangel *de lege ferenda* aus der Welt zu schaffen, oder ob dieser so schwer wiegt, daß der Richter ihn schon *de lege lata* durch einen Analogieschluß beheben darf (2 b). Durch diesen wird dann zugleich der Gleichheitssatz konkretisiert: Es wird nämlich in Gestalt einer „exemplifizierenden Kasuistik“¹²¹ bestimmt, daß gewisse Fälle – etwa die positiven Vertragsverletzungen – über den Gesetzeswortlaut hinaus den gesetzlich geregelten gleichzubehandeln sind. Ein Gegenstück findet sich in der restriktiven Auslegung, die hinter dem Wortsinn des Gesetzes deshalb zurückbleibt, weil dieses die Generalisierung zu weit getrieben und wesentlich Ungleiches gleich behandelt hat¹²².

Selbst in der alltäglichen Gesetzesauslegung spielt das vergleichende Denken eine Rolle: Wo der mögliche Wortsinn und die historischen und logischen Auslegungskriterien eine Wahl lassen, läuft die Auslegung oft auf die Frage hinaus, ob der vorliegende, problematische Fall unter dem Gesichtspunkt des Gesetzeszweckes jenen Fällen gleichzubewerten ist, die zweifelsfrei der Norm unterfallen¹²³.

4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes

Gesetzgeber und Rechtsanwender denken nicht nur am Leitfaden des Gleichheitssatzes die im überkommenen Recht niedergelegten Gerechtigkeitsgedanken nach, sondern finden sich durch die Unvollständigkeit der vorliegenden Lösungen und durch deren Reformbedürftigkeit fortwährend herausgefordert, an der Weiterbildung des Rechts und der Gerechtigkeit mitzuwirken – *justitia semper reformanda* – wenngleich dem Rechtsgestaltungswillen des Gesetzgebers durch die Verfassung, dem des Richters auch durch das einfache Recht die schon genannten Grenzen gesetzt sind (2 b).

¹²⁰ Vgl. Larenz (Fn 72), S. 358ff.; Zippelius (Fn 72), § 11 I b.

¹²¹ Zippelius (Fn 72), § 12 I c.

¹²² Larenz (Fn 72), S. 375f.

¹²³ Vgl. Engisch (Fn 93), S. 57f.; Kaufmann (Fn 61), S. 37ff.; Zippelius (Fn 72), §§ 12 I, 16 II.

Wo Gesetzgeber und Richter die für sie offengelassenen Fragen der Gleichbehandlung entscheiden, nehmen sie daran Anteil, den Gleichheitssatz zu konkretisieren und damit die lebendige Rechtskultur dieser Gemeinschaft weiterzubilden. Im Fluß der Zeit findet sich der Jurist hier in einem immer wieder neuen Szenarium von Bedürfnissen, Nöten und Machtsituationen und von Ideen, die ihm bald als überzeugender Ausdruck neu gewonnener Einsicht erscheinen, bald ihn im Zweifel lassen, so daß er nach seinem persönlichen Rechtsgewissen, in Grenzfällen auch in einem rechtsethischen Wagnis entscheiden muß, ungewiß, ob er die bessere Gerechtigkeit gefunden hat.

Das Ideal im Herzen, bleibt dem Juristen das Los, für immer nach der vollkommenen Verwirklichung der Gleichheit nur zu suchen; in immer wieder neue Realisierungen der Gleichheit sich verliebend, ist er dazu bestimmt, ein ewig ruheloser Don Juan der Gerechtigkeit zu sein.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Der Gleichheitssatz

I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruchs

Mit dem Anspruch auf Gleichheit wird verschiedenes erstrebt: gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt, rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt, Angleichung der realen Lebensbedingungen und, mit all dem verbunden, gleiche Freiheit:

1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt

Das demokratische Prinzip staatsbürgerlicher Gleichberechtigung gewann seine neuzeitliche Gestalt in der Lehre vom Herrschaftsvertrag, d.h. von der Konsensgrundlage staatlicher Herrschaft, und fand eine ethische Rechtfertigung in der Vorstellung Kants, daß jeder eine dem anderen gleichzuachtende moralische Instanz sei.

2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt

Der Anspruch auf rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt wird formal schon durch die Gesetzesförmigkeit staatlichen Handelns verwirklicht. Darüber hinaus ist ihm jedoch ein Auftrag zu materieller Gerechtigkeit zu entnehmen, der sich an Gesetzgeber, Gerichte und Verwaltung richtet, auch dort, wo diese öffentliche Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln erfüllen.

Gegenüber Privaten entfaltet der Anspruch auf rechtliche Gleichbehandlung zwar grundsätzlich dort keine unmittelbare Wirkung, wo die Einzelnen ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen in Privatautonomie gestalten; doch läßt sich auch am Gleichheitssatz beobachten, daß das Pflichtengefüge der Grundrechte in private Bereiche hineinwächst und so z.B. im Arbeitsrecht die Privatautonomie begrenzt.

3. Angleichung der realen Lebensbedingungen

Die Forderung nach einer égalité de fait wurde schon mit dem Ruf nach fraternité erhoben. Sie scheiterte zunächst im 19. Jahrhundert, teils an der konservativen Gegenströmung, teils auch an dem Wunsch, in Reaktion auf den Polizei- und Wohlfahrtsstaat nunmehr „die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“ und so eng wie möglich zu ziehen – bis sie sich dann unter dem Namen der Sozialstaatlichkeit erneut erhob.

Mehrheitsherrschaft tendiert aber auch als faktisches Wirkungsschema zu einer Angleichung der realen Lebensbedingungen.

4. Gleiche Freiheit

Einen Freiheitsbezug hat nicht nur die Forderung nach gleichen Freiheiten, sondern auch jene nach Angleichung der realen Lebensbedingungen und -chancen.

In der pluralistischen Gesellschaft läuft die Aufgabe, reale Freiheit und Gleichheit zu sichern, insbesondere darauf hinaus, womöglich institutionell zu gewährleisten, daß die in der Gemeinschaft vorhandenen Interessen und Meinungen so zur Geltung kommen, wie es der Zahl der Interessenten und dem Gewicht ihrer Interessen angemessen ist, ohne hierdurch die Chancen und Antriebe eines freien Wettbewerbs zu zerstören.

5. Fragen des Maßes

Freiheit und Gleichheit sind nicht nur in vielfältigen Beziehungen aufeinander angewiesen, sondern stehen auch in antagonistischer Spannung zueinander; so wird die Freiheit durch ein Übermaß administrativer Vorsorge für die Gleichheit zerstört. Zur Dialektik des Gleichheitssatzes selbst gehört es, mit der Achtung gleicher Menschenwürde jedem auch die Freiheit zu gewähren, anders zu sein als andere.

*Letztlich ist es die Frage der Gerechtigkeit, die mit der Diskussion um „Freiheit“ und „Gleichheit“ unter verschiedenen Aspekten gestellt und begrifflich angegangen wird: Unter dem einen Gesichtspunkt erscheint sie als Aufgabe, die Freiheit des einen gegen die Freiheiten der anderen vernünftig abzugrenzen, unter dem anderen Aspekt als Aufgabe, das richtige Maß der Gleichheit zu finden, also als Aufgabe der *justitia distributiva*. Diese Aufgabe ist prinzipiell nicht schematisch ein für allemal lösbar, sondern im Wandel der historischen Situation fortwährend neu aufzugeben.*

II. Fragen gerechter Gleichbehandlung

1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit

Gleichbehandlung ist immer „Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte (Radbruch). Damit tritt sie in eine Spannung zur Lebenswirklichkeit: Mit der generellen Fassung von Gesetzen ist wegen der Vielgestaltigkeit des Lebens unvermeidlich auch eine Gleichbehandlung von Ungleichem verbunden. Andererseits führt der Schematismus des Rechts zu einer unterschiedlichen Behandlung von sachlich nah Beieinanderliegendem.

Doch ist im Gleichheitssatz die Dialektik angelegt, nicht nur zu generalisieren, sondern dort, wo wesentliche Ungleichheiten bestehen,

zu sachbezogenen normativen Unterscheidungen zu führen und damit die Normen der Lebenswirklichkeit anzupassen.

2. Kriterien der Gleichbehandlung

a) Der Gleichheitssatz erfüllt hierbei seine Gerechtigkeitsfunktion nicht als inhaltlich vorgegebenes Richtmaß, sondern nur als ein „Schlüsselbegriff“, der dazu dient, Gerechtigkeitsfragen in spezifischer Weise zu erschließen: Rechtlich zu vergleichen heißt, Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszustellen und zu prüfen, von welchen Merkmalen die erwogene Rechtsfolge abhängen sollte. Auf diese Weise erhält die Gerechtigkeitsfrage einen spezifischen begrifflichen Zchnitt, ohne damit aber schon gelöst zu sein.

Die Antwort darauf, an welche Merkmale eine Ungleichbehandlung unter dem Aspekt einer bestimmten Norm zu knüpfen sei, hängt dann von zusätzlichen Kriterien ab: Die Ungleichbehandlung muß einem legitimen Regelungszweck dienen; sie muß hierbei den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes genügen, insbesondere ein geeignetes und erforderliches Mittel sein, um den Normzweck zu erreichen. Die Legitimität des Regelungszweckes bemißt sich nach den Gerechtigkeitsprinzipien, die den zu ordnenden Lebensbereich beherrschen. An welche Merkmalsunterschiede eine Regelung in geeigneter und auch sonst verhältnismäßiger Weise anknüpfen kann, um den Regelungszweck zu erreichen, richtet sich nach den Sachgesetzmlichkeiten dieses Lebensbereiches.

b) Gerechtigkeitsfragen, die in solcher Weise durch vergleichende Erwägungen strukturiert wurden, sind auf demokratischer Legitimationsbasis, d.h. in einem freien Wettbewerb der Überzeugungen zu lösen, an dem sich alle beteiligen dürfen und dessen Ergebnisse für die Mehrheit akzeptabel sind.

In der repräsentativen Demokratie werden diese Konkretisierungen des Gleichheitssatzes durch die Institutionen und in den Verfahren der Gesetzgebung und der Rechtsprechung verbindlich ausgeformt und vielfach auch schon angebahnt.

Verletzungen des Gleichheitssatzes können nur aus schwerwiegenden Gründen, denen breiteste Akzeptanz sicher ist, eine richterliche Verwerfung oder Korrektur von Gesetzen rechtfertigen. Der Gesetzgeber selbst ist durch diesen judicial self-restraint aber nicht aus der Pflicht entlassen, auch innerhalb des ihm verbleibenden Spielraums das jeweils erreichbare Maß an Gleichbehandlung und sachangemessenen Differenzierungen anzustreben.

3. Die Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen Kontext

Die in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck gekommenen Gerechtigkeitsgedanken spiegeln im großen und ganzen die Rechtskul-

tur eines Volkes und damit die für die Mehrheit konsensfähigen Gerechtigkeitseinstellungen wider. Sie können durch systematische Auslegung der Verfassung hervorgeholt und durch systemgerechte Gesetzgebung und Rechtsfortbildung weitergedacht werden.

a) Soweit der Gleichheitssatz nicht schon durch spezifische Gleichheitsgarantien eine verfassungsrechtliche Ausgestaltung erfahren hat, sind Anhaltspunkte für eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes auch aus dem sonstigen Kontext der Verfassung, also durch systematische Auslegung, zu gewinnen.

b) Als Ausdruck der Rechtskultur gibt auch der Kontext des einfachen Rechts Orientierungen für die Konkretisierung des Gleichheitssatzes. In dem man neue Regelungen systemgerecht, also logisch und teleologisch widerspruchsfrei, der bestehenden Rechtsordnung einfügt, gewinnen die in ihnen gefundenen Lösungen von Gleichheitsproblemen Rückhalt im bestehenden Recht.

Dieses Prinzip systemgerechter Gleichbehandlung ist auch „die Seele der juristischen Hermeneutik“.

4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes

Gesetzgeber und Rechtsanwender denken nicht nur am Leitfaden des Gleichheitssatzes die im überkommenen Recht niedergelegten Gerechtigkeitgedanken nach, sondern finden sich durch die Unvollständigkeit der vorliegenden Lösungen und deren Reformbedürftigkeit fortwährend herausgefordert, an der Konkretisierung des Gleichheitssatzes zu wirken und damit die lebendige Rechtskultur der Rechtsgemeinschaft weiterzubilden.

Der Gleichheitssatz

2. Bericht von Prof. Dr. *Georg Müller*, Zürich

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	38
II. Zur Struktur des Gleichheitssatzes	39
III. Die Stellung des Gleichheitssatzes im Verfassungsgefüge	42
1. Gleichheit und Gerechtigkeit	42
2. Gleichheitssatz und Willkürverbot	43
3. Die Gewinnung von Maßstäben für die Inhaltsbestimmung aus der Verfassung	45
IV. Die Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch die Gesetzgebung	46
1. Spezielle Differenzierungsverbote und -gebote	46
2. Ableitung von Kriterien aus dem Zusammenhang mit anderen Grundrechten	47
3. Die Bedeutung von Kompetenz- und Aufgabennormen der Verfassung	48
4. Das Verhältnis von Gleichbehandlung und Regelungsziel	49
V. Gleichheitssatz und Egalisierungsgebot	52
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Herstellung faktischer Gleichheit	52
2. Quotenregelungen als Mittel der Egalisierung	55
3. Freiheit und Gleichheit im „Staat des Maßes“	59

I. Einleitung

„Den Gleichheitssatz“ gibt es nicht. Jede Verfassungsordnung hat *ihren* Gleichheitssatz aufgrund ihrer besonderen Entwicklung geformt; er wird *durch die politische, soziale und rechtliche Ambiance eines bestimmten Staates* geprägt¹. So wirken in der Schweiz die historischen Wurzeln in der politischen Gleichberechtigung besonders stark nach², in den USA³ und in Deutschland⁴ die Erfahrungen mit der Rassendiskriminierung. Das Alter und die Lückenhaftigkeit der schweizerischen Bundesverfassung haben dazu geführt, daß das Bundesgericht in einer reichen, schöpferischen Praxis eine Vielzahl von Prinzipien, Ansprüchen und Garantien aus dem in Art. 4 BV statuierten Gleichheitssatz abgeleitet hat, die zum Teil kaum etwas mit dem Gebot der Gleichbehandlung zu tun haben, namentlich das Willkürverbot, das Vertrauensschutzprinzip, das Publikationsgebot und das Rückwirkungsverbot von Erlassen, Grundsätze der Abgabenerhebung und mehrere Verfahrensgarantien (Verbot der Rechtsverweigerung und -verzögerung sowie des überspitzten Formalismus, Anspruch auf rechtliches Gehör, auf Vertretung und Verbeiständung, auf richtige Zusammensetzung der entscheidenden Verwaltungsbehörden, auf unentgeltliche Rechtspflege usw.)⁵. Der Gleichheitssatz ist aber im Grunde nicht mehr als ein prozessualer „Aufhänger“ dieser Rechte für die Geltendmachung beim Bundesgericht. Das Rechtsgleichheitsgebot kann ihnen kaum Inhalt geben oder sie begrenzen. Es ist vom Bundesgericht bloß zu ihrem „Sitz“ gemacht worden, weil sie ebenfalls einen besonders engen Gerechtigkeitsbezug aufweisen. Modernere Verfassungen, welche diese Ansprüche ausdrücklich gewährleisten oder geeignete Grundlagen

* Meiner Assistentin, Frau Rechtsanwältin lic. iur. *Anita Thanei*, danke ich für ihre Mitarbeit.

¹ Vgl. *Günter Dürig* in Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 2; *Peter Häberle*, Diskussionsbeitrag, in: *Christoph Link* (Hrsg.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, 1982, S. 85f.; *Hans Peter Ipsen*, *Gleichheit*, in: *Die Grundrechte*, 2. Band, 1968, S. 113; teilweise abweichend *Werner Böckenförde*, *Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, 1957, S. 28ff.; *Konrad Hesse*, *Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung*, in: *AöR* 1984, S. 198; *Gerhard Leibholz*, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2. A., 1959, S. 254; allgemein zu Recht und Ambiance *Dietrich Schindler* (sen.), *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 4. A., 1967, S. 92ff.

² *Walter Burckhardt*, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 3. A., 1931, S. 24; *Arthur Haefliger*, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, 1985, S. 18ff.

³ *Winfried Brugger*, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1987, S. 144ff.

⁴ *Hesse* (Anm. 1), S. 182.

⁵ Siehe die Übersicht bei *Georg Müller* in *Kommentar BV*, Art. 4, Rz. 48ff.

wie Rechtsweggarantien oder Rechtsstaatsklauseln enthalten, brauchen den Gleichheitssatz nicht derart zu strapazieren.

Der Gleichheitssatz ist also nur im Zusammenhang mit der jeweiligen Rechts- und Staatsordnung zu verstehen. Auch das *Völkerrecht* hat, wenn ich recht sehe, bloß *in einzelnen Sachgebieten eine gewisse Vereinheitlichung der Gleichbehandlungsgebote oder Differenzierungsverbote* zu bewirken vermocht. Selbst Art. 14 EMRK hat – jedenfalls in der Schweiz – gegenüber dem Gleichheitssatz keine selbständige Bedeutung erlangt⁶. Man kann demnach eigentlich nur über den Gleichheitssatz des Grundgesetzes oder der österreichischen oder schweizerischen Bundesverfassung sprechen und müßte sogar die gliedstaatlichen Gewährleistungen einbeziehen. Es gibt aber doch auch *einige Grundfragen und Methoden der Konkretisierung des Gleichheitssatzes, die in vielen westlichen Verfassungsstaaten weitgehend übereinstimmen*. Mit solchen „konzeptionellen“ Problemen möchte ich mich im folgenden auseinandersetzen. Ich werde Ihnen dabei Hinweise auf die schweizerische Rechtslage und ihre Entwicklungen nicht ersparen können, was sich sachlich dadurch rechtfertigen läßt, daß im Bereich des Gleichheitssatzes die schweizerische Lehre und Rechtsprechung – vor allem über den „Klassikertext“ (*Hüberle*) von *Gerhard Leibholz*⁷ – die deutsche beeinflußt hat.

II. Zur Struktur des Gleichheitssatzes

Der Gleichheitssatz weist eine besondere Struktur auf. Er schützt nicht wie die meisten Grundrechte eine bestimmte menschliche Tätigkeit oder Eigenschaft oder eine vom Recht geformte Einrichtung. Der Gleichheitssatz stellt vielmehr eine *für alle Staatsorgane in allen Gebieten gültige Handlungsanweisung* dar. Das Gebot, nur in bestimmter – rechtsgleicher – Weise auf die Rechtsstellung des einzelnen einzuwirken

⁶ Zu den völkerrechtlichen Grundlagen *Giorgio Malinverni*, Le principe de l'égalité des sexes en droit international et en droit européen, in: *Charles-Albert Morand* (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, 1988, S. 11ff.; *Michael Sachs*, Grenzen der Diskriminierungsverbotes, 1987, S. 157ff.; *Dietrich Schindler* (jun.), Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts, 1957; *Daniel Thürer*, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, in: ZSR 1987, II, S. 434ff.; zu Art. 14 EMRK *Haefliger* (Anm. 2), S. 244ff.

⁷ A.a.O. (Anm. 1), S. 36, 47ff., 78f., 244f. Zur Bedeutung der schweizerischen Doktrin und Praxis vgl. ferner *Hesse* (Anm. 1), S. 177f.; *Ipsen* (Anm. 1), S. 114. Auch *Erich Kaufmann* (Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 10) hält die Formulierung, die das schweizerische Bundesgericht für die Entwicklung des Sinnes des Gleichheitssatzes gefunden hat, für die beste.

ken, ist *mangels Anknüpfung an einen konkreten Lebensbereich* zudem *viel formaler und gehaltsärmer* als andere Grundrechte⁸.

Diese Eigenarten des „Schutzobjektes“ (wenn man überhaupt von einem solchen sprechen kann) haben zur Folge, daß es schwerfällt, sich „Eingriffe“ in das Gebot der Gleichbehandlung vorzustellen. Der Gleichheitssatz hat zwar auch eine Art Abwehrfunktion, indem er bestimmte Modalitäten staatlichen Handelns untersagt⁹. Trotzdem lassen sich die mit dem üblichen „Schrankendenken“ verbundenen Methoden der Prüfung, ob eine Maßnahme mit einem Grundrecht vereinbar ist, m.E. nicht ohne weiteres auf den Gleichheitssatz anwenden. Der *Gesetzgeber, der generalisieren und abstrahieren muß, schränkt den Gleichheitssatz nicht ein, sondern erfüllt seine Regelungsaufgabe im Rahmen der sich daraus ergebenden Differenzierungsge- und -verbote*. Dabei gestaltet er den Gleichheitssatz näher aus, indem er Gruppen oder Klassen von Personen und Fällen bildet, die er gleich bzw. ungleich behandelt.

Noch viel weniger können *rechtsanwendende Organe* bei der Ausfüllung der ihnen durch die Gesetzgebung eröffneten Entscheidungsspielräume den Gleichheitssatz einschränken. Sie handhaben die offenen, unbestimmten Normen unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes, üben die ihnen übertragenen Entscheidungsbefugnisse in gleichen Fällen gleich aus und tragen so zu seiner Verwirklichung bei.

Diese besondere Struktur erfordert auch ein *besonderes Vorgehen bei der Untersuchung, ob eine Regelung vor dem Gleichheitssatz standhält*: In einem ersten Schritt muß durch entsprechende Vergleiche abgeklärt werden, welche Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen vorliegen, in einem zweiten Schritt, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede sachlich begründet ist¹⁰. Ich ziehe diese „klassische“ Methode derjenigen von *Michael*

⁸ Vgl. *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. A., 1988, N. 1550; *Haeflinger* (Anm. 2), S. 43; *Hans Huber*, Der Sinnzusammenhang des Willkürverbots mit der Rechtsgleichheit, in: *Mélanges André Grisel*, 1983, S. 139; *Jörg Paul Müller/Stefan Müller*, Grundrechte, Besonderer Teil, 1985, S. 186; *Sachs* (Anm. 6), S. 32. Zur formalen Struktur und geringen Aussagekraft *Adalbert Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 18, 77ff.; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rdnr. 10f.

⁹ Siehe *Michael Sachs*, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, in: *DÖV* 1984, S. 412ff., der von einem modalen Abwehrrecht spricht.

¹⁰ So schon *Leibholz* (Anm. 1), S. 45ff.; *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 303ff. Die beiden Schritte werden oft nicht auseinandergehalten, sondern durch die Frage verknüpft, ob die tatsächliche Verschiedenheit im betreffenden Rechtsgebiet so wesentlich sei, daß eine Ungleichbehandlung zulässig ist (vgl. etwa *Haeflinger* [Anm. 2], S. 63f., mit Hinweisen auf die schweizerische Rechtsprechung). *Paul*

*Kloepfer*¹¹ vor, der wie bei anderen Grundrechten prüfen will, ob eine den Gleichheitssatz tangierende Regelung auf gesetzlicher Grundlage beruht und verhältnismäßig ist. Ein solches Vorgehen bringt nach meinem Dafürhalten kaum Rationalitätsgewinn, im Gegenteil: Weil sich die Voraussetzungen von Grundrechtseinschränkungen nur teilweise und in modifizierter Form auf die Prüfung der Übereinstimmung staatlicher Anordnungen mit dem Gleichheitssatz übertragen lassen, ist die Gefahr von Verwirrungen, ja Fehlbeurteilungen groß. Für das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit hat *Peter Lerche*¹² überzeugend dargelegt, daß es nicht mit der vom Gleichheitssatz geforderten Sachlichkeit der Gleich- oder Ungleichbehandlung übereinstimmt, basiert es doch auf einer Abwägung von Ziel und Mittel, während der Gleichheitssatz einen Vergleich zwischen mehreren Tatbeständen hinsichtlich ihrer Gemeinsamkeiten und Unterschiede verlangt. Zudem wird das Schutzobjekt des Gleichheitssatzes, das der Gesetzgeber „einschränkt“, nach *Michael Kloepfer*¹³ dadurch umschrieben, daß eine rechtlich relevante Gleichheit bzw. Ungleichheit zweier geregelter Tatbestände vorliegt, was praktisch auf eine Prüfung nach der „klassischen“ Methode hinausläuft¹⁴. Die Kloepfersche Konstruktion von Gleichheitsschranken und Schranken-Schranken ist zwar in der Lehre mit Zurückhaltung aufgenommen worden¹⁵ und hat meines Wissens die Praxis kaum beeinflusst. Sie hat jedoch zu Recht zwei Dinge erneut ins Blickfeld gerückt: Zum einen die Bedeutung des Gesetzes für die Konkretisierung des Gleichheitssatzes und zum anderen das Erfordernis, daß zwischen dem Ziel der Gleich- oder Ungleichbehandlung und dem Kriterium der Unterscheidung eine bestimmte Beziehung bestehen muß. Darauf wird zurückzukommen sein (hinten, IV., 4.).

Kirchhof (Gleichheit vor dem Grundgesetz, in: NJW 1987, S. 2356) fordert eine vierstufige Gleichheitsprüfung, *Christoph Gusy* (Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes, in: JuS 1982, S. 34) eine dreistufige. Ein vielgliedriges Schema liegt nach *Karl Korinek* (Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: Festschrift Erwin Melchiar, 1983, S. 45f.) in Österreich der Prüfung einer Norm am Gleichheitssatz zugrunde.

¹¹ Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54ff.

¹² Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 29ff.

¹³ A.a.O. (Anm. 11), S. 56.

¹⁴ Skeptisch deshalb auch *Sachs* (Anm. 6), S. 35f.

¹⁵ Siehe *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 391; *Hesse* (Anm. 1), S. 189/90, Anm. 57; *Jörg Paul Müller*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, S. 99, Anm. 46; *Stefan Müller*, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, 1981, S. 124f.; *Gerhard Robbers*, Der Gleichheitssatz, in: DÖV 1988, S. 752; *Rupert Stettner*, Der Gleichheitssatz, in: BayVBl 1988, S. 548.

III. Die Stellung des Gleichheitssatzes im Verfassungsgefüge

1. Gleichheit und Gerechtigkeit

Der Gleichheitssatz ist weder ein „Super-“ noch ein subsidiäres „Auffang-Grundrecht“ oder eine „Allzweck-Waffe“. Er weist den gleichen Rang wie die anderen Verfassungsnormen auf und hat seinen eigenen, allerdings sehr weiten und querschnittartigen, „modalen“ Anwendungsbereich. Eine gewisse „Auffangfunktion“ kann man allenfalls dem Willkürverbot als Garantie einer „minimalen Gerechtigkeit“ staatlichen Handelns zuschreiben¹⁶.

Der Gleichheitssatz steht in engem Zusammenhang mit der Menschenwürde¹⁷ und mit der Gerechtigkeit. Er gewinnt daraus teilweise seinen Gehalt, darf aber nicht damit gleichgesetzt werden¹⁸. Zu Recht wird vor einer Überforderung des Gleichheitssatzes gewarnt¹⁹: Die Ableitung allzu vieler divergierender Ansprüche aus dem Rechtsgleichheitsgebot läßt seine Konturen verschwimmen und kann seine Wirkung in den zentralen Bereichen beeinträchtigen. Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, das aus Art. 4 BV – wie bereits dargelegt – eine ganze Reihe von gerechtigkeits-, aber kaum gleichheitshaltigen Prinzipien und Garantien entwickelt hat, führte bisher noch nicht zu schwerwiegenden Erosionen, weil diese Ansprüche sich vom

¹⁶ Vgl. die unterschiedlichen Standpunkte bei Böckenförde (Anm. 1), S. 32; Fritz Gygi, Grundrechtskonkurrenz?, in: Mélanges Henri Zwahlen, 1977, S. 71f.; Arthur Haefliger, Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu anderen verfassungsmäßigen Rechten . . ., in: Mélanges André Grisel, 1983, S. 85f.; Claudia Klemenz, Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum Gleichheitssatz und zum Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, 1987, S. 72; Korinek (Anm. 10), S. 42; Jörg Paul Müller (Anm. 15), S. 165ff.; Theo Öhlinger, Die Grundrechte in Österreich, in: EuGRZ 1982, S. 225; Beat Rohrer, Beziehungen der Grundrechte untereinander, 1982, S. 90ff.; Hans Heinrich Rupp, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band II, 1976, S. 367f.; Friedrich Schoch, Der Gleichheitssatz, in: DVBl. 1988, S. 864; Thürer (Anm. 6), S. 461ff.

¹⁷ Diese Beziehung betont besonders Dürig (Anm. 1), Rdnr. 3ff. Siehe auch Häfelin/Haller (Anm. 8), N. 1550; Philippe Andrea Mastroradi, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, 1978, S. 284ff.

¹⁸ Eine weitgehende Übereinstimmung zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit nehmen z.B. Burckhardt (Anm. 2), S. 25, 29, Konrad Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in: AöR 1951/52, S. 205, Kaufmann (Anm. 7), S. 10ff., Leibholz (Anm. 1), S. 53ff., und Hans Nef (Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941, S. 69ff.) an. Wie hier Böckenförde (Anm. 1), S. 51f.; Martin Kriele, Kriterien der Gerechtigkeit, 1963, S. 90ff.; Rohrer (Anm. 16), S. 90f.; Schoch (Anm. 16), S. 877f.; Stettner (Anm. 15), S. 550f.

¹⁹ So von Haefliger (Anm. 2), S. 44, Schoch (Anm. 16), S. 878, Starck (Anm. 8), Rdnr. 14, und Stettner (Anm. 15), S. 551.

Gleichheitssatz weitgehend gelöst und zu selbständigen Rechten verfestigt haben.

2. Gleichheitssatz und Willkürverbot

Zu differenzieren ist auch zwischen dem Gleichheitssatz und dem Willkürverbot. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem ist selbst dann nicht immer willkürlich, wenn sie sachlich unbegründet ist. Das Willkürverbot, das seine Wurzeln im Widerstandsrecht gegen illegitime Staatsmacht hat, garantiert einen Kerngehalt einer gerechten Ordnung. Es ist nur bei qualifizierter Unrichtigkeit oder offensichtlicher Unsachlichkeit verletzt, und wird oft – ja hauptsächlich – dort angerufen, wo es nicht um Fragen der Gleichbehandlung geht²⁰.

Gleichheitssatz und Willkürverbot unterscheiden sich also hinsichtlich Anwendungsbereich, Gehalt und Reichweite²¹. Sie sind m.E. *auch bei der Gesetzgebung auseinander zu halten*. Das schweizerische Bundesgericht hat das bis vor kurzem zu wenig klar getan und einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht bloß angenommen, wenn ein Erlaß zu einer Ungleichbehandlung führt, die nicht durch Unterschiede in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen gerechtfertigt ist, sondern auch, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützt oder sinn- und zwecklos ist²². Neuerdings unterscheidet das Bundesgericht ausdrücklich zwischen Erlassen, die gegen den Gleichheitssatz verstoßen, und solchen, die willkürlich sind. Es prüft die Vereinbarkeit von Erlassen mit der Rechtsgleichheit strenger als die Frage, ob das Willkürverbot mißachtet wird. Im ersten Fall habe es die Vergleichbarkeit verschiedener Fälle zu beurteilen, im zweiten die Gerechtigkeit des Gesetzes, die ein relativer Begriff sei und sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen ändere²³.

Arthur Haefliger meint zwar, es komme selten vor, daß ein Erlaß keine Rechtsungleichheit schaffe, wenn er gegen das Willkürverbot ver-

²⁰ *Huber* (Anm. 8), S. 127ff., 134ff.; *Jörg Paul Müller*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S. 75ff.; *Thürer* (Anm. 6), S. 423ff., 431ff., mit zahlreichen Hinweisen. Auch *Leibholz* (Anm. 1), S. 72, bezeichnet Willkür als die „radikale, absolute Verneinung“ der Gerechtigkeit.

²¹ *André Grisel* (Traité de droit administratif, Bd. I, 1984, S. 365) und *Thürer* (Anm. 6, S. 434) ordnen das Willkürverbot deshalb nicht dem Gleichheitssatz, sondern dem ungeschriebenen Verfassungsrecht zu.

²² BGE 109 Ia 327 und dort zit. Entscheidungen. Diese Formel hat *Béatrice Weber-Dürler* (Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, 1973, S. 137ff.) kritisch analysiert.

²³ BGE 110 Ia 13 E. 2b; vgl. auch BGE 111 Ia 91 E. 3a, 112 Ia 243 E. 4a, 114 Ia 2 E. 3.

stoße, und umgekehrt sei eine rechtsungleiche Behandlung durch den Gesetzgeber regelmäßig mit Willkür verbunden²⁴. Versteht man das Willkürverbot aber nicht als bloßes Sachlichkeitserfordernis, sondern als Verbot qualifizierter Unrichtigkeit, so spielt die Differenzierung eben doch eine entscheidende Rolle. Die Diskussion über die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, das die Ungleichbehandlung „kurzum“ mit dem Willkürverbot gleichgesetzt hat, bestätigt das²⁵. Der Kontrollmaßstab ist wesentlich gröber, wenn nur offensichtlich unsachliche Gründe für eine gesetzliche Differenzierung zu einer richterlichen Korrektur führen. Man kann diesen Rückzug auf das Willkürverbot mit der Aufgabenteilung zwischen Legislative und Justiz, mit dem Gebot richterlicher Zurückhaltung bei der Beurteilung von gesetzgeberischen Werturteilen rechtfertigen, wie es offenbar der 2. Senat – der Lehre von *Gerhard Leibholz*²⁶ folgend – noch immer tut²⁷.

Nach meinem Dafürhalten ist es jedoch *dogmatisch richtiger und im Ergebnis befriedigender, funktionell- und materiell-rechtliche Überlegungen nicht zu vermischen, d.h. zwischen dem Maßstab und der Intensität der richterlichen Kontrolle zu unterscheiden*²⁸. Dem Gesetzgeber verbleibt, wie das schweizerische Bundesgericht betont²⁹, auch dann, wenn seine Normierungen nicht nur auf willkürliche Ungleichbehandlung geprüft werden, ein weiter Spielraum beim Entscheid darüber, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist. Die Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts, der zwischen Gruppen von Normadressaten vergleicht und untersucht, ob Unterschiede von sol-

²⁴ A.a.O. (Anm. 2), S. 62.

²⁵ Vgl. *Alexy* (Anm. 15), S. 364ff.; *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 303ff.; *Hesse* (Anm. 1), S. 186ff.; *Ipsen* (Anm. 1), S. 152ff.; *Reinold Maass*, Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuansatz?, in: NVwZ 1988, S. 14ff.; *Robbers* (Anm. 15), S. 751f.; *Rupp* (Anm. 16), S. 371ff.; *Schoch* (Anm. 16), S. 875ff.; *Heinrich Scholler*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969, S. 33ff.; *Stettner* (Anm. 15), S. 549ff.; *Rudolf Wendt*, Der Gleichheitssatz, in: NVwZ 1988, S. 778ff.; *Hans F. Zacher*, Soziale Gleichheit, in: AöR 1968, S. 344ff.; siehe auch die Diskussionsbeiträge von *Konrad Hesse*, *Willi Geiger*, *Gerhard Leibholz* und *Hermann Heussner*, in: Link (Anm. 1), S. 76f.; 100ff., 105ff., 107f.

²⁶ A.a.O. (Anm. 1), S. 72ff., 245ff.

²⁷ BVerfGE 76, 256 (329f.), 75, 108 (157). Weitere Hinweise bei *Schoch* (Anm. 16), S. 876, Anm. 208.

²⁸ Siehe dazu *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. A., 1988, N. 439; *Robbers* (Anm. 15), S. 755.

²⁹ BGE 114 Ia 3, 112 Ia 244, 110 Ia 14. Vgl. auch *Peter Hännli*, Grenzen richterlicher Möglichkeiten bei der Durchsetzung von Gleichheitsansprüchen gemäß Art. 4 BV, in: ZSR 1988, I, S. 591ff.

cher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können, dabei aber auf den „Kurzschluß“ zwischen Gleichheitssatz und Willkürverbot verzichtet³⁰, scheint mir deshalb überzeugender. (Was der „3. Senat“ als Hüter des „wahren Verfassungsrechts“ dazu meint, konnte ich den Beiträgen in der Gedächtnisschrift für *F.G. Nagelmann* nicht klar entnehmen).

3. Die Gewinnung von Maßstäben für die Inhaltsbestimmung aus der Verfassung

Der Gleichheitssatz als relativ inhaltsarme Handlungsanweisung ist in ganz besonderem Maße auf Konkretisierungen angewiesen, die nach dem neuerdings von *Christian Starck*³¹ prägnant dargestellten Konzept in erster Linie *in der Verfassung selbst* gesucht werden müssen: Spezielle Differenzierungsverbote und -gebote, innenpolitische Neutralitäts- und konfessionelle Paritätsgebote schränken den Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes ein oder präzisieren ihn; aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit dem Demokratie-, dem Bundesstaats- oder dem Sozialstaatsprinzip sowie aus den Beziehungen zu anderen Grundrechten und zu Kompetenznormen oder Aufgabenbestimmungen der Verfassung ergeben sich Kriterien für die Rechtfertigung von Gleich- oder Ungleichbehandlungen. Wenn gesagt wird, für die Beurteilung, in welcher Hinsicht gleiche bzw. ungleiche Behandlung geboten sei, müsse auf die anerkannten Grundsätze der Rechts- und Staatsordnung oder die herrschenden Auffassungen über die Gerechtigkeit abgestellt werden³², so sind damit primär *die in der Verfassung zum Ausdruck kommenden Prinzipien und Wertungen* gemeint. *In ihrem Rahmen hat dann die Gesetzgebung weitere Konkretisierungen vorzunehmen*, doch darf das Gleichheitsgebot nicht auf einen blo-

³⁰ Erstmals BVerfGE 55, 72 (88); seither ständige Rechtsprechung; siehe die Nachweise bei *Schoch* (Anm. 16), S. 876, Anm. 203. Auch der österreichische Verfassungsgerichtshof hat seine frühere Rechtsprechung weitgehend aufgegeben, wonach nur der Exzeß des Gesetzgebers, die offensichtliche Unsachlichkeit zur Gleichheitsverletzung führe, und prüft, ob differenzierende gesetzliche Regelungen sachlich gerechtfertigt sind; vgl. *Klemenz* (Anm. 16), S. 75ff.; *Korinek* (Anm. 10), S. 52ff.

³¹ A.a.O. (Anm. 8), Rdnr. 12ff. Ähnliche Konzepte liegen den Werken von *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 28ff., *Martin Heckel*, Die religionsrechtliche Parität, in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Band, 1974, S. 477ff., und *Ipsen* (Anm. 1), S. 162ff. zugrunde. Siehe auch schon *Hans Nawiasky*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 30ff.

³² Vgl. BGE 106 Ib 189 E. 4c, 112 Ia 244 E. 4a; *Walter Antonioli*, Gleichheit vor dem Gesetz, ÖJZ 1956, S. 647; *Haefliger* (Anm. 2), S. 56ff.; *Weber-Dürler* (Anm. 22), S. 102ff.

ßen Nachvollzug der Rechtsordnung unterhalb der Verfassungstufe reduziert werden³³. Der Gleichheitssatz „lebt“ also sozusagen vom Zusammenspiel mit anderen Verfassungsnormen. Ich habe den Eindruck, daß das Potential der Verfassung zur inhaltlichen Anreicherung des Gleichheitssatzes noch nicht ausgeschöpft ist. Das möchte ich im folgenden begründen.

IV. Die Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch die Gesetzgebung

Wie geht der Gesetzgeber vor, wenn er den Gleichheitssatz näher ausgestaltet? Nach welchen Maßstäben muß er sich bei der generalisierenden und abstrahierenden Umschreibung von Tatbeständen richten, die notwendigerweise gewisse tatsächliche Gleich- und Ungleichheiten vernachlässigt?

1. Spezielle Differenzierungsverbote und -gebote

Zuerst ist zu prüfen, ob ein besonderes verfassungsrechtliches Differenzierungsgebot oder -verbot zur Anwendung kommt, das Gleich- bzw. Ungleichbehandlungen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen erlaubt³⁴. So verpflichtet etwa die *Wahlrechtsgleichheit* zur Beachtung der Zählwertgleichheit, der Stimmkraftgleichheit und bei Verhältniswahlen der Erfolgswertgleichheit. Abweichungen von diesen Grundsätzen sind bloß in engen Grenzen zur Erreichung bestimmter Ziele gestattet³⁵. Das Verbot der Differenzierung nach dem *Geschlecht* (Art. 4 Abs. 2 BV) läßt Ausnahmen einzig dann zu, wenn sie auf biologischen Ursachen beruhen, die das zu ordnende Lebensverhältnis derart prägen, daß eine Gleichbehandlung geradezu ausgeschlossen ist³⁶. Umstritten ist, ob auch sog. funktionale Unterschiede – der Begriff

³³ So treffend Müller/Müller (Anm. 8), S. 189.

³⁴ Statt vieler Sachs (Anm. 6), insbesondere S. 221ff.

³⁵ Vgl. dazu neuestens und eingehend Tomas Poledna, Wahlrechtsgrundsätze und kantonale Parlamentswahlen, 1988, S. 21ff., 50ff.; ferner Hans Herbert von Arnim, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, in: DÖV 1984, S. 85ff.; Jochen Abr. Frowein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, in: AöR 1974, S. 80ff. Sehr streng bezüglich der Pflicht des Staates, die Chancengleichheit des Stimmbürgers bei der Teilnahme an Wahlen zu respektieren, auch BGE 113 Ia 291ff., 296ff.

³⁶ BGE 108 Ia 29 E. 5a; BGE vom 10. Juli 1986, in: ZBl 1987, S. 170 E. 4a; Haefliger (Anm. 2), S. 81f.; Hans Huber, Gleiche Rechte für Mann und Frau, in: ZBJV 1982, S. 173ff.; Beatrice Weber-Dürler, Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau – Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, in: ZSR 1985, I, S. 8ff.

scheint der deutschen Rechtsprechung entliehen zu sein, ist aber deswegen nicht klarer – als Begründung für geschlechtsspezifische Regelungen ausreichen, ist es doch das erklärte Ziel des Geschlechtergleichheitsartikels, die Festschreibung der herkömmlichen Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern zu verhindern³⁷. Das Bundesgericht hat diesbezüglich entschieden, die Begrenzung der Feuerwehrdienstpflicht und damit der entsprechenden Ersatzabgabepflicht auf Männer sei zumindest dann nicht zwingend durch biologische oder funktionale Gründe geboten, wenn die Möglichkeit bestehe, die Dienstpflichtigen auch zu anderen als zu körperlich sehr anstrengenden oder gesundheitlich besonders risikoreichen Einsätzen heranzuziehen³⁸.

2. Ableitung von Kriterien aus dem Zusammenhang mit anderen Grundrechten

Ist kein besonderes Differenzierungsgebot oder -verbot anwendbar, so ergeben sich Kriterien für die Konkretisierung oft aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit anderen Grundrechten³⁹. Das Bundesgericht leitet z.B. aus dem Rechtsgleichheitsgebot in Verbindung mit der Meinungsäußerungsfreiheit ab, Erlasse über die amtliche Information der Öffentlichkeit dürften die kantonale Presse nicht privilegieren gegenüber außerkantonalen Zeitungen, die regelmäßig über kantonale Angelegenheiten berichten⁴⁰. Bei der Beurteilung einer Strafanstaltsordnung, die nur die Durchführung von evangelisch-reformierten und katholischen Gottesdiensten für die Insassen gestattete, zog das Bundesgericht die Kultusfreiheit und den Gleichheitssatz heran, um festzustellen, daß zwischen Landeskirchen und anderen Glaubensgemeinschaften hinsichtlich des Kultus kein Unterschied besteht, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt⁴¹. Aus der Verfassung lassen sich also bei Grundrechtseinschränkungen zusätzliche Maßstäbe für die Differenzierung gewinnen. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist

³⁷ Vgl. *Georg Müller* (Anm. 5), Rz. 137, mit Hinweisen. Siehe ferner *Charles-Albert Morand*, *L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes*, in: *Morand* (Anm. 6), S. 79f., der sich deutlich gegen eine Berücksichtigung funktionaler Unterschiede ausspricht.

³⁸ Urteil vom 10. Oktober 1986, in: ZBl 1987, S. 306ff., 311ff. Ebenso Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 1988, in: ZBl 1988, S. 495ff., 498ff.

³⁹ Siehe dazu *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 28ff.; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 17, 42ff.

⁴⁰ BGE 104 Ia 99 E. 9, 107 Ia 311 E. 5. Siehe auch BGE 104 Ia 377ff. betreffend Gleichbehandlung verschiedener Arten von Massenmedien bei der Zustellung von behördlichen Unterlagen.

⁴¹ BGE 113 Ia 304ff., 307.

deshalb größer, wenn er nicht in Grundrechte eingreift, sondern das Erbringen von staatlichen Leistungen regelt⁴².

3. Die Bedeutung von Kompetenz- oder Aufgabennormen der Verfassung

Auch Kompetenz- oder Aufgabennormen der Verfassung können für die Bildung von gleich oder ungleich zu behandelnden Personen- oder Fallgruppen relevant werden. Das sei an einigen Beispielen erläutert:

– Die in Art. 22 quater Abs. 1 BV umschriebene Aufgabe, eine der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienende Raumplanung durchzuführen, zwingt zu Grenzbeziehungen zwischen verschiedenen Arten der Bodennutzung, die notwendigerweise zur Folge haben, daß Grundstücke von ähnlicher Lage und Beschaffenheit ungleich behandelt werden⁴³.

– Nach Art. 34 sexies BV trifft der Bund u.a. Maßnahmen zur Förderung, besonders auch zur Verbilligung des Erwerbs von Wohnungs- und Hauseigentum. Um das Ziel der breiten Streuung des Wohnungseigentums zu erreichen, müssen Wohnungseigentümer und Mieter unterschiedlich behandelt werden, z.B. bei der Subventionierung der Wohnungskosten oder bei der Besteuerung durch entsprechende Entlastungen der Wohnungseigentümer. In Frage käme vor allem eine Begünstigung der Wohnungseigentümer dadurch, daß sie den Mietwert der von ihnen selbst genutzten Wohnungen (Eigenmietwert) nicht als Einkommen versteuern müßten. Das Abgaberecht hat jedoch mit den Prinzipien der Allgemeinheit und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und der Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit spezifische Konkretisierungen des Gleichheitssatzes entwickelt⁴⁴. Es ist deshalb Ungleichbehandlungen gegenüber, mit denen ein Lenkungseffekt erzielt werden soll, viel „resistenter“ als das Subventionsrecht⁴⁵. Das Bundesgericht hat denn auch bisher eine vollständige und undifferen-

⁴² Dürig (Anm. 1), Rdnr. 466; Starck (Anm. 8), Rdnr. 43; kritisch Rupp (Anm. 16), S. 372f.

⁴³ BGE 107 Ib 339 E. 4a; Grisel (Anm. 21), S. 361; Haefliger (Anm. 2), S. 69; Martin Lendi, Planungsrecht und Eigentum, in: ZSR 1976, II, S. 77f.

⁴⁴ Siehe den Überblick bei Georg Müller (Anm. 5), Rz. 79f. Zur Rechtslage in Deutschland neuestens Hans-Wolfgang Arndt, Gleichheit im Steuerrecht, in: NVwZ 1988, S. 789ff.

⁴⁵ Vgl. dazu Markus Reich, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommenssteuerrecht, ASA 1984/85, S. 23: Es sei abzuwägen, ob das Interesse an der Durchsetzung der steuerlichen Lenkungsmaßnahme den Einbruch in den das Steuersystem tragenden Gedanken der Leistungsfähigkeit zu rechtfertigen vermöge.

zierte Abschaffung der Besteuerung des Eigenmietwertes als verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Wohnungseigentümern und Mietern bezeichnet⁴⁶. Zulässig ist nur eine Privilegierung der Wohnungseigentümer dadurch, daß der Eigenmietwert nicht zum vollen Verkehrswert erfaßt wird⁴⁷. In Deutschland, Österreich und weiteren Ländern verzichtet der Gesetzgeber dagegen auf die Besteuerung des Eigenmietwertes – ein Beispiel für die Beeinflussung des Gleichheitssatzes durch die (nationale) *Ambiance*!

– Das Ziel des Familienschutzartikels der BV (Art. 34 quinquies) läßt sich wiederum nur durch eine gewisse Privilegierung der Familie gegenüber anderen Formen von Lebensgemeinschaften erreichen, was sich beispielsweise auf die Ausgestaltung des Steuerrechts auswirkt⁴⁸.

– Eine Vielzahl weiterer Verfassungsnormen, z.B. der Umweltschutzartikel (Art. 24 septies BV), der Filmartikel (Art. 27 ter BV) oder die Grundsatzbestimmung über die Wirtschaftspolitik des Bundes (Art. 31 bis BV) erteilen dem Gesetzgeber Aufträge, die er ohne die Bildung bestimmter gleich oder ungleich zu behandelnder Gruppen nicht oder weniger gut erfüllen kann.

4. Das Verhältnis von Gleichbehandlung und Regelungsziel

Die Auswahl der geregelten Sachverhalte und der Normadressaten richtet sich also nach dem Regelungsziel, welches entweder die Verfassung festlegt oder vom Gesetzgeber – im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Befugnisse – bestimmt wird⁴⁹. Aber nicht alle Differenzierungskriterien, die der Erreichung des Gesetzeszweckes dienen, halten vor dem Gleichheitssatz stand. Vielmehr hat *der Gesetzgeber abzuwä-*

⁴⁶ BGE 112 Ia 240ff.

⁴⁷ Nicht publiziertes Urteil vom 20. November 1987 (Association cantonale vaudoise des locataires), E. 3d.

⁴⁸ Vgl. dazu BGE 110 Ia 20, 24 E. 5 (allerdings primär das Verhältnis von Gleichheitssatz und Recht auf Ehe betreffend).

⁴⁹ Zur Bedeutung des Regelungs- bzw. des Differenzierungsziels für die Bestimmung des Differenzierungskriteriums *Böckenförde* (Anm. 1), S. 72f.; *Hans-Ullrich Gallwas*, Grundrechte, 1985, S. 39ff.; *Manfred Gubelt*, Rdnr. 13ff. zu Art. 3, in: von Münch, GGK, Bd. 1, 3. A., 1985; *Gusy* (Anm. 10), S. 34; *ders.*, Der Gleichheitssatz, in: NJW 1988, S. 2507; *Kirchhof* (Anm. 10), S. 2356; *Kloepfer* (Anm. 11), S. 34f.; *Podlech* (Anm. 8), S. 109ff.; *Schoch* (Anm. 16), S. 874; *Eckehart Stein*, Staatsrecht, 10. A., 1986, S. 245ff.; *Stettner* (Anm. 15), S. 547f.; *Wendt* (Anm. 25), S. 782ff. Siehe auch BGE 114 Ia 4 E. 8, wonach eine Bestimmung, die einzig Asylbewerber den Anspruch auf Kinderzulagen für ihre im Ausland wohnenden Kinder versagt, eine Unterscheidung trifft, die im Blick auf das Ziel der Zulagenordnung nicht gerechtfertigt ist. Nach *Brugger* (Anm. 3), S. 207, liegt der amerikanischen Rechtsprechung ein relationales Gleichheitsverständnis zugrunde.

gen zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleichbehandlung⁵⁰, d.h. zu harmonisieren, zu optimieren, praktische Konkordanz herzustellen (*Konrad Hesse*) zwischen verschiedenen, durch die Verfassung legitimierten Wertungen⁵¹. Dabei kann es sowohl zu Abstrichen an der Eignung des Differenzierungskriteriums zur Erfüllung des Gesetzeszweckes wie auch zur Vernachlässigung von tatsächlichen Gleich- oder Ungleichheiten kommen. Der Gesetzgeber muß also u.U. auf eine Unterscheidung verzichten, die für das Erreichen des Normierungsziels wichtig wäre, weil sie eine zu starke Ungleichbehandlung zur Folge hätte, oder umgekehrt eine Differenzierung wegen ihrer Bedeutung für den Gesetzeszweck vornehmen, obwohl sie im Hinblick auf die Gleichbehandlung problematisch ist. Das Beispiel der „reduzierten“ Eigenmietwertbesteuerung zeigt, wie ein Ausgleich gefunden werden kann: Die den Erwerb von Wohneigentum fördernde Wirkung der Regelung ist geringer, aber auch die Ungleichbehandlung von Mietern und Wohnungseigentümern, die beide den Mietwert versteuern müssen, allerdings in unterschiedlicher Höhe.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß Gesetze, welche auf die Lenkung der gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Entwicklung abzielen, in der Regel mehr Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandeln müssen als Gesetze, die vorwiegend ordnen, Rechtssphären abgrenzen, Rechtssicherheit gewährleisten, wie z.B. im Privatrecht⁵². Die Grenzen der Gleichbehandlung zeigen sich besonders deutlich, wenn der Gesetzgeber zur Steuerung der Wirtschaft die Produktion oder den Import gewisser Güter mengenmäßig beschränkt. Es fällt schwer, sachliche Kriterien für die Zuteilung der Kontingente an die einzelnen Produzenten oder Importeure zu finden. Zudem werden oft diejenigen privilegiert, welche bereits über ein Kontingent verfügen. Solche Systeme sollten deshalb nur eingeführt werden, wenn wirklich kein anderes Mittel der Produktions- oder Güterlenkung zur Verfügung steht, und mit „Auflockerungsmechanismen“ (Ausscheidung von Kontingenten für Härtefälle, periodische Neuverteilung der Kontingente, z.B. durch Versteigerungen usw.) versehen werden.

Der Gesetzgeber kann das *Interesse an der Praktikabilität der Regelung oder an der Verwaltungsökonomie* in die Abwägung einbeziehen. Diese Gesichtspunkte sprechen für vermehrte Schematisierung und

⁵⁰ Ebenso *Wendt* (Anm. 25), S. 785; ähnlich *Stein* (Anm. 49), S. 244; *ders.*, in: Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3, Rz. 33ff.

⁵¹ Vgl. dazu *Hesse* (Anm. 28), N. 72.

⁵² Dem Gesetzgeber steht deshalb im Bereich der Wirtschaftslenkung ein besonders großer Handlungsspielraum zu; vgl. *Kloepfer* (Anm. 11), S. 34; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 53; kritisch wiederum *Rupp* (Anm. 16), S. 373ff.

Pauschalisierung, also für die Vernachlässigung von Unterschieden⁵³. Sie stehen im Zusammenhang mit dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels: Praktikable Regelungen weisen höhere Realisierungschancen auf. Indessen darf den Kriterien der Praktikabilität und der Ökonomie kein allzu hoher Stellenwert beigemessen werden. Der Gesetzgeber hat primär den Gleichheitssatz durch Harmonisierung mit anderen Verfassungsnormen und Regelungszielen zu konkretisieren, nicht der Verwaltung durch möglichst einfache, undifferenzierte Regelungen die Aufgabe des Gesetzesvollzugs zu erleichtern! Auch nach der deutschen Lehre und Rechtsprechung sind Typisierungen und Pauschalisierungen nur zulässig, wenn die dadurch verursachten Härten eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist⁵⁴.

Das soeben beschriebene Vorgehen des Gesetzgebers bei der Konkretisierung des Gleichheitssatzes im Zusammenhang mit Aufgaben- oder Kompetenzbestimmungen der Verfassung ähnelt einer *Verhältnismäßigkeitsprüfung*, ist aber – wie dargelegt (vorne II.) – von ihr grundsätzlich zu unterscheiden. Es scheint mir auch von denselben Grundgedanken geprägt zu sein wie die Methode der zweistufigen Prüfung, die *Beatrice Weber-Dürler*⁵⁵ entwickelt hat: Auf der ersten Stufe wird wie hier abgeklärt, ob die Abgrenzung des Normtatbestandes mit dem Normierungsziel übereinstimmt. Sind die gesetzlichen Klassierungen mit dem Erlaßzweck vereinbar, so muß in einem zweiten Schritt untersucht werden, ob dieser Zweck angesichts der Ungleichbehandlungen, die er bewirkt, der Gerechtigkeit, den herrschenden Rechtsanschauungen entspricht. Statt einer solchen Prüfung des Gesetzeszweckes am Maßstab der Gerechtigkeit schlage ich eine harmonisierende Abwägung zwischen verschiedenen Verfassungsnormen und daraus abgeleiteten Regelungszielen vor, was m.E. eine operablere, rationalere und verfassungsnähere Beurteilung erlaubt als der direkte Rekurs auf die Gerechtigkeit. Sogar die *amerikanische Rechtsprechung zur equal protection-Klausel* weist gewisse Parallelen zur von mir skizzierten Methode auf: Die gesetzgeberische Differenzierung wird im Hinblick auf die Erreichung des Regelungsziels beurteilt, und es findet auch eine Art Abwägung statt, indem gewisse „suspekte“ Unterscheidungen (z.B. aufgrund der Rasse oder der Herkunft) durch ein zwingen-

⁵³ *Beatrice Weber-Dürler*, Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat, in: ZBl 1986, S. 193ff., 210ff.; *dies.* (Anm. 22), S. 186ff.; *Müller/Müller* (Anm. 8), S. 193f.; BGE 114 I ab, 110 Ia 14, 108 Ia 114 E. b, 106 Ia 244.

⁵⁴ Vgl. *Schoch* (Anm. 16), S. 879; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 18f.; *Zacher* (Anm. 25), S. 377ff.

⁵⁵ A.a.O. (Anm. 22), S. 53ff., 66ff., 100ff.

des oder doch wichtiges staatliches Interesse gerechtfertigt sein müssen⁵⁶.

Als Maßstab für die Ausgestaltung des Gleichheitssatzes durch den Gesetzgeber wird oft die *Systemgerechtigkeit* genannt⁵⁷. Soweit damit eine den Grundgedanken des Gesetzes konsequent verwirklichende Differenzierung gefordert wird, bedeutet Systemgerechtigkeit nichts anderes als die soeben erörterte Ausrichtung der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung auf das Regelungsziel. Versteht man darunter eine gewisse Bindung des Gesetzgebers an ein einmal gewähltes System oder an übergeordnete Systeme, so frage ich mich, ob sich dieses Kriterium aus dem Gleichheitssatz herleiten läßt, oder ob es nicht eher dem *Prinzip der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes* zugeordnet werden sollte⁵⁸.

Die Verfassung enthält, wie ich gezeigt zu haben hoffe, viele Wegweiser und Leitplanken für die den Gleichheitssatz konkretisierende Gesetzgebung. Sie läßt dem Gesetzgeber aber auch Gestaltungsfreiheit, vor allem dort, wo er abwägen muß. Das bestätigt m.E. die These, daß der Verfassungsrichter sich bei der Kontrolle des Gesetzgebers nicht auf eine Willkürprüfung zu beschränken braucht, weil er über präzisere verfassungsrechtliche Maßstäbe verfügt, daß er jedoch im Bereich der Wertungen und Abwägungen Zurückhaltung zu üben hat.

V. Gleichheitssatz und Egalisierungsgebot

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Herstellung faktischer Gleichheit

Daß der Gleichheitssatz eine politische Funktion im Sinne der Gewährleistung der gleichen Teilhabe der Bürger an der Willensbildung

⁵⁶ Dazu *Andreas Auer*, Les „mesures positives“ en faveur des femmes en droit américain, in: *Morand* (Anm. 6), S. 233ff.; *Ulrich Beyerlin*, „Umgekehrte Rassen Diskriminierung“ und Gleichbehandlungsgebot in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung, in: *ZaöRV* 1979, S. 496ff., 522ff.; *Brugger* (Anm. 3), S. 144ff., 162ff.; *Donald P. Kommers*, Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, in: *Link* (Anm. 1), S. 35ff.; *Maass* (Anm. 25), S. 17f.

⁵⁷ *Christoph Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Franz-Joseph Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985; *Rupp* (Anm. 16), S. 379ff.; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 33ff.; *Zacher* (Anm. 25), S. 353ff.

⁵⁸ Vgl. dazu *Degenhart* (Anm. 57), S. 68ff.; *Peine* (Anm. 57), S. 259ff.; *Robbers* (Anm. 15), S. 755f.; *Beatrice Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 280ff. Skeptisch gegenüber den Bemühungen, Systemgerechtigkeit als Ausdruck des Gleichheitssatzes zu postulieren, auch *Gusy* (Anm. 10), S. 35; *ders.* (Anm. 49), S. 2508.

im Staat hat, ist anerkannt⁵⁹. Unbestritten ist auch, daß er rechtliche Gleichheit garantiert: In der Gesetzgebung wie bei der Rechtsanwendung sollen nur die im Hinblick auf das Regelungsziel wesentlichen tatsächlichen Unterschiede für die Entscheidungen maßgebend sein; das Recht hat mit anderen Worten bestimmte faktische Gleich- bzw. Ungleichheiten zu berücksichtigen. Ist es auch Aufgabe des Gleichheitssatzes, zum *Abbau bestehender tatsächlicher Ungleichheiten in der Gesellschaft* beizutragen? Hat er eine sozialstaatliche Funktion? Zielt er auf *Herstellung realer Gleichheit*, auf Egalisierung ab? Darüber gehen die Ansichten auseinander. Nach der einen Auffassung kann der Gleichheitssatz nicht auch faktische Gleichheit gewährleisten, weil zur Erreichung dieses Ziels die Freiheit und die rechtliche Gleichheit beschnitten werden müßten. Ein Auftrag an den Gesetzgeber, die Ungleichheit der tatsächlichen Lebensverhältnisse auszugleichen, lasse sich nur der Sozialstaatsgarantie entnehmen⁶⁰. Die Gegenmeinung sieht im Gleichheitssatz auch ein Prinzip sozialer Gleichordnung und bejaht – zumeist vorsichtig und mit Vorbehalten bezüglich der Klagbarkeit – die Möglichkeit, daraus eine Verpflichtung des Staates zur Reduktion ungleicher tatsächlicher Verhältnisse abzuleiten⁶¹. In der schweizerischen Lehre besteht wenigstens – im Gegensatz zur deutschen – Einigkeit darüber, daß die Verfassungsbestimmung über die Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 4 Abs. 2 BV) ein Egalisierungsgebot umfaßt, da sie ausdrücklich statuiert, das Gesetz solle für die Gleichstellung von Mann und Frau, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit⁶².

⁵⁹ Statt vieler *Podlech* (Anm. 8), S. 168ff.

⁶⁰ *Gusy* (Anm. 10), S. 32; *Yvo Hangartner*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II, 1982, S. 182ff.; *Haefliger* (Anm. 2), S. 58f.; *Kloepfer* (Anm. 11), S. 43f.; *Öhlinger* (Anm. 16), S. 232/33; *Podlech* (Anm. 8), S. 200ff.; *Schoch* (Anm. 16), S. 869; *Scholler* (Anm. 25), S. 15; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 3ff., 22ff.; *Stein* (Anm. 49), S. 240f.; zurückhaltend und stark differenzierend *Robbers* (Anm. 15), S. 756ff.; *Stettner* (Anm. 15), S. 551f.

⁶¹ *Alexy* (Anm. 15), S. 380ff.; *Dürig* (Anm. 1), Rdnr. 140ff. (nicht eindeutig); *Fritz Gygi*, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2. A., 1978, S. 141ff., 145ff.; *Häberle* (Anm. 1), S. 84; *Hesse* (Anm. 18), S. 180ff.; 214f.; *Ipsen* (Anm. 1), S. 173ff.; *Jörg Paul Müller*, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: ZSR 1973, II, S. 880ff.; *Markus Schön*, Die Zulassung zu anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, 1985, S. 76ff.; *Zacher* (Anm. 25), S. 383.

⁶² *Hangartner* (Anm. 60), S. 189f.; *Roland Henninger*, Gleichberechtigung von Mann und Frau im Wandel, 1984, S. 166f.; *Claudia Kaufmann*, Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Familie gemäß Art. 4 Abs. 2 Bundesverfassung, 1985, S. 34ff.; *Morand* (Anm. 37), S. 85ff.; *Michel Rossinelli*, Actions positives et égalité des sexes an droit suisse, in: Morand (Anm. 6), S. 254ff. Zum Stand der Diskussion in Deutschland *Gusy*, Gleichheitssatz (Anm. 49), S. 2508f.; *Starck* (Anm. 8), Rdnr. 209ff.

Bei einem konstitutiven Verständnis der Grundrechte, das m.E. gerade beim Gleichheitssatz angebracht ist⁶³, liegt es zwar nahe, in diesem Grundrecht auch ein Egalisierungsgebot als Element einer gerechten Ausgestaltung der staatlichen Ordnung zu sehen. Im Ergebnis scheint mir allerdings nicht so wesentlich zu sein, ob das Egalisierungsgebot als Ausfluß des Gleichheitssatzes oder des Sozialstaatsprinzips oder einer Verbindung der beiden Verfassungsnormen betrachtet wird. Denn auch bei einer Herleitung aus dem Gleichheitssatz gehört das Egalisierungsgebot grundsätzlich zur „programmatischen Schicht“ des Grundrechts im Sinne von Jörg Paul Müller⁶⁴. Es richtet sich also an den Gesetzgeber, der über die angemessenen Förderungs-, Ausgleichs- und Umverteilungsmaßnahmen abschließend zu befinden und die damit verbundene „Grundrechtspolitik“ (Peter Häberle, René A. Rhinow)⁶⁵ zu verantworten hat. Gerichtlich durchsetzbare Ansprüche ergeben sich in der Regel nicht unmittelbar aus dem Egalisierungsgebot. Es umschreibt nur das Ziel⁶⁶, überläßt aber die Wahl der Mittel, die angesichts der Auswirkungen auf Staat und Bürger von großer politischer Tragweite ist, dem Gesetzgeber als dem hierzu demokratisch legitimierten Organ. Als justiziabel gilt seit je der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege⁶⁷. Offen ist, ob es weitere Bereiche gibt, in welchen dem Richter genügend juristische Gesichtspunkte für die Umschreibung gesetzlich nicht vorgesehener Ansprüche zur Verfügung stehen, um Rechte unmittelbar aufgrund der Verfassung zuzusprechen⁶⁸. Diskutiert wird etwa ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Gemeingebrauch öffentlicher Sachen^{68a} oder auf Ausbildungsbeihilfen⁶⁹. Daß ein grundrechtlich begründetes Egalisierungsgebot in den meisten Fällen nur Zielsetzungen oder Programme für den Gesetzgeber enthält, deren Er-

⁶³ Vgl. Heckel (Anm. 31), S. 475.

⁶⁴ A.a.O. (Anm. 61), S. 817f.; 886; ders. (Anm. 15), S. 46ff.; siehe auch David Jenny, Zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes, in: recht 1987, S. 94f.

⁶⁵ Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 69ff., 75; René A. Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 427ff., 435f.

⁶⁶ Nach Hans F. Zacher (Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, in: DÖV 1970, S. 10) fordert Gleichheit zwar Umverteilung, steuert sie aber nur schwach.

⁶⁷ Vgl. Georg Müller (Anm. 5), Rz. 123ff.

⁶⁸ Jörg Paul Müller (Anm. 61), S. 848.

^{68a} Urs Saxer, Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Straßen, 1988, S. 204ff., mit Hinweisen.

⁶⁹ Vgl. dazu Markus Müller, Das Stipendienrecht des Kantons St. Gallen . . ., 1987, S. 64ff.; Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 1979, S. 293ff.; Peter Saladin, Das Recht auf Bildung, in: ZSR 1971, I, 132ff., 141, 145f.; Schön (Anm. 61), S. 78.

füllung der Verfassungsrichter nicht überprüfen kann, ist für das schweizerische Verfassungsrecht nichts Ungewöhnliches, sind doch nach Art. 113 Abs. 3 BV Bundesgesetze ohne Rücksicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit verbindlich.

Das Gebot zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit wird sodann begrenzt durch die Rechtsgleichheit und andere Grundrechte, die durch eine zu weit getriebene Egalisierung übermäßig beeinträchtigt werden können. Ausgleich und Umverteilung haben immer Eingriffe in bestehende, hauptsächlich ökonomische, oft aber auch ideelle und politische Rechte zur Folge⁷⁰. Die Verfassung läßt also keine allgemeine Nivellierung sozialer Unterschiede zu. Notwendig ist vielmehr stets eine *Abwägung zwischen dem Bedürfnis nach Egalisierung und den Auswirkungen auf die Grundrechtspositionen, die zum Zwecke der Angleichung der tatsächlichen Verhältnisse beschränkt werden müssen.*

2. Quotenregelungen als Mittel der Egalisierung

Besonders schwierig zu beurteilen ist die Verfassungsmäßigkeit der *Quotenregelungen*, die heute als Mittel zur Herstellung faktischer Gleichheit zwischen Mann und Frau, Angehörigen verschiedener Rassen oder Sprachregionen usw. diskutiert und zum Teil praktiziert werden. Mit Hilfe solcher Maßnahmen soll eine im gesellschaftlichen oder politischen Bereich untervertretene Gruppe eine ihrer zahlenmäßigen Stärke entsprechende Zahl von Stellen, Plätzen oder Sitzen in bestimmten Berufen, Unternehmen, Schulen, öffentlichen Verwaltungen, Parlamenten oder anderen Organisationen erhalten. Quotenregelungen können *mit dem Gleichbehandlungsgebot, speziellen Differenzierungsverboten und weiteren Grundrechten* (z.B. mit der Wirtschafts- oder der Vertragsfreiheit) *in Konflikt geraten*. Was geht vor: Das Egalisierungs- oder das Gleichbehandlungsgebot? Läßt sich die zwangsläufig eintretende Ungleichbehandlung der nicht von Quoten Profitierenden sachlich rechtfertigen? Ist das Ziel, faktische Gleichheit zwischen gesellschaftlichen Gruppen herzustellen, so gewichtig, daß die Chancen für den Zugang zu bestimmten Positionen je nach der Gruppenzugehörigkeit unterschiedlich bemessen werden dürfen? Überwiegt z.B. auch im Arbeitsrecht das Interesse an einer derartigen Egalisierung gegenüber den Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer an der Ausübung ihrer verfassungsmäßigen Rechte auf freie Wahl der Mitarbeiter bzw. des Arbeitsplatzes?

⁷⁰ Vgl. Georg Müller (Anm. 5), Rz. 4, mit Hinweisen; Zacher (Anm. 66), S. 8ff.

Das *schweizerische Bundesgericht* hatte diese Fragen in einem Fall zu beantworten, in welchem ein die Mädchen im Verhältnis zu den Knaben benachteiligendes Bewertungssystem bei den Examen für die Zulassung zur Mittelschule angewendet worden war. Die Behörden rechtfertigten dieses Vorgehen damit, daß die Mädchen den Knaben im betreffenden Alter in der physischen und psychischen Entwicklung voraus seien; bei Anwendung einer einheitlichen Bewertungsskala könne kein ausgewogenes Verhältnis von Schülerinnen und Schülern erreicht werden. Das Bundesgericht führte aus, der unterschiedliche Entwicklungsstand von Mädchen und Knaben sei kein Grund für eine Ausnahme vom strikten Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter. Eine solche wäre nur zulässig, wenn biologische oder funktionelle Unterschiede zwischen den Geschlechtern vorlägen, die eine Gleichbehandlung absolut ausschließen⁷¹. Fragwürdig scheint mir die apodiktische Feststellung des Gerichts, Chancengleichheit im Bereich des Schulwesens bedeute, daß jeder Schüler sich unabhängig von seiner Zugehörigkeit zum einen oder anderen Geschlecht auf sein Recht auf Gleichbehandlung berufen könne; der individuelle Charakter der Grundrechte werde verkannt, wenn der Begriff der Chancengleichheit auf der kollektiven Ebene zwischen zwei sozialen Gruppen zur Anwendung komme⁷².

Aufschlußreich ist insbesondere die *Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court* betreffend die Verfassungsmäßigkeit von Quotenregelungen zur Bevorzugung rassischer Minderheiten⁷³. Das Gericht verneinte, daß die Verfassung gebiete, im Rahmen von Maßnahmen zur Beseitigung bestehender faktischer Rassenungleichheiten „farbenblind“ zu handeln. Die „umgekehrte Rassendiskriminierung“ durch Quotenregelungen zugunsten von rassischen Minderheiten wurde als zulässig betrachtet, wenn sie zur Erreichung der faktischen Gleichheit dringend notwendig sei und wenn die dadurch verursachten Nachteile den betroffenen Angehörigen anderer Rassen zugemutet werden könnten. Der Supreme Court nahm also auch eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Beseitigung der tatsächlichen Ungleichheit und den Auswirkungen der Quotenregelung auf die dadurch Benachteiligten

⁷¹ BGE 108 Ia 22ff.; vgl. dazu *Béatrice Pfister*, in: recht 1983, S. 68ff.

⁷² BGE 108 Ia 31; kritisch *Morand* (Anm. 37), S. 78.

⁷³ Urteil vom 28. Juni 1978 (Bakke), in: EuGRZ 1978, S. 522ff.; Urteil vom 27. Juni 1979 (Weber), in: EuGRZ 1979, S. 502ff.; Urteil vom 2. Juli 1980 (Fullilove), in: EuGRZ 1980, S. 604ff.; Urteil Wygant (1986), dargestellt bei *Brugger* (Anm. 3), S. 186f.; vgl. dazu *Auer* (Anm. 56), S. 244ff.; *Beyerlin* (Anm. 56), S. 496ff.; *Brugger* (Anm. 3), S. 182ff.; *Wolfgang Hauser*, Rassengleichheit oder Chancengleichheit?, in: EuGRZ 1978, S. 542ff.

vor. Bei der Beurteilung einer Quotenregelung für die Zulassung zur Universität wurde der individual-rechtliche Gleichbehandlungsanspruch des nicht zugelassenen weißen Bewerbers dem gruppenrechtlichen Anspruch der rassischen Minderheiten auf Beseitigung der faktischen Ungleichheit vorgezogen. Ebenso entschied das Gericht hinsichtlich der Privilegierung rassischer Minderheiten bei der Entlassung von Lehrern, welche die betroffenen weißen Lehrer so schwer benachteilige, daß ein solches Vorgehen durch das Ziel der allmählichen Erhöhung der Zahl der Lehrer aus Minderheitsgruppen nicht gerechtfertigt werden könne. Im Fall der Vergabe öffentlicher Aufträge erschienen der Mehrheit des Gerichts dagegen die Wettbewerbsnachteile für die nicht von der Quotenregelung profitierenden Unternehmen weniger gewichtig als das Interesse an den Ausgleichsmaßnahmen zugunsten der rassischen Minderheiten. Die Quotenregelung bei Einstellung und beruflicher Fortbildung von Arbeitnehmern hielt das Gericht ebenfalls für zulässig.

Die amerikanische Rechtsprechung ist offenbar stark vom Gedanken geprägt, daß die heute noch bestehenden rassischen Benachteiligungen in der Gesellschaft auch Nachwirkungen früherer staatlicher Rassendiskriminierung seien, weshalb der Staat zur Herstellung faktischer Gleichheit beitragen müsse. In der Schweiz ist die Ausgangslage anders: Hier gibt es seit jeher so viele Minderheiten, daß auf sie schon zur Wahrung des nationalen Zusammenhalts Rücksicht genommen werden muß. Auch die schweizerische Konkordanzdemokratie fördert die Beteiligung der Minderheiten am politischen Entscheidungsprozeß, namentlich durch eine entsprechende Vertretung in staatlichen Organisationen. *Das Bedürfnis nach rechtsverbindlichen, nicht bloß auf Konsens und Tradition beruhenden Quotenregelungen ist deshalb relativ gering*, dies um so mehr, als fast jeder Schweizer gleichzeitig verschiedenen Mehr- und Minderheiten angehört⁷⁴. Ein eigentliches *Quotensystem für alle Minderheiten* wäre im übrigen wohl *kaum praktikabel*.

Erwogen werden in der Schweiz wie in Deutschland vor allem *Quotenregelungen zugunsten von Frauen*⁷⁵. Obwohl der Staat durch seine Gesetzgebung die faktische Ungleichheit der Frauen wohl mitverur-

⁷⁴ Siehe dazu *Thomas Fleiner*, Die Stellung der Minderheiten im schweizerischen Staatsrecht, in: Festschrift für Werner Kägi, 1979, S. 115ff.; *René A. Rhinow*, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, in: ZSR 1984, II, S. 237ff.

⁷⁵ Vgl. dazu *Morand* (Anm. 37), S. 85ff.; *Claudia Kaufmann*, Les quotas valent mieux que leur réputation, in: *Morand* (Anm. 6), S. 271ff.; *Heide M. Pfarr/Christine Fuchsloch*, Verfassungsrechtliche Beurteilung von Frauenquoten, in:

sacht hat⁷⁶ und eine dem Bevölkerungsanteil besser entsprechende Vertretung der Frauen in staatlichen und gesellschaftlichen Organisationen nach meiner Überzeugung wichtig und dringlich ist, scheint mir *fraglich, ob die mit derartigen Gruppenschutzmaßnahmen verbundenen Ungleichbehandlungen der Männer und allfällige Eingriffe in weitere Grundrechte gerechtfertigt werden können*, will doch Art. 4 Abs. 2 BV Differenzierungen nach dem Geschlecht – von ganz besonderen Fällen abgesehen – gerade ausschließen. Bei der Einräumung von festen Anteilen an Sitzen in Parlamenten stünde zusätzlich die Wahlrechtsgleichheit entgegen, die ebenfalls strikt zu verstehen ist und Ausnahmen nur in engsten Grenzen zuläßt⁷⁷. Das Bundesgericht würde Quotenregelungen zugunsten eines Geschlechts, wenn es bei seiner dargestellten, allerdings wenig überzeugenden Rechtsprechung bliebe⁷⁸, wahrscheinlich als verfassungswidrig bezeichnen. „Weichere“ Schutz- und Förderungsmaßnahmen für faktisch benachteiligte Gruppen, die zu einer „indirekten“ Privilegierung mit geringfügigeren Auswirkungen für die anderen Gruppen führen (z.B. besondere Ausbildungsstätten und -beihilfen für Frauen, die in das Berufsleben zurückkehren wollen⁷⁹), halte ich dagegen für unbedenklich. Nicht eindeutig – und anders als in Deutschland – ist die Rechtslage, wenn in den *Statuten von politischen Parteien den Frauen eine bestimmte Zahl von Sitzen in Parteiorganen oder auf Wahllisten zugeteilt würde*. Die Bundesverfassung erwähnt die politischen Parteien nicht, doch gelten sie als verfassungsrechtlich stillschweigend anerkannt, ebenso wohl das Prinzip, daß ihre innere Ordnung demokratisch sein muß. Die gesetzliche Ausgestaltung und Sicherung dieses Grundsatzes besteht aber bisher nur aus den Vorschriften des Zivilgesetzbuches über die Vereine, welche Quotenregelungen kaum entgegenstehen dürften. Ob sich darüber hinaus unmittelbar aus dem ungeschriebenen Prinzip der demokratischen inneren Ordnung etwas ergibt, was die Freiheit der Parteien bei der Wahl ihrer Organe und Kandidaten einschränkt, ist ungeklärt, m.E. jedoch eher zu verneinen⁸⁰.

NJW 1988, S. 2201ff.; *Rossinelli* (Anm. 62), S. 253ff.; *Walter Schmitt Glaeser*, Die Sorge des Staates um die Gleichberechtigung der Frau, in: DÖV 1982, S. 381ff.

⁷⁶ Vgl. Bericht über das Rechtsetzungsprogramm „Gleiche Rechte für Mann und Frau“, in: BBl 1986 I 1144ff.

⁷⁷ Vorne IV., 1.

⁷⁸ Siehe vorne, Anm. 71.

⁷⁹ Vgl. *Rossinelli* (Anm. 62), S. 267; siehe auch *Schmitt Glaeser* (Anm. 75), S. 385.

⁸⁰ Vgl. dazu *Gerhard Schmid*, Politische Parteien, Verfassung und Gesetz, 1981, S. 94ff., 142ff., 161. Zur Diskussion in Deutschland *Ingwer Ebsen*, Ver-

3. Freiheit und Gleichheit im „Staat des Maßes“

Wenn das Egalisierungsgebot nach dem Gesagten im allgemeinen bloß ein Gesetzgebungsprogramm beinhaltet und durch das Rechtsgleichheitsgebot und durch weitere Grundrechte begrenzt wird, so *wirkt es nicht viel anders als eine Sozialstaatsklausel*, die dem Gesetzgeber ebenfalls zum Ziel setzt, gewisse faktische Ungleichheiten zu beseitigen oder zu mildern, wobei er die Grundrechte in derselben Weise zu respektieren hat. Die ausnahmsweise mögliche Herleitung von klagbaren Ansprüchen läßt sich bei einer grundrechtlichen Verankerung des Egalisierungsgebots allerdings besser begründen. Gegen eine solche Herleitung spricht die Gefahr, daß der Gleichheitssatz dadurch überladen und in seinem primären Wirkungsbereich geschwächt werden könnte. Die praktische Bedeutung der Zuordnung des Egalisierungsgebotes wird ferner dadurch relativiert, daß der Sozialstaat nach meiner Beurteilung – jedenfalls in der Schweiz – gesamthaft einen so hohen Stand erreicht hat, daß ein *wesentlicher* Ausbau politisch kaum realisierbar sein dürfte und auch an verfassungsrechtliche Grenzen stoßen könnte, wenn die damit verbundenen Nivellierungen und Umverteilungen zu übermäßigen Eingriffen in Grundrechte führen würden. Es bleiben jedoch Lücken zu füllen und fehlende Maschen im sozialen Auffangnetz zu knüpfen. Ich habe im übrigen nicht den Eindruck, daß wir bereits in dem von *Walter Leisner*⁸¹ drastisch geschilderten Gleichheitsstaat leben oder ihm unentrinnbar entgegengehen. Vielmehr scheint mir neuerdings wieder eine Tendenz zur Individualisierung, zur Anerkennung der Leistung und der Selbstverantwortung des einzelnen erkennbar. Ich teile also die von *Günter Dürig*⁸² als pragmatischer Optimismus bezeichnete Ansicht, daß es gelingen wird, Freiheit und Gleichheit gemeinsam und gesamthaft zu einem Optimum zu steigern und so zur Erfüllung des Auftrags einer modernen, freiheitlichen und sozialen Verfassung beizutragen, den „Staat des Maßes“ im Sinne von *Kurt Eichenberger*⁸³ zu schaffen.

bindliche Quotenregelungen für Frauen und Männer in Parteistatuten, 1988; *Klaus Lange*, „Frauenquoten“ in politischen Parteien, in: NJW 1988, S. 1174ff.; *Janbernd Oebbecke*, Quotierung auf Landeslisten, in: JZ 1988, S. 176ff.

⁸¹ Der Gleichheitsstaat, 1980.

⁸² A.a.O. (Anm. 1), Rdnr. 128.

⁸³ Freiheit als Verfassungsprinzip: Der Staat des Maßes, in: Der Staat der Gegenwart, 1980, S. 165ff., 174ff.

Leitsätze des 2. Berichtstatters über:

Der Gleichheitssatz

1. Der Gleichheitssatz wird durch die Verfassungsordnung und die politische, soziale und rechtliche Ambiance eines bestimmten Staates geprägt. Das Völkerrecht hat nur in einzelnen Sachgebieten zu einer gewissen Vereinheitlichung geführt. Bestimmte Grundfragen und Methoden der Konkretisierung des Gleichheitssatzes sind dagegen in vielen Staaten ähnlich.

2. Der Gleichheitssatz stellt eine für alle Staatsorgane in allen Gebieten maßgebende Handlungsanweisung dar, die mangels Anknüpfung an einen konkreten Lebenssachverhalt viel formaler und gehaltsärmer ist als andere Grundrechte. Die mit dem üblichen „Schrankendenken“ verbundenen Methoden der Prüfung, ob eine Maßnahme mit einem Grundrecht vereinbar ist, lassen sich deshalb nicht ohne weiteres auf den Gleichheitssatz übertragen. Die besondere Struktur verlangt vielmehr ein besonderes Vorgehen, indem zuerst untersucht wird, welche tatsächlichen Unterschiede vorliegen, und hierauf, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede gerechtfertigt ist.

3. Der Gleichheitssatz weist den gleichen Rang wie die anderen Verfassungsnormen auf und hat seinen eigenen, allerdings sehr weiten und querschnittartigen, „modalen“ Anwendungsbereich. Er steht in engem Zusammenhang mit der Menschenwürde und der Gerechtigkeit, darf aber nicht damit gleichgesetzt werden.

4. Gleichheitssatz und Willkürverbot sind auch bei der Gesetzgebung auseinanderzuhalten. Versteht man das Willkürverbot nicht als bloßes Sachlichkeitserfordernis, sondern als Verbot qualifizierter Unrichtigkeit, so muß die Übereinstimmung von Erlassen mit dem Gleichheitssatz, die anhand von Vergleichen zwischen verschiedenen Fällen zu beurteilen ist, strenger geprüft werden als die Frage, ob der Gesetzgeber willkürlich gehandelt hat.

5. Maßstäbe für die Inhaltsbestimmung des Gleichheitssatzes sind in erster Linie aus der Verfassung selbst zu gewinnen. Der Gleichheitssatz „lebt“ vom Zusammenspiel mit anderen Verfassungsnormen. Das Po-

tential der Verfassung zur inhaltlichen Anreicherung des Gleichheitssatzes ist noch nicht ausgeschöpft.

6. Bei der Konkretisierung des Gleichheitssatzes muß der Gesetzgeber zuerst prüfen, ob ein besonderes verfassungsrechtliches Differenzierungsgebot oder -verbot zur Anwendung kommt, was seine Gestaltungsfreiheit in erheblichem Maße einschränkt, weil er davon nur unter ganz restriktiven Voraussetzungen abweichen darf.

7. Hinweise für die Ausgestaltung des Gleichheitssatzes ergeben sich ferner oft aus dem Zusammenhang mit anderen Grundrechten. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist deshalb größer, wenn er nicht in Grundrechte eingreift, sondern die Gewährung von staatlichen Leistungen normiert.

8. Aus dem Verhältnis zwischen dem Gleichheitssatz und Kompetenz- oder Aufgabennormen der Verfassung folgt, daß die Auswahl der geregelten Sachverhalte und der Normadressaten sich am Regelungsziel ausrichten muß, das die Verfassung oder der Gesetzgeber im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Befugnisse festlegt. Bei Differenzierungskriterien, die geeignet sind, das legitime Regelungsziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber abzuwägen zwischen dem Interesse an der Erfüllung des Gesetzeszweckes und dem Interesse an der Gleichbehandlung. In die Abwägung kann das Interesse an der Praktikabilität und an der Verwaltungsökonomie einbezogen werden, dem indessen kein zu hohes Gewicht beigemessen werden darf.

Diese Methode ähnelt der Verhältnismäßigkeitsprüfung, ist aber grundsätzlich von ihr zu unterscheiden. Parallelen finden sich in der amerikanischen Rechtsprechung zur equal protection-Klausel.

Der Aspekt der Systemgerechtigkeit trägt kaum etwas Zusätzliches zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den Gesetzgeber bei.

9. Es liegt nahe, im Gleichheitssatz auch ein Egalisierungsgebot als Element einer gerechten Ausgestaltung der staatlichen Ordnung zu sehen. Das Egalisierungsgebot gehört allerdings zur „programmatischen Schicht“ des Grundrechts, richtet sich also – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nur an den Gesetzgeber. Seine Erfüllung ist der richterlichen Kontrolle in der Regel entzogen. Zudem wird es durch die Rechtsgleichheit und andere Grundrechte begrenzt. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Herstellung faktischer Gleichheit sind nur zulässig, wenn das Bedürfnis nach Egalisierung überwiegt gegenüber den Auswirkungen auf die Grundrechtspositionen, die zum Zwecke der Angleichung der tatsächlichen Verhältnisse eingeschränkt werden müssen. Quotenregelungen als Mittel der Gleichstellung von Gruppen, die im politischen oder gesellschaftlichen Bereich untervertreten sind, erscheinen als verfassungsrechtlich fragwürdig, weil das Interesse an der

Privilegierung einer Gruppe die rechtsungleiche Behandlung anderer Gruppen und die Eingriffe in weitere Grundrechte in der Regel nicht rechtfertigt. Andere Schutz- und Förderungsmaßnahmen zugunsten von faktisch benachteiligten Gruppen, die zu weniger krassen Ungleichbehandlungen führen, dürften dagegen im allgemeinen zulässig sein.

Angesichts der stark relativierten Bedeutung des Egalisierungsgebotes wirkt es nicht wesentlich anders als eine Sozialstaatsklausel. Beide Verfassungsnormen zielen nicht auf einen „Gleichheitsstaat“ ab, sondern auf einen „Staat des Maßes“.

3. Aussprache und Schlußworte

Der Gleichheitssatz

Vorsitzender (Denninger): Ich darf Sie zur Aussprache über den ersten Beratungsgegenstand herzlich begrüßen. Ich glaube, das Thema ist hervorragend vorbereitet worden durch die beiden Referate von heute morgen, aber auch durch eine Fülle von begleitenden Aufsätzen – ja, in manchen Fällen muß man fast schon sagen, von begleitenden Büchern – so daß eine Menge Gesichtspunkte vorgestellt worden sind, die wir sicherlich nur zu einem geringen Teil heute hier beraten können. Darf ich ganz kurz, ohne Ihnen Zeit wegnehmen zu wollen, zu der Grobgliederung noch ein paar Stichworte sagen. Es hat sich bei der Anmeldung gezeigt, daß die Vorstellungen darüber, was als Strukturproblem oder was als Maßstab anzusehen ist, durchaus unterschiedlich beurteilt werden können. Meine Vorstellung war, daß unter Strukturproblemen Stichworte wie Gleichheit und Gerechtigkeit im Verhältnis zueinander behandelt werden sollten, Gleichheitssatz und Freiheitsrechte etwa, auch das Problem der Drittwirkung der Gleichbehandlung durch Private, Asymmetrie, Symmetriefragen u.ä.m. Unter II. „Konkretisierung und Maßstäbe“ sehe ich auch aus den Anmeldungen hier, daß darunter das Verhältnis von Gleichheitssatz und Willkürverbot verstanden wird, auch die funktionellrechtliche Frage, also Gleichheitssatz als Handlungs- bzw. als Kontrollmaßstab. Ich werde diese Beurteilung berücksichtigen und diese Damen und Herren, d.h. Damen sind insoweit noch nicht dabei, unter II. berücksichtigen. Unter II. sollten dann auch spezielle Konkretisierungen und Maßstäbe, wie Differenzierungen durch Bundesstaatlichkeit, Probleme des Leistungsrechts und Gleichheitssatzes, Typisierungsfragen, also alles das behandelt werden, was Herr *Zippelius* uns heute morgen unter dem Leviathan als Milchkuh vorgestellt hat. Auch die Fragen der Steuergerechtigkeit und der Systemgerechtigkeit, der Chancengleichheit gehören m.E. hierher. Dann bleibt für III. „Rechtsgleichheit und faktische Gleichheit“, oder, in der Formulierung von Herrn *Müller*, das Egalisierungsgebot, vor allem, wie ich meine, die Frage einer Quotenregelung, die Frage des Verständnisses des Art. 3 Abs. 2 als Gleichstellungsauftrag, entsprechend Art. 4. der Bundesverfassung.

Zum Technischen kann ich mich auch ganz kurz fassen. Herr *Heckel* hat Ihnen schon angedroht, und diese Drohung muß ich leider wieder-

holen, daß die Autobusse pünktlich um 17.30 Uhr abfahren müssen, denn sonst ist der Zeitplan nicht einhaltbar. Das bedeutet, daß wir hier um 17.25 Uhr schließen werden. Der Gleichheitssatz verbietet es auch, daß weitere Diskussionswillige dann in Abwesenheit der Kollegen verhandeln. Ich halte das nicht für angebracht. Sie können sich also ausrechnen – ich habe es nicht gezählt, aber ich habe in einer ziemlich präzisen Schätzung jetzt 28 – 30 Wortmeldungen – wieviel Redezeit auf den einzelnen entfallen mag. Herr *Zippelius* hat uns ja den Gleichheitssatz heute morgen als Chance zum Außergewöhnlichen vorgestellt. Ich greife das gerne auf, möchte das aber bitte in qualitativer Hinsicht, nicht in quantitativer Hinsicht verstanden wissen. Und wenn Sie im übrigen aus dem Gleichheitssatz bei knapper Ressourcenverteilung eine Art solidarischen Rücksichtnahmegebotes oder eine ähnliche baurechtlich zweifelhafte Rechtsfigur ableiten wollen, dann werden wir auch hier mit der Zeit, meine ich, gut über die Runden kommen. Ich gebe jetzt ganz bewußt keine Zahlen vor, sondern appelliere an Ihre Fähigkeit zur Konzentration.

Vogel: Der Vorstand hätte das Thema „Gleichheit“ zu keinem günstigeren Zeitpunkt auf die Tagesordnung setzen können. Denn man hat doch heute den Eindruck, daß sich die vierzigjährige Vorherrschaft der *Leibholz*schen Lehre (die gewiß ihre Verdienste gehabt hat) langsam dem Ende zuneigt und daß andere, ebenfalls grundlegende Gedanken aus den ersten Jahrzehnten des Grundgesetzes – ich nenne hier nur die Namen *Hans Peter Ipsen* und *Günter Dürig* – heute ihre Kraft zeigen, langsam selbst den Betonmantel einer ständigen Rechtsprechung zu durchdringen, um neuen, sachhaltigeren Gesichtspunkten Geltung zu verschaffen. In der sogenannten „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts kommt das zum Ausdruck. Übrigens wird diese Formel, wenn ich recht sehe, von beiden Senaten gelegentlich gebraucht; das Geheimnis, wann die alte und wann die neue Formel herangezogen wird, habe ich noch nicht durchdringen können.

Beide Referenten haben dem hohen Anspruch des Themas Genüge getan, durch konzentrierte Referate auf hohem Niveau, und wir sind ihnen Dank dafür schuldig. Herr *Zippelius* hat vor allem die ideengeschichtlichen Fundamente des Gleichheitssatzes in unser Bewußtsein zurückgerufen, und mit seinem Don Juan-Zitat am Ende hat Don Reinholdo uns wohl die Vielfalt der Gerechtigkeitsvorstellungen vor Augen führen wollen: „ma in Ispagna son già mille e tre“ (hier müßten wir jetzt die Registerarie einspielen können). Herr *Müller* hat mehr die strukturellen Gesichtspunkte des Gleichheitssatzes herausgearbeitet; so haben sich die beiden Referate, wie mir scheint, in vorbildlicher Weise ergänzt. Erlauben Sie mir drei hinzutretende Bemerkungen:

Zunächst: volle Zustimmung zu der Unterscheidung zwischen Gleichheitssatz und Willkürverbot, die, wenn ich recht sehe, beide Referenten vorgenommen haben, besonders nachdrücklich Herr Müller in seiner These 3 Abs. 2. Die Unterscheidung macht es möglich, beim Gleichheitssatz im engeren Sinne an das staatliche Handeln strengere Anforderungen zu stellen als bisher auf Grund des etwas „verdünnten“ Willkürverbotes. Sicher hat Leibholz richtig gesehen, daß die logischen Strukturen des Willkürverbots und des Gleichheitssatzes eng miteinander verwandt sind. Aber wenn man die beiden Verfassungsrechtssätze nicht unterscheidet, dann gelangt man dahin, die relativ milden Anforderungen des Willkürverbots an staatliches Handeln auf den gesamten Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes (im weiteren Sinne, also des Gleichheitssatzes im hier verstandenen Sinne und des Willkürverbots zusammengenommen) zu erstrecken, und wie wenig dabei herauskommt, das haben uns 40 Jahre Rechtsprechung gezeigt.

Natürlich ergibt sich, wenn wir Gleichheitssatz und Willkürverbot trennen, die Frage nach der Begründung des Willkürverbots. Ganz kurz dazu: ich habe keine Bedenken, es nach wie vor auf den Rechtsstaatsgrundsatz zu stützen. Wir hatten schon bisher Probleme, bei denen wir mit dem Gleichheitsgrundrecht allein nicht auskamen, etwa bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder bei ausländischen juristischen Personen, die keine Grundrechte geltend machen konnten. Ferner ergibt sich die Frage, wie die beiden Sätze gegeneinander abzugrenzen sind: wann wenden wir das Gleichheitsgebot an, wann das Willkürverbot? Ich möchte vorschlagen, danach zu unterscheiden, ob die Unterscheidung anknüpft an „Eigenschaften“, die man nur haben oder nicht haben kann, für die also – etwas anspruchsvoll ausgedrückt – der Satz vom Widerspruch gilt: Sie können nur Vater oder nicht Vater sein, Sie können nur verheiratet oder nicht verheiratet sein, jedenfalls zu einem bestimmten Zeitpunkt. Für Unterscheidungen, die an solche „Eigenschaften“ anknüpfen, und nur für sie, gilt nach meiner Meinung der Gleichheitssatz. Dagegen können Sie nebeneinander einen Gürtel und Hosenträger tragen; das Tragen eines Gürtels ist also nicht ein Merkmal, welches geeignet ist, Sie eindeutig einer bestimmten Gruppe zuzuweisen. Wir haben beispielsweise eine steuerrechtliche Regelung, nach der beim Verkauf einer Forderung oder eines sonstigen Rechts die Beteiligten wegen der Kapitalerträge des laufenden Jahres nach vier unterschiedlichen Prinzipien besteuert werden, ohne daß irgend jemand den geringsten Grund für die unterschiedliche Besteuerung angeben kann. Man kann aber gleichzeitig eine Aktie verkaufen und ein anderes Wertpapier, also unter die eine Regelung wie unter die andere fallen; hier ist man, meine ich, nicht im Gleichheitssatz ange-

griffen, sondern hier handelt es sich um einen Verstoß gegen das Willkürverbot.

Zweitens zum Verhältnis zwischen Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: wiederum Zustimmung zu Herrn Müller, hier seiner These 8 Abs. 2. Mir scheint aber auch die Abwägung problematisch, die Sie, Herr Müller, in These 8 Abs. 1 vornehmen. Zunächst: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, an dessen polizeirechtlichen Ursprung ich doch gern erinnern möchte, bedeutet Abwägung zwischen tatsächlichem Eingriff und tatsächlichem Zweck. Und ich meine, an dieser Bedeutung sollte man aus Gründen der Begriffsklarheit festhalten und das Wort „Verhältnismäßigkeit“ nicht auf alle möglichen anderen Dinge ausdehnen, in denen auch eine Abwägung, aber eine Abwägung von strukturell anderer Art, stattfindet. Beim Gleichheitssatz ist nicht zwischen einem tatsächlichen Eingriff und seinem Zweck abzuwägen, sondern – wenn ich Ihnen folge – zwischen einer Ungleichbehandlung und ihrem Zweck. Diese Abwägung halte ich deswegen nicht für einen Rationalitätsgewinn, sondern nur für scheinrational, weil sie im Grunde das Problem nur verlagert. Wir können ja nicht abwägen, bevor wir nicht festgestellt haben, wie groß das „Ausmaß“ der Ungleichbehandlung ist. Und das ist eine Wertung, in die wir dann alles hineinlegen, was wir bei der „Abwägung“ wieder herausholen. (Natürlich: auch das Ausmaß eines Eingriffs ist eine Wertungsfrage, aber doch nicht von dem umfassenden Charakter wie beim „Ausmaß“ einer Ungleichbehandlung.) Deswegen meine ich, daß, wenn wir hier eine Abwägung vorzunehmen glauben, wir uns eine Rationalität vorspielen, die dieser Vorgang tatsächlich nicht enthält.

Daneben ist eine Abwägung speziell im Sinne der „Verhältnismäßigkeit“ in einem bestimmten Bereich, den Sie, Herr Zippelius, angesprochen haben, nach meiner Meinung nicht möglich, nämlich im Steuerrecht. „Das Steuerrecht hat keinen Zweck.“ Wenn ich das so sage, weiß ich, daß mir alle lebhaft widersprechen werden und sagen werden, es gebe doch alle möglichen Zwecke, wirtschaftspolitische, sozialpolitische usw. Dieser Einwand ist natürlich ganz richtig. Mit solchen Zwecken kann Steuerrecht befrachtet werden; dann entstehen besondere Probleme, Herr Birk hat sie in seiner Monographie über das Leistungsfähigkeitsprinzip behandelt. Aber wenn wir all dieses „steuerrechtliche Wirtschaftsrecht“, wie Tipke es nennt, einmal ausklammern, dann bleiben im Kern des Steuerrechts die Normen, die nur die Aufgabe haben, Mittel aufzubringen für den öffentlichen Finanzbedarf und diese Last nach Maßstäben der Gerechtigkeit zu verteilen. Und dieser Finanzbedarf ist kein abwägungsfähiger Zweck. Denn er ist ein „maßloser“ Zweck: der Staat kann immer noch mehr Geld brauchen, als er schon bekommt. Deswegen meine ich, daß bei solchen steuerrechtlichen Lastenausteilungsnormen eine Frage der Verhältnismäßigkeit

keit nicht entsteht, und ganz persönlich würde ich vorschlagen, den Finanzbedarf auch gar nicht mehr als „Zweck“ zu bezeichnen. Das letztere ist natürlich nur eine terminologische Frage, über die wir uns nicht in die Haare geraten sollten. Ich möchte damit nur auf den Unterschied aufmerksam machen zwischen dem „Zweck“ der im Kern des Steuerrechts stehenden Lastenausteilungsnormen und den Zwecken, die wir im Verwaltungsrecht kennen, und auf die besonderen Folgen, die dieser Unterschied für den Gleichheitssatz im Steuerrecht zwangsläufig hat. Soll das bedeuten, daß der Gleichheitssatz im Steuerrecht nicht gelten soll? Ganz gewiß nicht. Wir müssen hier nur andere, eher noch schärfer zupackende Ansätze finden.

Der dritte Gesichtspunkt sollte den *judicial self-restraint* betreffen. Ich möchte dazu nur noch sagen, daß dieser Gesichtspunkt, ja, zwar nicht einen „*legislative self-restraint*“ voraussetzt, aber doch ein Mindestmaß an Verfassungsrespekt und Verfassungsbeachtung auf Seiten des Gesetzgebers. Wenn wir heute sehen, wie leicht der Gesetzgeber geneigt ist, an die Grenze zu gehen und den Weg nach Karlsruhe „auszuprobieren“ und wie oft er Handlungsaufgaben des Bundesverfassungsgerichts nur mit Knurren und Quietschen und Ächzen, am liebsten nach langer Zeit oder gar nicht ausführt, dann, meine ich, muß das Verfassungsgericht stärker eingreifen, sein *self-restraint* ein Ende haben. — Ich danke Ihnen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Kollege *Vogel*. Sie haben das Recht des ersten Redners jedenfalls zeitlich, glaube ich, voll in Anspruch genommen. Sie haben 13 Minuten gesprochen. Ich appelliere an die nachfolgenden Redner, es ihm in diesem Punkt nicht unbedingt gleichzutun. Wir haben beim Mittagessen mit den Referenten scherzhafterweise die Redezeitfrage erörtert, und es wurde von dem Herrn Erstberichterstatter gemeint, es hätten die Kollegen *Häberle* und *Zacher* traditionellerweise das Recht, hier 8–10 Minuten zu sprechen, die anderen vielleicht dann 5 oder 6. Ich bitte Sie also, das entsprechend zu berücksichtigen. Ich darf jetzt die Reihenfolge in etwa bekanntgeben, damit Sie sich auch etwas darauf einrichten können. Als nächsten Redner werde ich Herrn *Heckel* bitten, hier zum Historischen etwas beizutragen, weil das sonst voraussichtlich zu kurz kommen wird, dann Herrn *Korinek* aus Wien, Herrn *Lerche* und Herrn *Häberle* in dieser ersten Runde. Nun wollte Herr *Zippelius* gleich zu Ihrem Beitrag eine kurze Bemerkung machen. Bitte sehr.

Zippelius: Zunächst zum Unterschied zwischen Willkürverbot und Gleichheitssatz: Das Willkürverbot bedeutet, daß eine Entscheidung nicht ohne einsichtige Begründung getroffen werden darf. Es greift also sehr viel weiter als der Gleichheitssatz, der der Gerechtigkeitsfrage

eine spezifische Fassung gibt. Dann zum Problem der Verhältnismäßigkeit: Trotz des verbalen Gegensatzes glaube ich, hier in der Sache, d.h. in den Begriffen, mit Herrn Müller weitgehend einig zu sein. In meiner Terminologie erfordert die Verhältnismäßigkeit, daß eine Ungleichbehandlung durch den Regelungszweck aufgewogen wird. Wenn ein Schlossergeselle und ein Assessor sich um ein Richteramt bewerben, kann der Assessor mit der Begründung bevorzugt werden, daß der Regelungszweck – eine sachkundige Rechtspflege zu gewährleisten – diese Ungleichbehandlung rechtfertigt; das schließt ein, daß die Bevorzugung ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Regelungszweckes sein muß. Zu den Steuern: Es ist nicht nötig, hier nach der Rechtfertigung der Steuern überhaupt zu fragen; jedenfalls erfordert jede Ungleichbehandlung im Steuerrecht, daß diese durch einen Steuerzweck gerechtfertigt ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zippelius*. Konkrete Fragen der Steuergerechtigkeit sollten wir, meine ich, unter II. dann abhandeln. Ich darf nun Herrn *Heckel* das Wort geben.

Heckel: Drei Punkte, die auch in die Grundsatzfragen reichen: Erstens: Der Ursprung und ein Prototyp der Gleichheit in unserer Verfassungsgeschichte liegt in der Parität der Religionsparteien im Alten Reich. Es ist dort das Gleichheitsprinzip der *exacta aequalitas* das schlechthin beherrschende Verfassungsprinzip der Reichsgrundgesetze von 1555 und 1648, das ja bis 1806 währte. Auf ihr beruht die Koexistenz und Friedensordnung Deutschlands im Zeitalter der Religionskriege, aber auch der Aufklärung. Wie in dem modernen Gleichheitsproblem ist dabei eine Fülle ganz verschiedener Gleichheits-Teilsysteme vorhanden und ineinander verschlungen: Es gibt einerseits die Gleichheit des Absehens von der Konfession, also der Ausschaltung des konfessionellen Gegensatzes, ähnlich wie heute in 3 Abs. 3. Andererseits gilt aber die Gleichheit der gleichmäßigen Berücksichtigung beider Konfessionen, etwa im Konfessionsproporz der Reichsämtler, ferner in der *itio in partes* des Reichsgesetzgebungs-, aber auch des Gerichtsverfahrens u.a. Ein Hauptproblem war damals schon der Maßstab der Gleichheit. Denn formale Gleichheit haben alle beschworen und in Biederkeit angeboten. Aber sie wurde dann zur materiellen Diskriminierung und *Imparität* benützt, wenn z.B. die Katholiken auch die Protestanten gleichmäßig nach den katholischen Religionsgrundsätzen behandelten und *vice versa*. Ich kann das nicht im einzelnen ausführen. Formalparität war vielfach der Deckmantel der Diskriminierung und *Imparität*. Die Lösung des Westfälischen Friedens und der Reichspublizistik besteht dann in einem material

ausgehandelten Gesamtausgleich der verschiedenen Teilsysteme einzelner Felder. Die Katholiken haben Formalgleichheit zu ihren Gunsten im Kirchengut erlangt, die Protestanten im *ius reformandi*, in der Religionsfreiheit usw. Als Letztes zu diesem Punkt: Die *Aequalitas exacta mutuaque* des Westfälischen Friedens betrifft nicht den Friedensinhalt selbst, sondern sie ist eine hermeneutische Regel zur Lückenschließung, damit in den Lücken nicht das kanonische Recht den Protestanten übergestülpt wurde.

Zweitens: Gleichheitsrechte und Gleichheitsnormen können sehr wohl differenzierend wirken, und sie tun das meist schon seit 1789. Das scheint mir in beiden Referaten zu kurz gekommen zu sein. Es ist keineswegs so, daß Gleichheitsnormen und Gleichheitsrechte immer eine Gleichheitswirkung äußern: daß sie stets Ungleichheiten rechtlicher oder auch faktischer Art abbauen müßten, daß dabei die generelle Fassung der Normen und Rechte Ungleiches stets gleich macht, also nivelliert, – so daß dann diese Nivellierung wiederum durch differenzierte Normen im Sinn der Billigkeit und Rücksichtnahme auf das individuelle oder das gemeine Wohl differenziert werden müßte. Das ist zwar möglich, je nach dem Tatbestand der Normen. Verfassungsgeschichtlich sind so in der Tat die rechtlichen Ständestufungen zwischen Adel, Bürgertum, Geistlichkeit des Ancien Règime durch die Gleichheitsrechte 1789 beseitigt worden, bei uns durch die Steinischen Reformen. Aber dieselbe liberale Rechtsgleichheit hat dann die große wie starke Differenzierung in die Klassen bewirkt, die die Liberalen wie die Sozialisten, aber auch die Konservativen irritiert und überrascht hat. Worin liegt der Grund? Ich meine: Rechtsgleichheit führt eben bei ungleichen faktischen Voraussetzungen zu ungleichen faktischen Wirkungen, aber auch zu ungleichen rechtlichen Auswirkungen. So ist gerade die formale Rechtsgleichheit in höchstem Grade ein Mittel der Differenzierung des Rechts wie auch der Sozialstruktur! Es liegt ja auch auf der Hand: Der Starke und Kluge kommt bei gleichem Start mit Chancengleichheit viel weiter, er kann auch in ganz verschiedene Richtungen greifen, er kann sein Eigentumsrecht, seine Meinungsfreiheit, Bildungsmöglichkeit ganz anders ausbilden. Alle Buntheit und Fülle der Individualität im 19. Jahrhundert und alle Differenzierung der Kultur seit dem 19. Jahrhundert beruht auf dieser Differenzierungswirkung der Rechtsgleichheit. Die Rechtsgleichheit hat insgesamt keineswegs zur Nivellierung, sondern zu einer höchsten Differenzierung geführt. Auch verstärkt sich das durch die Möglichkeit der Rollenkombinationen dieser formalen Gleichheitsrechte. Immer nimmt die Rechtsgleichheit die faktische Ungleichheit in sich auf und baut sie in sich ein, weil sie durch ihre ungleichen Voraussetzungen ungleiche Wirkungen zeitigt. Und das zwingt ja dann den Staat zur Egalisierung im sozialstaatlichen Sinn. Er muß bewußt

ungleiche Normen schaffen, etwa um eine gewisse Gleichheit des Sozialen hervorzurufen.

Drittens: Art. 3 III GG enthält kein Differenzierungsverbot schlechthin – wie wir das etwa noch im Beitrag *Ipsens* zu *Nipperdeys* Handbuch lasen, später von ihm revidiert in seinen EWG-Schriften – sondern nur Diskriminierungsverbote! Gleichmäßige Differenzierungen sind erlaubt, ja um der Menschenwürde und anderer Grundrechte willen sogar geboten. So zwingt, um ein derbes Beispiel zu brauchen, Art. 3 Abs. 3 keineswegs zur Promiskuität der Geschlechter in den öffentlichen Bedürfnisanstalten. Es verbietet auch nicht konfessionell gesonderten Religionsunterricht, nicht eine entsprechende Lehrerbildung und auch Lehrerverwendung, wenn nur die Gleichwertigkeit gewahrt ist bzw. entsprechende gleichwertige Angebote oder Aushilfen gewährleistet werden, um einer Privilegierung zu entgehen. Sogar Differenzierungen nach rassischen Merkmalen sind möglich in unserem Verfassungssystem – z.B. in den Wiedergutmachungsgesetzen für rassistisch Verfolgte, sofern damit keine rassistische Diskriminierung, aber auch keine rassistische Privilegierung verbunden ist, sondern die Wiederherstellung der rechtlichen und faktischen Gleichheit und Gleichberechtigung.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Heckel*. Ich darf dann Herrn *Korinek* bitten.

Korinek: Ich glaube, daß es das Privileg der ersten Redner ist, daß sie dem Vorstand unter verschiedenen Aspekten Dank sagen dürfen. Ich möchte das tun: Ich glaube, daß die Auswahl der Referenten – unter verschiedenen Gesichtspunkten – hervorragend gelungen ist. Dies hat uns nicht nur zwei faszinierende Referate beschert; es hat uns auch gezeigt, wie man von ganz unterschiedlichen Ansätzen und methodischen Positionen her die Dinge sehen kann. Ich glaube, man hätte nicht plastischer machen können, daß man entweder im Vergleichen, wie *Müller*, die zentrale Bedeutung des Gleichheitssatzes sehen kann oder im Gerechtigkeitspostulat.

Herr Kollege *Zippelius* hat den Gleichheitsgrundsatz als Gerechtigkeitspostulat verstanden. Er ist dann zur Formulierung gelangt, daß der Gleichheitssatz „über sich selbst hinaus weise“ und so Gerechtigkeit sozusagen in sich hereinhole – so habe ich das verstanden. Und er hat zum Schluß die Gerechtigkeit, also die *Justitia* – nicht das *Jus*, sondern die *Justitia*! – als *semper reformanda* bezeichnet. Da, glaube ich, verläßt man doch schon sehr weit das, was man juristisch rationalisieren kann. Ich glaube, fragen zu müssen: besteht hier nicht die Gefahr, daß der Gleichheitsgrundsatz, wenn er so angereichert wird, seinen konkreten Inhalt verliert? Das Gerechtigkeitspostulat als mora-

liches Postulat kann personenbezogen bleiben, aber der Gleichheitsgrundsatz soll ja objektiv verpflichten und objektiv durchwirken und gestalten. Ist nicht ein so angereicherter Gleichheitssatz als Gerechtigkeitspostulat verstanden nurmehr so wenig rationalisierbar, daß letztlich einfach gilt: gleich ist, was die Mehrheit für gleich hält, sei es im Gesetzgebungsmechanismus, sei es bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle? Aber verliert dann nicht der Gleichheitssatz die Schutzfunktion, die jedes Recht hat und vor allem: verliert er nicht dann eigentlich seine ganze normative Bedeutung? Führt es dann nicht zum Paradoxon, daß je mehr wir in den Gleichheitssatz hineinbringen, um so weniger Gehalt der Gleichheitssatz letztlich hat? So faszinierend der große Bogen ist, den uns *Zippelius* gezeigt hat – ich befürchte, daß man bei diesem Ansatz dem Gleichheitssatz die Anwendbarkeit – nicht im politischen Argumentieren, aber – im juristischen Argumentieren und damit seine normative Bedeutung nimmt.

Uns, ich glaube sagen zu können, uns Österreichern liegt der Ansatz, den *Georg Müller* gewählt hat, viel näher. Er ist der bescheideneren Ansatz, aber er ist noch immer schwer genug zu rationalisieren. Aber ich glaube, wir sollten uns begnügen zu verlangen, daß wesentlich gleiche Tatbestände nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden dürfen et vice versa. Da wäre schon sehr viel erreicht. Ich glaube, daß der Ansatz von Herrn *Müller*, der in dem letzten Satz der These 2 zum Ausdruck kommt: „Die besondere Struktur verlangt ein besonderes Vorgehen, indem zuerst untersucht wird, welche tatsächlichen Unterschiede vorliegen und hierauf, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede gerechtfertigt ist“, den zentralen Gehalt des Gleichheitssatzes trifft. Er bedarf meiner Meinung nach nur einer kleinen Ergänzung: Der erste Schritt in diesem Vergleichsverfahren ist der Schritt, die Vergleichsobjekte zu suchen, und schon bei diesem Schritt geht es nicht ohne Wertung. Wir erleben das etwa derzeit in Österreich – ich glaube, das wird bei Ihnen nicht anders ein – an einer sehr dramatischen Diskussion: Das Überborden des Sozialstaates verlangt Rücknahmen und verlangt Opfer. Man hat in Österreich etwa den Ruhegenuß der Beamten durch Ruhensbestimmungen verändert: es ruht ein Teil der Beamtenversorgung, wenn die Beamten im Ruhestand gegen Entgelt tätig sind. So etwas hatten wir für Sozialversicherungspensionisten schon immer; für die Beamten wurde das vor kurzem neu eingeführt: ist das gleichheitsmäßig? Da ist doch die erste Frage: womit vergleiche ich hier? Vergleiche ich den Beamten mit den Sozialversicherungspensionisten? Vergleiche ich den pensionierten Beamten mit dem aktiven Beamten oder vergleiche ich den pensionierten Beamten, der unter einem Regime Beamter war, wo es solche Ruhensbestimmungen nicht gegeben hat, mit dem Beamten, der in einem Regime tätig ist, wo es solche Ruhensbestimmungen

schon gibt, was dann zumindest dazu führen müßte, daß der Gleichheitssatz einschleifende Übergangsregelungen verlangt? Der Verfassungsgerichtshof tendiert zu diesem letzten Ansatz. Aber schon in dieser Frage nach den Vergleichsobjekten kommt es zu einer wertenden Entscheidung und das wollte ich sozusagen ergänzend sagen.

Es ist sehr schwer, auch bei dem bescheideneren Ansatz, den Herr Müller gewählt hat, die Prüfung einer Norm am Gleichheitsgrundsatz rationalisierbar zu machen – aber ich glaube, es geht noch immer besser, als unmittelbar und direkt auf die Gerechtigkeit zu rekurrieren. Insbesondere dann, wenn man versucht, wie uns das Müller in den Thesen 7 und 8 m.E. sehr schön gezeigt hat, die Wertungen aus der Rechtsordnung selbst heraus zu nehmen. Dankeschön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Korinek. Ein kurzes Wort der Replik von Herrn Zippelius.

Zippelius: Ich würde Herrn Korineks Bedenken voll teilen, wenn ich unterstellen würde, daß der Gleichheitssatz ein inhaltserfülltes Gerechtigkeitsprinzip sei. Ich meine aber, man müsse ihn vor allem als einen Schlüsselbegriff verwenden, um die Gerechtigkeitserwägungen begrifflich zu strukturieren; er ist also in der Tat in meiner Version inhaltlich in hohem Maße ergänzungsbedürftig und verweist auf Gerechtigkeitsprinzipien spezifischer Lebensbereiche, etwa auf Prinzipien der Verfassungsgerechtigkeit, der Verfahrensgerechtigkeit oder der sozialen Gerechtigkeit. Die Antwort auf die damit gekennzeichneten Gerechtigkeitsprobleme entnehmen wir zum größten Teil aus der Verfassung selbst. Die Wahlrechtsgleichheit etwa konkretisieren wir mit Hilfe des demokratischen Legitimitätsprinzips; Gleich- und Ungleichbehandlung im Steuerrecht rechtfertigen wir unter anderem aus unseren Vorstellungen von einer der Verfassung entsprechenden, sozial ausgewogenen Vermögensverteilung in der Gemeinschaft.

Vorsitzender: Vielen Dank. Jetzt darf ich Herrn Lerche bitten.

Lerche: Vielleicht darf ich gleich an die letzte Bemerkung von Herrn Zippelius etwas kritisch anknüpfen. Ich glaube, daß die noblen Referate in struktureller Hinsicht doch unterschätzt haben, wie stark das Sachlichkeitsgebot fast alle einzelnen Grundrechte in ihrer Substanz beherrscht und damit dazu führt, daß die tatbestandlichen Konturen gerade jener Lebensbereiche, von denen Sie, Herr Zippelius, eine gewisse Auffüllung des dünnen allgemeinen Gleichheitsaspektes erhoffen, wie gerade diese tatbestandlichen Konturen dadurch im Grunde uninteressant werden und unter ferner liefen untergehen. Ist es nicht doch heute so im praktischen Ergebnis, daß es nicht so wichtig ist,

was das einzelne Grundrecht sagt? Im Grunde besteht sein Aussagegehalt stets darin, daß der Staat fair und sachlich in dem jeweiligen Lebensbereich vorgehen müsse. Wie dann dieser Lebensbereich im einzelnen abgegrenzt wird, ist weniger interessant. Die Grundrechte werden, so gesehen, mehr zu Perspektiven, wie das Sachlichkeitsgebot in den einzelnen Feldern zu betrachten ist. Um es zugespitzt zu sagen: Wenn der ganze Grundrechtsteil in dem Satz bestünde, „der Staat hat sich in fairer und sachlicher Weise zu verhalten“, so würden die Ergebnisse, auch die Ergebnisse der Verfassungsrechtsprechung, keineswegs so ganz andere sein, als wie wir sie haben, wenn wir den gegenwärtigen auszisielierten Grundrechtsabschnitt vor uns sehen.

Und wenn ich das noch schnell hinzufügen darf, denn Herr *Hüberle* braucht ja seine Plusminuten für seinen Beitrag: Um so mehr möchte ich Ihnen, Herr *Zippelius*, widersprechen bei der Auffassung, daß von einer Verletzung des Gleichheitssatzes nur die Rede sein könne, wenn dies auf breiteste Akzeptanz trifft. Das scheint mir, bei aller richtigen Zurückhaltung des Gerichts im übrigen, darüber wäre ja uferlos zu sprechen, nun doch eine unnötige Kapitulation vor der Akzeptanz zu sein. Verzeihen Sie diese kleine Kritik am Schluß.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Lerche*, für die dezidierte Stellungnahme.

Zippelius: Tut mir leid, da muß ich schon wieder kurz das Wort nehmen.

Vorsitzender: Dann aber kurz!

Zippelius: Gleich zum Letzten, Herr *Lerche*: Die Aufforderung zur Zurückhaltung bezog sich nur auf die richterliche Kontrollkompetenz; nur für diese sollte das Erfordernis breiter Akzeptanz gelten. Dann zum Vorausgehenden: Nach meinen Vorstellungen geben die Gleichheitserwägungen – nämlich das Herausstellen gemeinsamer und unterschiedlicher Merkmale – der Gerechtigkeitsfrage durchaus einen griffigen Zuschnitt. Mit diesem Zugriff arbeitet etwa die englische Fallrechtsjurisprudenz, und zwar recht gut. Und auch die ergänzende Heranziehung der spezifischen Gerechtigkeitsprinzipien der einzelnen Lebensbereiche läßt ja dann die Antwort nicht ins Uferlose zerfließen, sondern fragt eben: Was sagt die Verfassung zu der anzustrebenden Familien-, Ehe- oder sonstigen Sozialstruktur? Was sagt die Verfassung zur sozialen Gerechtigkeit usw.? Auf solche Weise gewinnt man durchaus griffige Prinzipien, um auf die durch den Gleichheitssatz strukturierten Gerechtigkeitsfragen eine weitgehend schon durch die Verfassung selbst vorgezeichnete Antwort zu finden.

Vorsitzender: Vielen Dank. Eine Meldung zur Geschäftsordnung, Herr Meyer! (Gelächter)

Meyer: Ich bin zwar kein Traditionalist, aber ich bitte doch zu erwägen, ob wir nicht zu der alten Regel wieder zurückkehren, nach der die Referenten in der „Halbzeit“ auf die bis dahin zusammengekommenen Beiträge eingehen können; das ist ein guter Brauch gewesen. Vielleicht erübrigt sich ja die eine oder andere Intervention, Herr Zipelius, wenn sich die Kollegen schon vorher gegenseitig korrigieren.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr Meyer. Ich sehe, daß das Beifall findet. Ich wollte nur bemerken, daß natürlich auch die hier eben praktizierte Methode sofortiger Replik Vorteile hat, weil sie einen lebendigen Dialog schafft. Es hat alles seine Vor- und Nachteile. Wir müssen hier zu Kompromissen kommen. Ich darf Herrn Häberle bitten und ihn vielleicht auch bitten, das ihm gewährte Privileg nicht übermäßig zu strapazieren.

Häberle: Herr Vorsitzender, vielen Dank für Ihre liebenswürdige Bemerkung! Herrn Lerche verspreche ich feierlich, daß ich heute in jeder Hinsicht einen „Minus-Beitrag“ leisten werde, zeitlich und natürlich auch inhaltlich. Im übrigen könnte Herr H.P. Ipsen als „Chronist“ gewiß bestätigen, daß ich bislang höchstens zwei- bis dreimal die magische Fünf-Minuten-Grenze überschritten habe, und auf unserer letzten Tagung in Passau sprach ich unter Protest eines Zwischenrufers und unter Beifall von Herrn Kriele sogar nur zwei Minuten. –

Jetzt vorweg zwei Vorbemerkungen, von denen eine „unseriös“ sein mag, sodann zwei Grundsatzprobleme unter den Stichworten: der Typus des atlantisch/gemeineuropäischen Verfassungsstaates als Schatzhaus von Gerechtigkeitsmaximen von *Aristoteles* über *Radbruch* bis *Rawls* sowie die Gerechtigkeitsfunktion des Gleichheitssatzes. Vorweg: Fürchten Sie nicht, daß ich über die „Quotenregelung und die Deutsche Staatsrechtslehrervereinigung“ spreche, etwa bezogen auf Vorstandswahlen, die Aufnahme von Damen in unsere Vereinigung oder die Auswahl der Referenten. Zwar kann sich unser Mitglied, Herr Ehmke, rühmen, bei der SPD die Quotenregelung für Frauen erfunden zu haben, doch habe ich „Angst vor Virginia Woolf“ in Hamburg bzw. „Zeit“-Glossen. – Jetzt die ernsthafte Vorbemerkung: Wir können glücklich sein über die Arbeitsteilung zwischen den heutigen Referenten. Wissenschaftsgeschichtlich läßt sich ja belegen, daß die Schweiz und Deutschland seit Generationen *gemeinsam* am Typus Verfassungsstaat und seinem Gleichheitssatz arbeiten. Ich erinnere an die Willkür-Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts zu Art. 4 BV und an *Walther Burckhardt* bzw. an die Formel vom vernünftigen

Grund, an die *G. Leibholz* und das deutsche BVerfG anknüpfen, die darob selbst zu Klassikertexten im Verfassungsleben unseres Themas wurden. Heute hat Herr *Georg Müller* vorgeführt, was der „Schweizer Pragmatismus“ leisten kann, zumal wenn er hintergründig wirksame theoretische Vorgaben besitzt. Erneut zeigt sich das generationenübergreifende rechtskulturelle Geben und Nehmen bei der deutsch-schweizerischen Gemeinschaftsarbeit am Verfassungsstaat. —

Zum ersten Hauptpunkt meines Votums, zum Stichwort „Gerechtigkeitsprinzipien im Typus Verfassungsstaat“: M.E. ist es hohe Zeit, Rechtsphilosophie und Verfassungsstaatslehre **ineinander** zu sehen. Die Kriterien und Prinzipien der Gerechtigkeitslehren aus vielen Jahrhunderten haben im Typus Verfassungsstaat ihr Forum und in seinen Verfassungsprinzipien einen Ausdruck. Stichworte sind: „Verfahrensgerechtigkeit, Gerechtigkeit als Fairness“, die reale Gleichheit, Aspekte der von Herrn *Lerche* zitierten neuen Sicht der Grundrechte, die zwei Gerechtigkeits-Arten von *Aristoteles*, *Kants* Menschenwürde und der fortentwickelte soziale Rechtsstaatsgedanke, die gemischte Verfassung: All das sind Teilausprägungen des heutigen Verfassungsstaates, die klassisch als Gerechtigkeitsprinzipien in der Rechts- und Staatsphilosophie diskutiert werden. — Habe ich noch eine halbe Minute?

Vorsitzender: Sie haben noch 1 1/2 Minuten.

Häberle: Ja, eigentlich viel zu viel. Jetzt der zweite Hauptpunkt meines Votums, das Stichwort „Die Gerechtigkeitsfunktion des Gleichheitssatzes“. Hier zeigen sich grundlegende Übereinstimmungen zwischen beiden Referaten, so klangschön und formvollendet, grundsätzlich geistesgeschichtlich Herr *Zippelius* und so hart pragmatisch konkret, aber theorie-fundiert Herr *Georg Müller* arbeiteten. Vergewegenwärtigen wir uns den Gleichheitssatz in der Entwicklungsgeschichte des Verfassungsstaates, so zeigt sich eine **aggressive**, höchst dynamische Seite und Funktion im Durchgriff auf sich im Wirklichkeitsbezug wandelnde Gerechtigkeitsvorstellungen. Dies wird in den Textstufen greifbar. In Weimar hieß es noch: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich“, nach Art. 3 Abs. 1 GG sind „alle Menschen“ vor dem Gesetz gleich. Aber auch an den speziellen Ausformungen des Gleichheitssatzes zeigt sich diese Entwicklung, etwa an Art. 6 Abs. 5 GG, der mir aus theoretischen, nicht etwa persönlichen Gründen ganz besonders wichtig ist (Gleichstellung nichtehelicher Kinder als Gerechtigkeitsgewinn). Hier sehen wir in der Zeitachse die dynamische Kraft der Gleichheits- bzw. Gerechtigkeitsproblematik. Also große Bekräftigung der Verknüpfung von Prinzipien unserer verfassungsstaatlichen Verfassung mit dem Schatzhaus der Philosophie-Geschichte aus 2000 Jahren wie diese Herr *Zippelius* auf seine Weise zum Ausdruck gebracht

und Herr *Müller* aus dem gelebten politischen Erfahrungswissen der Schweiz konkret gemacht hat. Danke sehr!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Häberle*! Ich werde nicht den Versuch machen, das, was Sie an Zeit eingespart haben, nun anderweitig zu „verkaufen“. Ich kann es selbst gut gebrauchen. Ich darf nun Herrn *Riedel* bitten.

Riedel: Schönen Dank, Herr Vorsitzender. Ich werde versuchen, dem Beispiel von Herrn *Häberle* zu folgen und mich ganz kurz zu fassen. Bevor wir die konkrete Frage hier erörtern, welche Lösung wir etwa zur Quotenregelung anstreben wollen, wenn wir vor Studenten im beginnenden Wintersemester über den Gleichheitssatz zu sprechen haben, müßten wir uns zunächst einmal fragen, welche Konsequenzen sich daraus für die Rolle des Bundesverfassungsgerichts ergeben, für die Gesetzgebung und für die Verwaltung, wenn wir das Prinzip zunächst einmal selber betrachten. Die Gefahr ist nämlich groß, daß Vorfagen ungeklärt bleiben und der Gleichheitssatz sogleich in Dienst genommen wird, ohne daß Konsens je erreicht werden kann. Es ist vielleicht das Grundrechtsproblem überhaupt, das hier am Gleichheitssatz heute exemplarisch aufscheint. Ein Konflikt, der von *John Hart Ely* in den Vereinigten Staaten in Harvard vor einigen Jahren in seinem bekannten Buch „Democracy and Distrust“ auf den Punkt gebracht worden ist. Siedeln wir den Konflikt dort an, daß wir sagen, zunächst einmal müssen wir dem Demokratieprinzip unser Hauptvertrauen gönnen und Demokratie mit Vertrauen gleichsetzen, dann ist das Mehrheitsprinzip in allen seinen Schattierungen und Ausfäucherungen das ausschlaggebende. Der Gesetzgeber hat dann sozusagen als Gleichheitsgarant zu fungieren. Auf der anderen Seite, wenn wir das „Distrust“-Moment, das Mißtrauensprinzip in den Vordergrund stellen, dann rückt sofort die Abwehrproblematik in den Vordergrund; dann steht der Minderheitenschutz sowie der formelle und der materielle Rechtsstaat, insbesondere der deutschen Tradition, im Vordergrund der Überlegungen. Gleichheit als Verfahrensgleichheit und der materielle Rechtsstaat als späteste Ausprägung dieses Mißtrauensgedankens kennzeichnet dann den zentralen Parameter. Daraus ergeben sich ganz fundamentale Konsequenzen etwa für die Rolle des Bundesverfassungsgerichts, ob es „judicial activism“ oder „judicial self-restraint“ ausüben muß. Ist das Mehrheitsprinzip in seiner Mehrheitsausrichtung zu verstehen, dann muß natürlich „self-restraint“ erfolgen. Verfolgen wir aber die „Distrust“-Momente, dann steht die Minderheitsgerichtetheit und der Schutz von Minderheiten im Vordergrund, und es ergeben sich dann auch ganz andere Rollenfunktionen für das Bundesverfassungsgericht. Herr *Schoch* hat in seinem Begleitaufsatz diese unter-

schiedlichen und in beiden Ansätzen in der Rechtsprechung des Ersten und des Zweiten Senats vorzufindenden Argumentationslinien m.E. sehr schön herausgearbeitet, allerdings in anderer Kennzeichnung geschildert. Es liegt nahe, wenn man diese Grundaporie des Demokratieprinzips und des Mißtrauensprinzips sich näher betrachtet, daß man dann nach einem Brückenprinzip sucht und daß man das meistens, wie Herr *Häberle* das so brillant getan hat, aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive betreibt.

Der formal-prozedurale Aspekt hat viel für sich, auf den Herr *Zippehus* dann am Rande verwies, als er die richterrechtliche Tradition etwa in England im „common law“-Rechtskreis charakterisierte. Meines Erachtens, und diese kritische Bemerkung sei mir gestattet, greift dieser Ansatz aber nicht, denn die *rationes decidendi*, die tragenden Entscheidungsgründe sind im Grunde genommen eine *petitio principii* selbst im anglo-amerikanischen Recht. Denn was ist „tragend“? Der Richter im anglo-amerikanischen Recht kann im Wege des „distinguishing“ an sich einschlägige Präjudizien für unanwendbar erklären, er kann „distinguishing out of existence“ betreiben. Und als Rechtsstudent im englischen Sprachraum wird einem sofort gesagt: „Das ist ein schlechter Jurist, der nicht Gleiches, faktisch und rechtlich Gleiches, als ungleich argumentieren kann und umgekehrt.“ Das ist nur eine Argumentationsfigur. Ich will damit jetzt nicht der „critical legal studies“-Bewegung, der Rezeption der Frankfurter Schule an der Westküste Amerikas das Wort reden, aber es ist zu erwarten, daß eine Rückrezeption dieser sprachphilosophisch-strukturalistischen und fundamental-kritischen Einstellung gegenüber der Leistungsfähigkeit definitiver Normvorgaben stattfinden wird, auch und gerade im Hinblick auf die sich entfächernde Quotenregelungsdiskussion in Deutschland. Hier wird wahrscheinlich mit einer Zeitverschiebung die umfangreiche verfassungsrechtliche Debatte an amerikanischen Law Schools nachvollzogen werden.

Meine Frage an Herrn *Zippehus* wäre dann ganz konkret: Ist es überhaupt ein Ausweg, eine Etage höher nach Kriterien der Gerechtigkeit zu suchen? Ist das ein Lösungsmodell oder müssen wir nicht eher eine Stufe herabsteigen, vielleicht mittlere Prinzipien der Auslegung suchen, für die Herr *Alexy* in seiner Theorie der Grundrechte argumentiert hat, um Prinzipienstandards und subsumtionsfähige Rechtssätze zu finden? Meine Frage an Herrn *Zippehus* wäre also, ob denn die Suche nach Gerechtigkeitskriterien uns hier weiterhilft oder ob wir da nicht nur neue und größere Aporien vorfinden werden. Und eine zweite, sehr viel kürzere Frage an Herrn *Müller*. Sie hatten die sehr provozierende These aufgeworfen, ob der Gleichheitssatz im Völkerrecht überhaupt gelte. Und auf den Punkt gebracht, im Völkerrecht fänden wir den Gleichheitssatz allenfalls in Verbindung mit weiteren,

konkreteren Rechtssätzen menschenrechtlicher Verbürgung. Warum? Liegt das vielleicht an den Legitimationsdefiziten im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, aber auch des EG-Rechts? Anders ausgedrückt, können wir es uns im innerstaatlichen Bereich leisten, vielleicht mehr als nur ein Willkürverbot zu fordern und auch materielle Kriterien dieses Gleichheitssatzes zu entwickeln, weil der Verfassungsinstitutions- und Legitimationszusammenhang hier voll ausgefächert vorhanden ist? Ihre Antwort hierzu würde mich sehr interessieren. Es sind dies alles Struktur- und Vorfragen, die die Debatte um die „reverse discrimination“ oder die Quotenregelung m.E. strukturieren sollten. Vielen Dank!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Riedel*. Ich darf jetzt sagen, wie die Reihenfolge für den Rest dieser Runde I sein könnte. Da hatte ich hier Herrn *Starck*, Herrn *Schachtschneider*, Herrn *Sachs*, Herrn *Hoffmann-Riem* und dann Herrn *Ipsen*, der ausdrücklich vermerkt hat: Im Übergang zur Runde II. Wenn wir vielleicht so verfahren könnten, dann würde ich jetzt Herrn *Starck* bitten.

Starck: Wir haben in dem Bericht von Herrn *Zippelius* eine Probe der Disziplin des allgemeinen Verfassungsrechts der westlichen Staaten bekommen. Herr *Zippelius* hat so argumentiert, daß er sein Referat ebenso z.B. auf einer französischen oder einer schweizerischen Staatsrechtslehrertagung hätte vortragen können; er hätte nur in seinem letzten Abschnitt Beispiele aus dem französischen oder dem schweizerischen Verfassungsrecht einsetzen müssen. Wir sind Herrn *Zippelius* für diesen allgemeinen Ansatz dankbar, weil er uns die Universalität des allgemeinen Gleichheitssatzes vor Augen geführt hat; zugleich hat er aber auch deutlich gemacht, wie stark das Gleichheitsurteil im einzelnen Fall von der Ambiance der jeweiligen Verfassung bestimmt wird (Thesen II 2,3). – Herr *Müller* ist in seinem Bericht umgekehrt vorgegangen. Er hat seinen Vortrag vom speziellen Staatsrecht her aufgebaut, d.h. vom schweizerischen Staatsrecht mit Verbindungslinien und Vergleichen zum Staatsrecht der Bundesrepublik, indem er schon zu Beginn seines Referates gesagt hat, daß der Gleichheitssatz verknüpft werden muß jeweils mit bestimmten verfassungsrechtlichen Regelungen aus den Freiheitsrechten, aus den Kompetenznormen, die in der Schweiz offenbar auch Aufgabennormen sind; er hat uns dann dieses im einzelnen vorgeführt. Das hätte man natürlich ganz genauso gut auf der Basis des deutschen Verfassungsrechts machen können. Dankenswerterweise hat aber Herr *Müller* ausdrücklich auch auf die allgemeine verfassungsrechtliche Dimension der Gleichheitsproblematik hingewiesen. Von ihm stammt der Satz, Grundfragen und Methoden, die er anwende, seien Methoden, die allgemein in den Verfassungsstaaten

zur Auslegung des Gleichheitssatzes angewendet werden können. Nun hat Herr *Müller* uns einige ganz bunte Beispiele für solche Gleichheitsurteile aus der Praxis der Gleichheitsjudikatur der Schweiz vorgeführt.

Die Berichte haben mich zu der folgenden Überlegung veranlaßt: Wenn man davon ausgeht, daß in Zukunft europäische Gerichte mehr und mehr über Rechtsfragen entscheiden, die in einzelnen Staaten anfallen – also etwa für die Bundesrepublik würde man an den Europäischen Gerichtshof denken und, die Schweiz mit einbegriffen, würde man an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte denken –, so muß man bei dem Ansatz, den Sie beide gewählt haben, die Konsequenz sehen, daß die Gleichheitsproblematik sozusagen eine Stufe höhergehoben wird und daß die Anknüpfungspunkte, die wir in unserem konkreten Verfassungsrecht haben, um den Gleichheitssatz mit Inhalt zu füllen, nicht mehr unbedingt gelten, sondern in der höheren Ordnung, also etwa in der Ordnung der Menschenrechtskonvention oder des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu suchen sind, die vielleicht in anderer Art den Gleichheitssatz ausfüllen. Das bedeutet, daß sich – soweit auf europäischer Ebene Recht gesprochen wird – die Kriterien, die wir unserem Verfassungsrecht entnehmen, um den Gleichheitssatz mit Inhalt zu füllen, abschleifen werden. Eine ganz parallele Beobachtung haben wir im Verhältnis des Landesverfassungsrechts zum Bundesverfassungsrecht gemacht.

Eine zweite Bemerkung, die auch noch zu den Strukturproblemen des Gleichheitssatzes gehört, möchte ich anschließen und dabei wieder auf Unterschiede im Ansatz der beiden Referenten hinweisen. Es handelt sich um die Problematik der faktischen Gleichheit. Herr *Zippelius* hat ganz offensiv, möchte ich einmal sagen, diese Problematik im allgemeinen Gleichheitssatz verortet und hat gezeigt, daß sie historisch gesehen eigentlich dort verortet war. Er hat dann allerdings an zwei Stellen deutliche Einschränkungen machen müssen. Er hat zunächst gesagt, daß bezüglich der faktischen Gleichheit eine verfassungsgerichtliche Einklagbarkeit nicht gegeben sei, und hat dann auch materielle Grenzen der faktischen Gleichheit genannt: Die Freiheitsrechte und die Selbstverantwortung des Bürgers. Ich bin diesem Argumentationsansatz gegenüber skeptisch und würde lieber den Weg von Herrn *Müller* wählen und die Problematik der faktischen Gleichheit im Rahmen des Sozialstaatsprinzips behandeln, das dann eine Differenzierungserlaubnis im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz darstellt. Immerhin haben wir dadurch den Vorteil, daß wir nicht zwei möglicherweise sich widersprechende Prinzipien aus ein und demselben Verfassungssatz ableiten. Wir müssen auch immer bedenken, daß bei uns die Überlegungen zur Auslegung der Grundrechte, hier des allgemeinen Gleichheitssatzes, nicht bloße theoretische Überlegungen sind, wie das in anderen Staaten der Fall

sein mag, sondern daß der Gleichheitssatz vom Bundesverfassungsgericht unmittelbar angewandt wird. Nicht alles, was die Professoren aus dem Gleichheitssatz herleiten, wird vom Verfassungsgericht als geltendes Verfassungsrecht angesehen. Aber verführerische Tendenzen konnte man schon beobachten. In der Schweiz liegen die Dinge anders. Die Schweiz hat keine Normenkontrolle für Bundesgesetze, insoweit kann man in der Schweiz über den Gleichheitssatz doch noch viel mehr spekulieren, ohne daß daraus eine allzugroße Machtverschiebung zwischen Parlament und Gericht folgt. Im übrigen muß man Ihnen, Herr Müller, besonders dankbar sein, daß Sie als Schweizer für den Einsatz des Sozialstaatsprinzips plädiert haben, obwohl so ein Prinzip in ihrer Verfassung nicht zum Ausdruck kommt, wie es auch in der US-amerikanischen Verfassung nicht existiert und von daher die Verlockung viel größer ist, sich insoweit auf den Gleichheitssatz zu berufen.

Eine letzte Bemerkung, zugleich eine kritische Bemerkung zu dem Ansatz von Herrn Zippelius ist die: Sie haben am Anfang Ihres Referates ausdrücklich auf den Art. 1 Abs. 3 GG hingewiesen und haben gesagt, daß auch der Gleichheitssatz unmittelbar geltendes Recht ist. Wenn er das ist, dann meine ich, muß man bei der Interpretation sich danach richten und muß, wenn man Probleme der faktischen Gleichheit erörtert, sie doch außerhalb des Art. 3 Abs. 1 GG verorten, um nicht in Widerspruch zu der Bindungsklausel zu geraten. Im übrigen schlage ich vor, daß wir den Ausdruck „faktische Gleichheit“ vermeiden, weil er etwas besagt, was wir wahrscheinlich alle gar nicht meinen. Entweder sollten wir von der Angleichung der faktischen Verhältnisse oder vom sozialen Ausgleich – das ist ja gemeint – sprechen; denn die Herstellung faktischer Gleichheit ist ein Unding, von dem wir in unserer weiteren Diskussion nicht mehr sprechen sollten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Starck. Ich stelle fest, Sie haben 8 Minuten gesprochen und damit das Häberle-Zachersche-Gardemaß erreicht. Ich möchte aber alle Kollegen dringend bitten, sich die Situation vor Augen zu führen: Wir haben noch 21 Wortmeldungen insgesamt, ohne daß ich Zwischenrepliken eingerechnet hätte und ein kleines Rechenexempel zeigt mir, daß das nur zu bewältigen ist, wenn jeder strikt bei gleichen Bedingungen nicht länger als 4 Minuten spricht, also bitte möglichst noch etwas darunter, sonst ist das hier einfach nicht zu machen und ich verspreche Ihnen auch, das habe ich den Kollegen auch gesagt, ich mache eine Runde zu III. Es geht also nicht alles in I jetzt ein, was eigentlich nach III gehört. Das erfordert schon die Gerechtigkeit, so daß ich also bitten möchte, sich an diese Situation der Knappheit der Ressource Zeit anzupassen. Ich darf dann Herrn Schachtschneider das Wort geben.

Schachtschneider: Mich interessiert die ethische Dimension des Gleichheitsprinzips. Von daher möchte ich die Gleichheitsjudikatur kritisieren. Ethik heißt für mich im *kantianischen* Sinne die Lehre von der Freiheit. Sicherlich kompensiert die Judikatur der Gesetzgebungsgleichheit das moralische Versagen des Gesetzgebers. Vom Prinzipiellen her ergeben sich aber erhebliche Probleme. Das Gesetz ist im republikanischen Verständnis das allgemeine Gesetz, das auf der Grundlage der Wahrheit das Richtige für alle verbindlich macht. Das Gesetz hat repräsentativen Charakter. Der repräsentative Gesetzgeber gibt das Gesetz stellvertretend für das ganze Volk. Er muß um der allgemeinen Freiheit willen die Moralität hervorbringen, die dem Volk um der Einheit willen aufgegeben ist. Eine andere Freiheit als die zur Sittlichkeit schützt das Grundgesetz ausweislich Art. 2 Abs. 1 GG nicht; denn die Freiheit ist durch das Sittengesetz bestimmt. Dieses Sittengesetz kann nichts anderes sein als der kategorische Imperativ Kants, nicht etwa die guten Sitten. Wenn also dieser kategorische Imperativ und damit das Prinzip der Allgemeinheit eingehalten ist, kann das allgemeine Gesetz, das Gesetz aller also, die Gleichheit gar nicht verletzen; denn es gibt schlechterdings ohne Gesetz keine Gleichheit außer der in der Freiheit. Das hat uns schon *Hobbes* gelehrt, ist aber bereits *aristotelisches* Denken. Erst das Gesetz schafft die Ungleichheit, wie *Dahrendorf* nachgewiesen hat. Was ist denn gleich, was ist denn ungleich? Darüber mögen wir private Maximen haben, aber die privaten Maximen sind nicht allgemein verbindlich. Verbindlich ist die Erkenntnis von Gleichheit und Ungleichheit erst, wenn es darüber das allgemeine Gesetz, also das Gesetz der Freiheit, gibt. Wir haben *ein* allgemeines Prinzip, das ist die politische Grundentscheidung unserer Verfassung, nämlich das der Gleichheit aller in der Freiheit oder eben das der Allgemeinheit der Freiheit. Darüber hinaus gibt es außer einigen Ausfäucherungen dieses allgemeinen Prinzips keine Gleichheit, etwa eine wahre Rechtsgleichheit o.ä. Somit schafft der Gesetzgeber die Gleichheit. Wie will man ohne Maßstab feststellen, daß der Gesetzgeber die Gleichheit verletzt habe. Das ist schlechterdings nicht möglich. Wer seinen privaten oder irgendeinen Maßstab nutzt, um das Gesetz zu kritisieren, macht sich notwendig zum Gesetzgeber, vorausgesetzt, seine Kritik wird allgemein verbindlich. Eine solche Gleichheitsjudikatur ist keine Rechtsprechung mehr. Wir können dessen zufrieden sein, weil der parteiliche Gesetzgeber nicht hinreichend moralisch handelt. Wir werden uns lieber den weisen Entscheidungen, der praktischen Vernunft des Bundesverfassungsgerichts beugen als dem, was Parteien im Interessenkampf als Kompromiß ausgehandelt haben. Nur heißt das, die Gewaltenteilung zu brechen. Rechtsetzende Richter gestehen dem Gesetzgeber praktische Vernunft nicht zu. Das ist der Kritikpunkt. Sicherlich müssen wir uns

erst zu der allgemeinen Sittlichkeit hinbewegen, aber von der Idee her versteht die Verfassung das Gesetz als Verwirklichung der allgemeinen Freiheit. *Schoch* hat die Maßstablosigkeit eingeräumt, die ihn auch zur Kritik der Gleichheitsjudikatur hätte führen müssen. Ich stimme *Peter Lerche* zu: Nur die Verfahren oder allgemein das Rawlssche Prinzip der Fairneß gelten. Die Kritik trifft auch das Willkürverbot, welches sich aus dem Sachlichkeitsprinzip ableitet. Was soll denn sachlich sein? Sachlich ist nur das, was der Gesetzgeber als sachlich definiert, wenn er im normativen Bereich bleibt. Es kommt also durchgehend auf das Gesetz an. Erst wenn wir uns alle, das mag altmodisch, alteuropäisch klingen, tugendhaft verhalten, können wir das allgemeine Gesetz geben, welches eine Gleichheitsjudikatur erübrigen würde. Es fragt sich, ob der Vorwurf sittlicher Pflichtvergessenheit diese Judikatur rechtfertigt – allenfalls als Notkompetenz gesetzgeberischer Art, wie *Schlaich* das schon vor Jahren gesagt hat. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schachtschneider*. Ich darf dann Herrn *Sachs* bitten.

Sachs: Ich möchte etwas wesentlich Prosaischeres beitragen, ich schäme mich fast, und zwar darauf hinweisen, daß die Gleichheit als Grundrecht vielleicht auch hier einmal etwas mehr von der subjektivrechtlichen Seite gesehen werden sollte, und dabei scheint es mir heute fraglich, ob das Verständnis als modales Abwehrrecht wirklich ausreicht. Das Gleichheitsrecht bekommt, meine ich, sein ihm zukommendes Gewicht im Rahmen der Verfassung erst, wenn man es bei aller inhaltlichen Offenheit trotzdem als materiales Recht versteht. Das heißt folgendes: Was geschieht der Person, die ungleich behandelt wird? Sie fühlt sich ungerecht behandelt, fühlt sich gekränkt, ähnlich wie jemand, der in der Ehre gekränkt wird. Welches Recht ist verletzt? Das Persönlichkeitsrecht an der Ehre. Parallel gibt es, meine ich, das Persönlichkeitsrecht am gleichen Rechtswert der Person, das bei Ungleichbehandlung beeinträchtigt wird, und das sollte man vielleicht einmal in Erwägung ziehen. Konsequenzen aus diesem Ansatz ergeben sich in einem Punkt, den *Günter Dürig* im Rahmen der gleichen Rechtsanwendung ‚Popularklage des Neides‘ genannt hat. Eine Person wird nicht begünstigt, während andere in rechtswidriger Weise, gesetzwidriger Weise Vorteile erlangen. Dagegen möchte er sich wehren. *Günter Dürig* und fast alle anderen vermissen dafür eine Basis. Ich meine, wenn man die Gleichheit als materiales Persönlichkeitsrecht versteht, haben wir diese Basis. Es ist nicht ‚Popularklage des Neides‘, sondern ein legitimes negatorisches Abwehrrecht an der eigenen persönlichkeitsrechtlichen Gleichheit. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Sachs*, auch für die Kürze dieses Beitrages. Ich glaube, Ihre These kam trotzdem sehr klar heraus. Ich darf jetzt Herrn *Hoffmann-Riem* das Wort geben.

Hoffmann-Riem: Herr *Zippelius* hat den Vorschlag aufgegriffen, die Gleichheitsvorstellungen an die Gerechtigkeitsvorstellungen aus den jeweiligen Lebensbereichen anzuknüpfen. Wenn ich mir einmal vorstelle, welche Gleichheits- und Gerechtigkeitsvorstellungen im Hinblick auf den Gleichheitssatz in der allgemeinen Bevölkerung bestehen und sie mit dem Verständnis der Juristen bei der Handhabung des Gleichheitssatzes vergleiche, dann stelle ich ein großes Auseinanderklaffen fest. Die juristische Zähmung des Gleichheitssatzes im Willkürverbot hat zu einer Entfremdung im allgemeinen Gleichheitsverständnis der Bevölkerung und in den Gerechtigkeitsvorstellungen vieler Lebensbereiche geführt. Das Gleichheitsbewußtsein des juristischen Laien findet sich im Gleichheitsverständnis der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis nicht wieder. Die Zähmung des Gleichheitssatzes hat u.a. bewirkt, daß das Grundrecht des Art. 3 GG seiner gesellschaftspolitischen Sprengkraft beraubt worden ist, aber als Instrument zur symbolischen Sicherung von politischer Legitimation erfolgreich einsetzbar bleibt.

Wenn ich mich nun frage, was die Referenten zur Überwindung der Kluft angeboten haben, dann denke ich insbesondere an Herrn *Müllers* Vorschlag, den programmatischen Gehalt des Gleichheitssatzes in den Vordergrund zu rücken. Aber auch insofern habe ich eine gewisse Ratlosigkeit verspürt. Wenn etwa Herr *Müller* diesen programmatischen Gehalt allein an die Gesetzgebung adressiert und andere Adressaten offenbar nicht als direkt gebunden ansieht, dann wird deutlich, daß ein so verstandenes programmatisches Grundrechtsverständnis schon wieder selbst gezähmt ist. Gleichzeitig wird sichtbar, daß wir in der juristischen Dogmatik offenbar keine Instrumente entwickelt haben, um eine solche Grundrechtsprogrammatische folgenreich umzusetzen. Wir haben insbesondere keine begleitenden Implementationshilfen erarbeitet. Was fehlt, ist eine Dogmatik der Grundrechtsprogrammatische, auch im Bereich des Art. 3. Sie müßte ähnlich differenziert ausgebaut sein wie die Schrankendogmatik.

Weil wir das geeignete Instrumentarium nicht haben, laufen Gesetzgebungsaufträge bzw. Grundrechtsappelle weitgehend leer. Eine Folge davon ist z.B. die Diskussion um Quotenregelungen bei der Gleichstellung der Frau. Dabei möchte ich nicht verschweigen, daß mir Quoten ein durchaus problematisches Instrument mit latent dysfunktionalen Nebeneffekten zu sein scheinen. Wir müssen aber auch fragen, wieso es zu der Quotendiskussion kommen konnte. Wenn heute Quoten gefordert werden, dann ist dies ein Dokument

der Hilflosigkeit. Es ist ein Beleg für die Erfolglosigkeit eines fast vierzigjährigen Versuchs, die Gleichstellungsprogrammatik des Grundgesetzes real umzusetzen. Wenn ich mir angesichts eines solchen Befundes die Ausführungen von Herrn *Müller* ansehe, nach denen es sinnvoll und verfassungsrechtlich vorzugswürdig wäre, andere mildere Schutz- und Vorsorgemaßnahmen zu ergreifen, dann frage ich mich, was zu tun ist, wenn sich empirisch belegen läßt, daß solche Schutz- und Vorsorgemaßnahmen versagen. Ist dann als letzter Ausweg der Rückgriff auf weitergehende Lösungen – nämlich die Quotenregelung – verfassungsrechtlich doch erlaubt? Daß die bisher eingesetzten Instrumente der Gleichstellung der Frau versagen, das kann man nicht nur an der Mitgliederliste unserer Vereinigung ablesen, sondern auch in anderen uns nahestehenden Bereichen beobachten, bis hin zu Berufungsentscheidungen. Dem sind viele gesellschaftliche Weichenstellungen vorausgegangen. Es gibt offenbar viele Möglichkeiten zum Unterlaufen von oder zum Ausweichen vor programmatischen Aufträgen. Wenn ich an eine Formulierung von Herrn *Zippelius* anknüpfen darf, dann möchte ich formulieren, daß es nicht nur Don Juans der Gerechtigkeit gibt, sondern auch Don Juan-ähnliche Künstler im Ausweichen von Grundrechtsprogrammen. Deshalb lautet meine Frage am Ende: Und wo ist der Komtur, der diese Don Juans zur Rechenschaft zieht?

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Hoffmann-Riem*. Vor dem Komtur haben wir, glaube ich, heute alle etwas Angst nach dem Diktum von Herrn *Zippelius*. Ich darf nun Herrn *Schiedermair* bitten.

Schiedermair: Ich muß gestehen, daß mir die Gliederung gewisse Schwierigkeiten bereitet. Mit Punkt I sind „Strukturprobleme“ angesprochen und da Strukturen im allgemeinen das sind, was jeder von uns für wichtig hält, weiß ich nicht, was für Punkt II und III noch übrig bleiben soll. Ich möchte drei kurze Bemerkungen machen zum Verhältnis von Gleichheitssatz und Willkürverbot, das in den beiden ausgezeichneten Referaten angesprochen worden ist.

Die Tendenz des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, das Willkürverbot vom Gleichheitssatz loszulösen und als allgemeine materiale Gerechtigkeitsgarantie aufzufassen, ist nicht unproblematisch. Einer der ersten Fälle, in denen diese Tendenz sichtbar wurde, war der Fall der armen Frau, die trotz anwaltlicher Beratung ein Opfer der Zwangsvollstreckung und Zwangsversteigerung wurde und ein Grundstück verlor – eine offenkundige Ungerechtigkeit. Statt die Gerechtigkeit nun im Regreß beim Anwalt zu suchen, hat der Zweite Senat Art. 3 GG herangezogen und als Garantie materialer Gerechtigkeit ausgegeben. Der Erste Senat war vorsichtiger und hat in vergleichbaren Situationen nach der Anwendbarkeit von Art. 14 GG gefragt. Die Be-

denken gegen die Rechtsprechung des Zweiten Senats ergeben sich aus der staatlichen Kompetenzordnung. Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes ist das Bundesverfassungsgericht sicherlich nicht dazu berufen, mit Art. 3 GG in der Hand als Hüter materialer Gerechtigkeit aufzutreten.

Meine zweite Bemerkung: Gleichheitssatz und Willkürverbot stehen nicht zusammenhanglos nebeneinander, sondern sie gehören ganz im Sinne der *Leibholz'schen* Theorie zusammen. Wir haben alle, glaube ich, keine Schwierigkeiten mit der Vorstellung, daß das Willkürverbot den Gleichheitssatz im Einzelfall so konkretisiert, daß er anwendbar wird. An meiner dritten Bemerkung ist mir besonders gelegen: Es geht um den Bereich, in dem der Gleichheitssatz als Mittel zur sozialpolitischen Steuerung und zur Legitimation sozialpolitischer Programme benutzt wird. Herr *Müller* hat das reichhaltige Anschauungsmaterial, das wir zur Zeit vorfinden, angesprochen und dankenswerterweise gleich auch auf die Grenzen hingewiesen, die sich hier aus den Freiheitsrechten ergeben. Es gibt auch andere verfassungsrechtliche Grenzen. So verbietet Art. 33 GG nach meiner Meinung Frauenquoten für den öffentlichen Dienst; für die politischen Parteien, denen insofern ein freier Gestaltungsspielraum zusteht, besteht dieses Verbot nicht. Ich halte die Frauenquoten, Herr *Hoffmann-Riem*, für katastrophal, weil sie den Frauen einen Bärendienst erweisen. Mit den Frauenquoten werden die Leistungen unserer Frauen und Kolleginnen ridiculisiert und herabgewürdigt. Aber das ist kein juristisches, sondern ein praktisches Argument. Das juristische Problem steckt in der Frage der Benachteiligten. Der Benachteiligte, meine Damen und Herren, ist beliebig vermehrbar, heute sind es die Frauen, morgen sind es die Ausländer, übermorgen sind es alle. In Bonn hat der Bundestag eine Enquete-Kommission „Bildung 2000“ eingerichtet, und dort wird um den Satz „gleiche Bildung für alle“ gestritten. Es wird in diesem Zusammenhang behauptet, daß der Mensch, der nunmal ungebildet zur Welt kommt – man mag das beklagen oder auch nicht – sozusagen als Patient anzusehen sei, der von Staats wegen vom Übel seiner Unbildung geheilt werden müsse. Die Grundsätze der strikten Gleichheit, die bei der Therapie zur Anwendung gelangen sollen, führen im konkreten Vorschlag bis zur Öffnung der Universität für Nicht-Abiturienten. Ich halte dieses auch gegen die Menschenwürde gerichtete emanzipatorische Denken und die emanzipatorische Benutzung des Art. 3 GG für sehr problematisch. Herr *Müller* schlägt uns vor, die Freiheitsgrundrechte dagegen ins Feld zu führen. Das reicht nicht. Denn so erweisen sich die Freiheitsrechte als eine Defensivstrategie gegen emanzipatorische Gleichheitsprogramme, und da werden sie auf Dauer im politischen Kampf unterliegen. Ich bin der Meinung, daß etwa die Bildung, die das Individuellste und Urpersönlichste

des Menschen ist, demgegenüber von den Freiheitsrechten her konzipiert werden muß. Auf diese Weise können unangemessene Ausweitungen sozialpolitischer Programme von vornherein abgefangen werden. Die Bildung wäre demnach nicht etwa auf der Grundlage des Art. 3 GG, sondern auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zu konzipieren. Herr *Müller*, hier geht es nicht um Grenzziehung, sondern darum, bestimmte Staatsaufgaben, wie Bildung und Kultur, aus den Freiheitsgrundrechten zu entwickeln und den Gleichheitssatz herauszuhalten. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schiedermaier*. Ich darf bemerken, daß Sie es verstanden haben, die Problematik des Bereichs I mit dem des Bereichs III in einer Weise zu verquicken, daß ich das nicht mehr auseinandernehmen kann. Ich möchte aber doch darauf hinweisen, daß die Quotenproblematik an sich der Problematik, Ziff. III, vorbehalten bleiben sollte. Ich darf jetzt als vorletzten Diskutanten in dieser ersten Runde Herrn *Kloepfer* bitten und dann Herrn *Ipsen*. Bitte sehr, Herr *Kloepfer*.

Kloepfer: Herr *Müller*, ich bin Ihnen dankbar, daß Sie mein kleines Büchlein aus dem Brunnen des Vergessens gerettet haben, wenn vielleicht auch nur für eine kurze Zeit. Natürlich gibt es Unterschiede zwischen den Eingriffen in die Freiheitsrechte und den Eingriffen in die Gleichheitsrechte. Dies, glaube ich, ist überhaupt der Ansatzpunkt dafür, daß man sich Gedanken macht, ob nicht über diese Unterschiede hinaus gemeinsame Überlegungen es rechtfertigen können, eben die disziplinierende Denkfigur des Grundrechtseingriffs fruchtbar einzusetzen auch für die Umreißung der Konturen des Gleichheitssatzes. Einheitlich scheint mir zu sein bei den Eingriffen in Freiheitsrechte wie bei den Eingriffen in die Gleichheit, daß der Staat eben nur maßvoll in verfassungsgeschützte Positionen einwirken darf. Ich glaube insoweit auch gar nicht so weit im Ergebnis von Ihnen getrennt zu sein, nur in der Art der Konstruktion. Nur meine ich, daß die Sensibilisierung dafür, daß es Eingriffe in die Gleichheit gibt, die sich als Schranke rechtfertigen müssen, an sich doch die Möglichkeit gibt, hier differenzierter zu denken. Jedenfalls ist dies präziser als eine Formulierung, die besagt, man müsse nur auf eine harmonisierende Abwägung verschiedener Verfassungsprinzipien hinaus. Das ist natürlich auch wahr, aber sagt noch nicht sehr viel darüber, wie dies nun geschehen soll. Und hier meine ich, liegt der Vorteil, wenn man versucht, diese verschiedenen Aspekte des notwendigerweise maßvollen Einwirkens des Staates auf verfassungsrechtliche Positionen durch Rückgriff auf die Vorstellung von den Schranken und den Schranken-Schranken zu konturieren. Ich meine, daß Sie in den verschiedenen Thesen auch wesent-

liche Gesichtspunkte dieses Gedankens aufnehmen, etwa im Hinblick auf die Differenzierungseignetheit, die beispielsweise im Steuerrecht, Herr *Vogel*, natürlich einen relativ guten Ansatz bringt für den Lenkungszweck, freilich nur für den Lenkungszweck. Nimmt man den Gedanken der Gleichheitseinschränkung auf, ist es folgerichtig sich zu überlegen, ob nicht Erwägungen, die erarbeitet worden sind bei der Konturierung des Übermaßverbotes, hier zu übernehmen sind. Das Erforderlichkeitsprinzip etwa, das Prinzip der Differenzierungserforderlichkeit würde doch z. B. danach fragen, ob es nicht verfassungsrechtlich geboten ist, etwa bei Stichtagsregelungen feinere, schonendere Übergangsregelungen zu finden. Ist es wirklich erforderlich, etwa eine Hauruckmethode zu üben oder ist es nicht möglich, stärker differenzierend (vor allem) den Gleichheitsgedanken zu schonen? Der Sinn meiner Konstruktion war, einen Ansatz zu finden für die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch im Gleichheitsdenken. Aber ich glaube, daß dies hier im Ergebnis von der Diskussion aufgenommen worden ist. Was mir nicht ganz klar geworden ist, Herr *Müller*, bei Ihrer Konstruktion, ist letztendlich die Frage, warum das Abwägungsgebot, Sie drücken es ja etwas anders aus, im Gleichheitssatz überhaupt gelten soll. Daß wir uns befinden sollen in einem Staat des Maßes, ist mir zu wenig und gibt mir auch zu wenig handhabbare Instrumente, um zu wirklichen nachvollziehbaren disziplinierten Verfassungsrechtsinterpretationen zu kommen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Kloepfer*. Ich darf jetzt die Reihenfolge der nächsten Beiträge vorankündigen. Nach Herrn *Ipsen* hatte ich Herrn *Stern*, dann Herrn *Badura*, dann Herrn *Böckenförde* und dann Herrn *Schuppert* vorgesehen zum Komplex II. Herr *Ipsen*, dann darf ich Sie bitten, Lüneburg oder Hamburg, wie Sie es wünschen.

H.P. Ipsen: Unter den Strukturfragen sind Probleme, die von Beginn an, seit das Grundgesetz die Bindung auch des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz formuliert hat, Bedeutung erlangten, von beiden Referenten nicht hervorgehoben worden, so die Zuordnung der Legislative zur Gerichtsbarkeit, insbesondere zum Bundesverfassungsgericht (unter Gesichtspunkten der demokratischen Legitimation, der Gewaltenteilung), auch die Unterscheidung der Maßstäbe, die für den Gesetzgeber in der Gestaltung seiner Produkte maßgeblich sind, auf der anderen Seite die Kontrollmaßstäbe der Gerichte.

In der schon mehrfach angesprochenen Neigung von Herrn *Zippe*, das Gerechtigkeitspostulat in den Mittelpunkt seiner Überlegungen zu stellen, kann ich nur wiederholen, was Herr Kollege *Korinek* am Beginn gesagt hat: Gerechtigkeit? Jeder Gesetzgeber wird für sich in Anspruch nehmen, gerechte Gesetze zu machen, und von den Gerichten erwarte ich für ihre Rechtsprechung dieselbe Einschätzung ihrer

Tätigkeit. Gerechtigkeit als moralisches Postulat, dessen Geltendmachung durch Herrn *Zippelius* ich in hohem Maße respektiere, ist aber kein geeigneter Maßstab für die Handhabung des Gleichheitssatzes. Sie liefert weder für das Verhalten des Gesetzgebers noch für die Kontrollaktionen des Gerichts Maßstäbe. Daß Herr *Zippelius* selbst um die Gewinnung und Akzentuierung solcher Maßstäbe nachdrücklich bemüht ist, dürfte meine Kritik bestätigen.

Herr *Müller* hat in These 9 bestimmte Kontrollmaßstäbe angesprochen im Zusammenhang mit dem Egalisierungsgebot und dort die Kontrollkompetenz der Gerichte zutreffend beschnitten.

Eindeutig „ja“ kann ich sagen zu der These 5 von Herrn *Müller* und zur These II 3 a von Herrn *Zippelius*, wonach Maßstäbe zur Konturierung der Gleichheitsprüfung immanent aus der Verfassung zu gewinnen seien. Diese Überlegungen habe ich immer vertreten, mich auch gefreut, daß Herr *Starck* sie in seiner Kommentierung des Gleichheitssatzes nachdrücklich vertreten hat. Nur zweifle ich, ob die insoweit durchaus zutreffende Formulierung von Herrn *Zippelius* den Nagel auf den Kopf trifft, wenn er diese Methode schlicht als „systematische Auslegung“ bezeichnet oder gar noch als ein Verfahren, das nur korrekter Hermeneutik entspreche. Auch habe ich Bedenken zu seinen Thesen II 3 b und I 2. Darin sieht er die Gesetzesförmlichkeit, die formale Erscheinung des Gesetzes bereits als eine Art Sicherung der Gleichheitsrespektierung an, während es doch gerade darum geht, ob der Gesetzgeber bei seinem Handeln die gebotenen Gleichheitsmaßstäbe angewendet hat.

Ich stimme darin zu, daß Herr *Müller* am Ende eine mögliche Rechtfertigung von Normierungen angedeutet hat, in denen positive Merkmale einer Ungleichheit honoriert werden. Er hat zwar nicht den Ausdruck „Eliten“ gebraucht, aber doch das Stichwort „Leistung“ verwendet, wenn ich ihn recht verstanden habe. Herr *Zippelius* hat unter I 4 von Chancen und Antrieben gesprochen, die den Wettbewerb nicht zerstören dürfen und damit das gleiche Thema berührt. Ich glaube, daß unter der Handhabung des Prinzips „Sozialstaatlichkeit“ als Gleichbehandlung oder gar als „Gleichmacherei“ manches geschehen ist, was Leistung und vergleichbare Qualitäten nicht mehr honoriert hat. Ich wollte, es würde besser.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Ipsen*. Die Herren Berichterstatter wünschen am Ende dieser ersten Runde zu Grundsatzfragen das Wort zu einer kurzen Zwischenbemerkung; das kann dann auch das Schlußwort mindestens zeitlich entlasten. Bitte schön, Herr *Müller*.

Müller: Ich möchte versuchen, mich im Zwischenwort auch halbwegs an die Diskussionsgliederung zu halten, obschon ich dann nicht

auf alles antworten kann, was vorgetragen worden ist. Zuerst vielleicht zu Herrn *Korinek*, der uns die methodischen Probleme, das Vorgehen in Schritten vorgeführt hat. Ich hatte das etwas untersucht: Es gibt in der Literatur Vorschläge zwischen 2 und 7 Schritten, wobei die Österreicher die Spitze halten, was die Höhe der Zahl der methodischen Schritte betrifft. Ich stimme Ihnen voll zu, daß irgendwo, und wahrscheinlich wie Sie gesagt haben ganz am Anfang bereits gewertet werden muß, also eine Wertungsfrage ins Spiel kommt, nämlich schon dann, wenn man Vergleichsobjekte auswählt oder die zu vergleichenden Normen herauszukristallisieren versucht. Und das gibt mir Anlaß, auf das Problem der Verhältnismäßigkeit beim Gleichheitssatz etwas einzugehen. Herr *Kloepfer*: In der Tat, im Ergebnis sind wir nicht weit auseinander und ich bin durch Ihre Meinungen, Ihre Thesen sehr angeregt worden. Ich glaube, wenn wir sagen, die Denkfigur der Verhältnismäßigkeit spielt auch beim Gleichheitssatz eine Rolle, so können wir uns auf dieser Basis durchaus finden. Ich möchte aber betonen – und da habe ich auch einige Votanten bereits hinter mir –, daß ich glaube, wir sollten vorsichtig sein und aus methodischen, aus dogmatischen, vielleicht sogar aus didaktischen Gründen die Vorstellungen von der Verhältnismäßigkeit, die wir eben am Eingriffsrecht entwickelt haben, nicht allzu schnell auf den Gleichheitssatz übertragen. Das hat uns Herr *Vogel* deutlich gemacht und deshalb habe ich immer noch Hemmungen, den Begriff der Verhältnismäßigkeit zu verwenden. Ich darf beifügen, Herr *Hoffmann-Riem*, daß ich hier eigentlich das Instrument sehe, um die Programmatik des Gleichheitssatzes, die Grundrechtspolitik in eine gewisse Richtung zu bringen, nämlich durch die Ausrichtung der Gruppenbildung, des Adressatenkreises am Regelungsziel sowie die Abwägung zwischen dem Interesse am Erreichen des Normierungszwecks und dem Interesse an der Gleichbehandlung. Vielleicht haben Sie mich etwas mißverstanden in diesem Zusammenhang, Herr *Hoffmann-Riem*, wenn Sie gefragt haben, was geschieht, wenn diese mildereren, die weicheren Schutz- und Fördermaßnahmen nicht ausreichen. Ja, ich würde sagen, man muß eben abwägen: Ist es so wichtig, daß wir das Ziel erreichen, daß wir auch eigentliche Quotenregelungen einsetzen wollen? Ist das Ziel, die Herstellung faktischer Gleichheit, so wichtig, daß es diese strengeren, diese härteren Maßnahmen rechtfertigt? Ein dritter Punkt, ausgehend vom Votum von Herrn *Starck*. Ganz überspitzt könnte man sagen: Der Gehalt des Gleichheitssatzes ist national, die Methoden der Konkretisierung des Gleichheitssatzes sind international. Es ist natürlich richtig, daß wir bei der europäischen Rechtsprechung jetzt neue Anknüpfungspunkte bekommen. Ich bin nicht Spezialist auf diesem Gebiet. Was ich gesehen habe, hat mich aber doch etwas enttäuscht. Bisher haben wir daher von dieser Seite, scheint mir, nicht sehr viel zusätzliche, inhaltliche Anreicherungen

bekommen, so daß wir eigentlich nicht sagen könnten, wir marschieren auch inhaltlich in eine einheitliche Richtung. Hier kann ich auch antworten auf die Frage von Herrn *Riedel*, die er gestellt hat. Haben wir ein Legitimationsdefizit im Völkerrecht? Kommt es deswegen nicht zu einer stärkeren Vereinheitlichung? Nachdem aus Verärgerung über gewisse Straßburger Urteile kürzlich in der Schweizerischen Bundesversammlung von einigen durchaus ernst zu nehmenden Parlamentariern postuliert worden ist, die Schweiz solle eine Kündigung der EMRK in Erwägung ziehen, gibt es da offenbar schon gewisse Legitimationsprobleme in diesem Bereich. Ob das der Grund dafür ist, daß wir mit der Vereinheitlichung nicht weiter sind, kann ich selber nicht beurteilen.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Zippelius*, bitte.

Zippelius: Herrn *Starck* stimme ich weitgehend zu, insbesondere seinen Ausführungen zu der Chance einer internationalen Angleichung spezifischer Gerechtigkeitsprinzipien, von denen her der Gleichheitssatz konkretisiert wird. Nicht ganz verstanden habe ich seine Frage zu Art. 1 Abs. 3 GG. Ich habe drei Argumente für eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz angeführt, aber gemeint, Art. 1 Abs. 3 sei das schwächste dieser Argumente. Herr *Sachs* hat, glaube ich, etwas sehr Wichtiges hervorgehoben, nämlich: daß der Gleichheitssatz Gerechtigkeitserwägungen nicht nur in spezifischer Weise strukturiert, sondern doch auch einen Eigenwert hat: Gleichbehandlung ist immer dann geboten, wenn keine zureichenden Gründe für eine unterschiedliche Behandlung bestehen. Das liegt Herrn *Müllers* Abwägungsprinzip und auch meinem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zugrunde, wonach eine Ungleichbehandlung durch einen spezifischen Normzweck aufgewogen werden muß. Also volle Zustimmung, Herr *Sachs*. Herr *Ipsen* findet die These besonders bedenklich, daß der Gleichheitssatz zu einer differenzierenden Anpassung an die Lebenswirklichkeit führen solle. Dies ist aber genau das, was auch Herr *Heckel* engagiert vertreten hat. Hier scheiden sich also offenbar nicht nur zwei, sondern mehrere Geister.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zippelius*. Ich darf bemerken, daß jetzt noch 15 Herren auf der Rednerliste stehen, und wenn Sie das hochrechnen, dann bedeutet das, daß wir uns der 3 Minuten-Grenze als durchschnittlichem Zeitwert genähert haben. Das nur zu Ihrer Information mit dem nochmaligen Appell an Ihre Selbstdisziplin. Ich darf dann Herrn *Stern* bitten, die Runde II einzuleiten.

Stern: Die Beschäftigung mit dem gleichheitsrechtlichen Argumentationspotential ist, wie mir scheint, ebenso verwirrend wie erstickend, und die beiden heutigen Referate haben uns wieder die Unendlichkeit

der Aufgabe gezeigt, Probleme des Gleichheitssatzes zu lösen. Sie sind in meinen Augen, weil sie Grundfragen des Rechts und der Gerechtigkeit angehen, gewissermaßen eine ewige Aufgabe. Das haben auch die früheren Referate in dieser Vereinigung gezeigt, das haben die wiederholt zitierten *Leibholz*, *Ipsen*, *Dürig* u. a. ebenfalls aufgewiesen.

Beide Referate haben den Versuch unternommen, den Gleichheitssatz, wenn ich es einmal so bezeichnen will, in Sektoren aufzulösen und durch Konkretisierungen operational zu machen. Das ist sicher ein Weg, aber er führt doch nur zum Ziel bei den Konkretisierungen des Gleichheitssatzes wie Wahlrechtsgleichheit, gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt usw. Das sind Punkte, die wir auch ohne den *allgemeinen* Gleichheitssatz lösen können. Was ist die Antwort, wie ist die Interpretation aber des allgemeinen Gleichheitssatzes? Hier haben die Referenten vor allen Dingen deutlich gemacht, daß dessen Struktur unterschiedlich ist zu der der Freiheitsrechte; dazu meine volle Zustimmung. Was ist das Schutzgut des Gleichheitssatzes? Was ist sein inhaltlicher Maßstab? Da ist immer wieder gesagt worden: Er ist ein inhaltsarmer Maßstab. Und damit sind wir aber auch schon bei dem Problem: Wie kann, und das ist in meinen Augen die Zentralfrage, der Gleichheitssatz aus sich heraus interpretiert werden? Kann er überhaupt aus sich heraus interpretiert werden oder braucht man Verweise auf andere verfassungsrechtliche Topoi, unterverfassungsrechtliche Topoi oder dahinterstehende Topoi?

Ich glaube, das Bild, das Herr *Riedel* gerade gebraucht hat „Müssen wir eine Stufe höher gehen oder müssen wir eine Stufe niedriger gehen“, ist ein wichtiger Aspekt. Bei der Stufe „niedriger“ würde ich Herrn *Ipsen* voll zustimmen gegen Ihren Ansatz, Herr *Zippelius*, daß wir das nicht aus dem unterverfassungsmäßigen Recht lösen können. Sie haben dazu einiges Wesentliches gesagt, Herr *Ipsen*; ich will dazu weiteres nicht hinzufügen. Die Stufe „höher“, das Prinzip der Gerechtigkeit, Herr *Zippelius*, hier haben Sie gesagt: Für Sie ist die Gerechtigkeit nur ein „Schlüsselbegriff“. Ich würde sehr gerne hören, daß Sie das näher erläutern; denn da sind wir, im Grunde genommen, wie ich meine, an der Zentralfrage. Ist der Gleichheitssatz ein Grundrecht auf Gerechtigkeit, oder was ist er, und wie kann Gerechtigkeit in diesem Zusammenhang interpretiert werden?

Man kann aber auch einen anderen Weg gehen, und ich glaube, er scheint mir der bessere Weg zu sein. Wenn ich es recht sehe, Herr *Müller*, sind Sie ihn vor allen Dingen gegangen: der Hinweis auf Wertungen und Abwägungen; das fließt natürlich bei Ihnen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenfalls ein, Herr *Zippelius*. Hier bin ich durchaus der Meinung, daß gerade Wertung und Abwägung eine Hilfestellung für die Interpretation sein könnten. Freilich stellt sich sofort die Frage: Wie werten wir?

Damit bin ich bei der zweiten Zentralfrage, die mir ein bißchen zu kurz gekommen ist: *Quis judicabit?* Wer trifft die letzte Entscheidung über das, was Gleichheit meint? Hier, Herr *Zippelius*, haben Sie im besonderen Maße den Gesetzgeber angesprochen und haben gesagt: Er ist es, den die Hauptverantwortung für die Wahrung des Gleichheitssatzes trifft. Herr *Lerche* hat hier schon einige Fragezeichen angemerkt. Ich möchte sie unterstreichen. Im letzten könnte das, was von Ihnen auf Seite 3 und 2 b Ihrer Leitsätze gesagt worden ist, doch bedeuten, daß Sie die Gerechtigkeit, das war Ihr Maßstab, der großen Mehrheit überantworten, wenn Sie formulieren: Es muß breiteste Akzeptanz gegeben sein. Sie haben gegen Herrn *Lerche* vorhin interveniert. Mir war es immer noch nicht deutlich genug. Ich meine, warum haben wir denn in der Entwicklung von Weimar bis heute und unter strikter Berufung auf Art. 1 Abs. 3 gesagt: Der Gleichheitssatz bindet auch den Gesetzgeber. Damit wir für die Gerichte, insbesondere für die Verfassungsgerichte einen Kontrollmaßstab haben, weil das Vertrauen in den Gesetzgeber, auch in den demokratischen Gesetzgeber, eben heute nicht mehr in vollem Umfang vorhanden ist. Sie haben *Gustav Radbruch* zitiert und gesagt, der gesamte politische Kampf gehe um die Gerechtigkeit. Ich weiß nicht, ob das in der Weimarer Republik so gewesen ist. Heute habe ich ernsthafte Zweifel, wenn man die Debatten in einem Parlament betrachtet.

Zuletzt noch ein kleiner konkreter Hinweis: Herr *Müller*, Sie haben Gleichheit und Willkürverbot getrennt. Ich glaube nicht, daß wir das für uns hier in Deutschland akzeptieren können, weil ich meine, daß das Willkürverbot doch ein wesentliches Element des Gleichheitssatzes sein muß. Wenigstens ein operationaler Maßstab, mit dem wir einige Probleme lösen können. Außerdem: Systemgerechtigkeit würde nicht Bestandteil des Gleichheitssatzes sein. Ich habe Zweifel, und diejenigen, die damals mit der Neugliederung zu tun hatten bei den Verfassungsgerichten, wissen, daß gerade in der kommunalen Neugliederungsrechtsprechung der Hinweis auf die Systemgerechtigkeit einer der wenigen Hebel, einer der wenigen Ansatzpunkte war, um gewisse Fehlentscheidungen zu korrigieren. Ich wäre also sehr dafür, wenn die Systemgerechtigkeit erhalten bliebe. Schließlich der Don Giovanni der Gerechtigkeit, Herr *Zippelius*, in Ihrem Schlußwort: Ich möchte nur daran erinnern, in der Oper war Don Giovanni erfolglos. Wir sollten daher aber nicht resignieren und sollten auch nicht auf den Komtur, Herr *Denninger*, verweisen, sondern wir sollten versuchen, den Staat des Maßes herbeizuführen dadurch, daß wir als Staatsrechtler, und das ist ja auch der Beruf unserer Wissenschaft, einige Hilfestellung für den Gesetzgeber geben. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Stern*. Was den Komtur angeht, so ist das in unserem Falle der Autobus, der dann weg ist, schlicht und einfach. Ich darf jetzt Herrn *Badura* bitten und dann die Herren *Böckenförde*, *Schuppert* und *Kisker* in dieser Reihenfolge.

Badura: Herr *Zippelius* hat mit analytischer Kraft und Klarheit gezeigt, wie die politische und philosophische Idee der Gleichheit sich niedergeschlagen hat in dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Er hat unter I die vier verschiedenen Schichten auseinandergehalten und erläutert, die sich in dem kurzen Satz wiederfinden, der heute in der Verfassung steht: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“. Soweit er dann den Gleichheitssatz als einen Verfassungsrechtssatz näher erläutert hat, hat er – was meiner Meinung nach vielleicht die Klarheit dieser Analyse etwas verdunkelt hat – sich auf das Glatteis der Formel eingelassen, daß der allgemeine Gleichheitssatz durch Gesetz und Richterspruch „konkretisiert“ werde. Auch Herr *Müller* hat diese Formulierung von der „Konkretisierung“ des allgemeinen Gleichheitssatzes verwendet, wobei ich das so verstanden habe, daß damit die besondere Art der verfassungsrechtlichen Bindung der öffentlichen Gewalt durch den Gleichheitssatz bezeichnet werden soll: Die besondere Art der verfassungsrechtlichen Bindung der öffentlichen Gewalt durch den Gleichheitssatz. Da aber nun die öffentliche Gewalt aus Gesetzgebung, Verwaltung oder Vollziehung und Rechtsprechung besteht und das ganz unterschiedliche Organe und Staatsfunktionen sind, ist, meiner Meinung nach, die genannte Formulierung eher verdunkelnd als erhellend. Sie ist in meinen Augen keine gute Abstraktion, umso mehr, wenn dann Herr *Zippelius* – wie ich glaube, auch angreifbar – den anderen Satz von *Radbruch* zitiert: „Gleichbehandlung ist immer Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt.“ Da wird nur das Wort „Abstraktion“ noch damit verknüpft, das ja ebenfalls eine Verallgemeinerung ist. Es folgt daraus die starke oder doch bis zu einem gewissen Grad starke Vernachlässigung des Gestaltungsmoments und des sozialen Ausgleichs und auch der Frage, welche Bindungskraft denn der allgemeine Gleichheitssatz zu erreichen vermag, sofern er dem gestaltenden, den sozialen Ausgleich bewirkenden Gesetzgeber entgegengehalten wird. Das ist kein Ewigkeitsproblem mehr, nur mehr ein Problem der konkreten, unserer konkreten Verfassungsordnung.

Die von Herrn *Vogel* am Anfang erwähnte neue Formel des Bundesverfassungsgerichts, vor allem wenn man sie in der *Katzenstein*-Variante versteht – dem dissenting vote des Richters *Katzenstein* (BVerfGE 74, 9, 24) – ist meiner Ansicht nach der Versuch, diesem Problem gerecht zu werden und der Erkenntnis Raum zu geben, daß dort, wo wir eine Gestaltungsentscheidung, eine Entscheidung des sozialen Ausgleichs,

am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes messen und jene Abwägung erfolgt, die Herr Müller so ausgiebig geschildert hat, dann doch Momente des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine Rolle spielen müssen, weil ja Gestaltung zugleich immer auch irgendwie Freiheitsbescheidung oder Eingriff in Freiheit bedeutet, so daß sich hier diese – ja auch in der politischen, philosophischen Geschichte zu findende – Vermischung von Gleichheits- und Freiheitsprinzip juristisch niederschlagen muß und wir das juristisch fassen müssen. Dies ist, wie ich glaube, unumgänglich in dem Maße, wie die gestalterische Entscheidung des sozialen Ausgleichs Übergewichtig wird oder in den Vordergrund tritt und eine Beschneidung von Rechten eintritt. Hier muß der Verhältnismäßigkeitsgedanke zu Hilfe genommen werden, um überhaupt im Rahmen des Gleichheitssatzes zu einer Lösung zu gelangen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehört zu dem Gedanken der Freiheit und der Abwehrrechte eigentlich hinzu und wenn eine gestaltende Entscheidung diesen Bereich berührt, bleibt der Gleichheitssatz allein etwas zu formal. Deswegen hat die *Katzenstein*-Variante, die meiner Meinung nach in den beiden Vorträgen zu wenig behandelt worden ist, schon etwas für sich.

Erlauben Sie mir einen letzten Punkt, als Beispiel, nur um zu zeigen, welche Bedeutung das Gesagte haben kann. Es geht ja nicht nur darum, daß der Gesetzgeber irgendwie vorgefundene tatsächliche Verhältnisse vergleicht und dann eben Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt. Die Frage, was „gleich“ und was „ungleich“ ist, entscheidet ja auch der Gesetzgeber. Wir haben also gewissermaßen eine zweite Stufe der Prüfung. Wir müssen ja vor allem – und das ist in meinen Augen bei den neueren Gesetzen das Hauptproblem – die Frage prüfen: Hat denn der Gesetzgeber bei der Bildung des Vergleichspaares den Gleichheitssatz beachtet? Und das ist ein Problem, das eben, wie ich finde, mit dem allgemeinen Gedanken der „Konkretisierung“ usw. nicht hinreichend erfaßt werden kann und wo in der Tat das Problem der Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielt. Nehmen wir ein Beispiel. In der neueren Zeit haben die Sonderabgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine große Rolle gespielt. Das allgemeinere Problem, das dahinter liegt, ist die Frage, wie es möglich ist, zwischen der steuerstaatlichen Finanzierung der Staatsaufgaben und der Finanzierung der Staatsaufgaben durch Vorzugslasten, also etwa Beiträge, eine verfassungsrechtlich greifbare Grenze zu finden, und ob es überhaupt eine solche Grenze gibt, die ja nur der Gleichheitssatz bezeichnen kann. Der Gleichheitssatz würde hier dem Gesetzgeber eine Grenze setzen. Andererseits aber muß doch der Gesetzgeber auch einen Entscheidungs-, einen Gestaltungsspielraum in der Frage der Zuordnung haben, darin nämlich, zu entscheiden, ob eine bestimmte Aufgabe durch steuerstaatliche Mittel oder durch das Mittel der Vorzugslast

finanziert werden soll. Und auf die Frage, wie man diese Grenze verfassungsrechtlich in einer überzeugenden Weise beschreiben kann, meine ich, ist noch manche Antwort nötig.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Badura*. Sie haben 7 Minuten gesprochen, das sind 200 % des mittleren Maßes. Wenn die Herren in dieser Länge sich hier weiter äußern, dann wird es unmöglich sein, ein gerechtes Verteilungsverfahren durchzuführen. Das ist meine Schwierigkeit. Ich kann ja keine Zwangsmittel einsetzen und will das natürlich auch gar nicht. Herr *Böckenförde*, bitte.

Böckenförde: Wenn der Gleichheitssatz nicht nur Rechtsanwendungsgleichheit, sondern auch Rechtssetzungsgleichheit, also Gleichheit vor dem Gesetzgeber ist, dann enthält er m.E. unausweichlich einen Gerechtigkeitsauftrag und damit auch eine Gerechtigkeitsfunktion – ich bedauere, daß ich Herrn *Ipsen* hier widersprechen muß. Aber der Gleichheitssatz erfüllt diese Funktion nicht als inhaltlich vorgegebenes Richtmaß, sondern – und da möchte ich Herrn *Zippelius* mit Nachdruck zustimmen –, in seiner Eigenschaft als Schlüsselbegriff, der Gerechtigkeitsfragen in spezifischer und in begrenzter Weise erschließt und strukturiert. Die entscheidende Frage ist daher, wie der Gleichheitssatz als Schlüsselbegriff juristisch handhabbar zu machen ist, damit sein normativer Gehalt nicht auf das Meinen und Dafürhalten, sei es des Gesetzgebers oder sei es auch des Verfassungsgerichts und seiner Mitglieder hinausläuft.

Vielleicht läßt sich hierzu folgendes sagen: Zunächst hat der Gleichheitssatz aus sich eine normative Tendenz zur Gleichheit; nicht die Gleichheit, die Gleichbehandlung, sondern die Ungleichbehandlung ist begründungs- und rechtfertigungsbedürftig. Das führt zur Begründungslast für Ungleichbehandlungen. Nach welchen Kriterien aber müssen Ungleichbehandlungen begründet werden? Hier stoßen wir auf ein Problem, das immer wieder und in allen Formeln, die den normativen Gehalt des Gleichheitssatzes zu umschreiben versuchen, anklingt. Die Begründung muß in der Weise erfolgen, daß die Ungleichbehandlung einleuchtend und überzeugungsfähig gemacht wird im Sinne der in der Rechtsgemeinschaft anerkannten und lebendigen Gleichheits- und Gerechtigkeitsvorstellungen, und zwar bezogen auf den geregelten Sachbereich. Das bedingt auf der einen Seite das bewegliche, Veränderungen aufnehmende Moment im Gleichheitssatz und in der Gleichheitsprüfung – Herr *Zippelius* hat das im ersten Teil seines Referats sehr eindrucksvoll vorgeführt –, auf der anderen Seite liegt darin zugleich die Abkehr vom bloßen Willkürverbot. Sucht man dies dogmatisch und rechtspraktisch umzusetzen, so ist die Frage, ob die Gleichheitsprüfung nicht doch in der Weise vorgenommen werden

sollte, wie es Herr *Podlech* in seiner Habilitationsschrift empfohlen hat¹, daß nämlich Vergleichsgruppen gebildet werden durch Rückgriff auf die nächsthöhere gemeinsame Klasse – Klasse im logischen Sinn verstanden –, und dann im Hinblick auf diese – sachnahen – Vergleichsgruppen gefragt wird, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, ob die Gründe, die dafür angeführt werden, hinreichend plausibel und überzeugungskräftig sind oder ob etwa, was eine weitere Prüfung erspart, durch anderweitige Festlegungen in der Verfassung, denken wir z. B. an Art. 3 Abs. 3 GG, eine solche Ungleichbehandlung schon ausgeschlossen ist. Ich meine, daß in dieser Weise auch das, was Herr *Müller* in seinen Thesen 7 und 8 formuliert und als Abwägung gefaßt hat, hier eingebracht werden kann und damit eine deutliche dogmatische Kontur erhält.

Schließlich noch ein Wort in „eigener“ Sache: Es hat sich von dem Aufsatz von Herrn *Maaß* her² und dann weiter in den Begleitaufsätzen zum heutigen Thema die These durchgesetzt, daß die beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts in der Anwendung des Gleichheitssatzes auseinandergehen. Ich halte das, wenn man die Rechtsprechung bis in das letzte Jahr hinein verfolgt – aber so weit ist sie in den grauen Ordnern noch nicht enthalten –, für nicht zutreffend. Entscheidend ist, und das haben beide Senate vollzogen, die Abkehr von der Willkürformel in der *negativen* Fassung, nach der ein Gesetz nur dann für gleichheits- und verfassungswidrig erklärt werden kann, wenn sich überhaupt kein rechtfertigender Grund finden läßt. Die vielzitierte neue Formel des Ersten Senats kehrt, wenn ich das richtig sehe, in einer Entscheidung des Zweiten Senats aus dem letzten Jahr, nämlich der zur Künstlersozialabgabe, in der Sache durchaus wieder. Es heißt dort, ich darf jetzt einen Satz zitieren: „Der Gleichheitssatz verlangt, daß eine vom Gesetz vorgenommene unterschiedliche Behandlung sich sachbereichsbezogen auf einen vernünftigen oder sonstwie einleuchtenden Grund zurückführen läßt“ (BVerfGE 75, 108 [157]). Und dann folgt die weitere Explizierung: „Für den hier in Rede stehenden Sachbereich der Sozialversicherung stellt sich deshalb die Frage nach einem – bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise – sachlich einleuchtenden Grund dafür, daß ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus als Beteiligter im Sinne des Sozialversicherungsrechts zu einer Abgabe herangezogen wird, die weder ihm selbst noch seiner Gruppe zugute kommt, ihm vielmehr als fremdnützige Abgabe auferlegt wird, die

¹ *Adalbert Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971.

² *Rainald Maaß*, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuansatz: NVwZ 1988, S. 14 (15).

sozialen Ausgleich und Umverteilung zum Ziel hat und herstellt.“ Ich meine, daß da auch genau auf die Bildung von sachnahen Vergleichsgruppen abgezielt wird, um daran die Rechtfertigungsprüfung vorzunehmen. Die in diesem Frühsommer ergangene Entscheidung zur Fehlbelegungsabgabe nimmt die zitierte Formel des Gleichheitssatzes noch einmal auf (BVerfGE 78, 249 [287]). Mir scheint danach insoweit in der Sache kein Unterschied zwischen der Rechtsprechung der beiden Senate zu bestehen.

Vorsitzender: Wir danken sehr, Herr *Böckenförde*. Jetzt hatte sich Herr *Schuppert* zum Thema „Gleichheitssatz als Kontrollmaßstab gemeldet.

Schuppert: Ich kann, glaube ich, übergangslos anknüpfen an das, was Herr *Badura* und was Herr *Böckenförde* gerade vorgetragen haben und möchte in aller Kürze ein paar Worte sagen zum Gleichheitssatz als Kontrollmaßstab. Ich glaube, die Einsicht ist inzwischen weit verbreitet, daß jede Justierung an dem Kontrollmaßstab, also das Drehen an diesem kleinen Schraubchen, das funktionell-rechtliche Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung entscheidend verändern kann. Deswegen halte ich das auch nicht für ein Problem des judicial self-restraint oder der richterlichen Zurückhaltung, sondern für ein funktionell-rechtliches Problem. Das zeigt sich besonders deutlich an der amerikanischen Rechtsprechung zur Gleichheitsprüfung durch den Supreme Court. Der Supreme Court unterscheidet bekanntlich drei verschiedene Klassifizierungen: Verdächtige, unverdächtige und quasi-verdächtige. Und jeder dieser Klassifizierungen ist ein eigener Prüfungsmaßstab zugeordnet. Bei den verdächtigten Klassifizierungen gilt der strict scrutiny-Test, also eine strenge Prüfung, bei den unverdächtigten der rational basis-Test, also eine weitmaschige Prüfung. Das bedeutet, wie Herr *Brugger* in seiner Schrift ja sehr schön nachgewiesen hat, daß mit der Auswahl des Prüfungsmaßstabes zugleich über das Regelschicksal des Gesetzes entschieden wird. Wird der strenge Maßstab angewendet, verfängt sich das Gesetz in dem dann engmaschigen Gleichheitsmaßstab: das Gesetz ist verfassungswidrig; wird ein weitmaschiger Maßstab angelegt, etwa eine reine Plausibilitätskontrolle der gesetzgeberischen Erwägungen vorgenommen, dann ist das Gesetz im Zweifel verfassungsmäßig. Ist das so, daß man durch den Prüfungsmaßstab über das Regelschicksal von Gesetzen entscheiden kann und damit zugleich über die funktionell-rechtliche Zuordnung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, so muß man sich natürlich fragen, welches Kriterium nun seinerseits die Wahlentscheidung zwischen den Prüfungsmaßstäben steuert. Die Formel vom Gleichheitssatz als Willkürverbot und die neue Formel in der *Katzensteinschen*

Variante stehen zur Wahl. Wenn wir nun eine solche Auswahlentscheidung treffen sollen, so scheint mir alles dafür zu sprechen, die *Katzensteinsche* Variante zu wählen und nicht die Willkürformel. Warum? Drei Argumente fallen mir dazu ein: Erstens ist es auf diese Weise möglich, bereichsspezifischer zu argumentieren. Bevor ich das näher erläutere, will ich noch einmal ganz kurz auf den Wortlaut der „neuen Formel“ kommen. Es heißt dort: „Es müssen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie eine ungleiche Behandlung rechtfertigen können“. Dieses Wort „rechtfertigen“ scheint mir von entscheidender Bedeutung zu sein. Es geht also bei der Anwendung des Gleichheitssatzes nicht primär nur um die Frage gleich oder ungleich, sondern um die Frage der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Damit sind wir zweitens – da hat Herr *Kloepfer* schon ein bißchen Recht – in der Nähe des Verhältnismäßigkeitsmaßstabes, der ebenfalls einer bereichsspezifischen Anwendung bedarf. Hier gilt es ähnliche Überlegungen anzustellen wie der Supreme Court bei der verdächtigen Klassifizierung. Verdächtig ist – zum Beispiel – das Drehen an der Wahlgleichheit, weil dies mit der Legitimität der staatlichen Herrschaftsordnung zu tun hat. Verdächtig ist auch immer das Drehen an der Steuergerechtigkeit. Hier sind zwei andere Gesichtspunkte zu nennen: Einmal die Belastungsgleichheit und die Eingriffsintensität. Das gleiche gilt für die Wehrgerechtigkeit und in etwas anderer Variante für die Chancengleichheit im politischen Prozeß wie auch im Bildungswesen. Wenn wir also diese drei Gesichtspunkte nehmen – bereichsspezifisch, Verhältnismäßigkeit und Verdächtigkeit des Eingriffs – dann können wir im Sinne von Herrn *Müller* die Gleichheitsprüfung aus der Verfassung aufladen und etwa im Sozialstaatsatz eine Legitimation für ein Eingreifen des Gesetzgebers finden. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schuppert*. Wir haben noch 12 Wortmeldungen und etwa eine halbe Stunde Diskussionszeit. Ich darf jetzt Herrn *Kisker* bitten.

Kisker: Beide Referenten kommen aus bundesstaatlich organisierten Rechtsordnungen. Es liegt deshalb nahe, die Frage zu stellen, welche Rolle dem Gleichheitssatz im Bundesstaat zukommt. Herr *Zippeilius* ist darauf kurz eingegangen, hat sich aber nicht auf Details eingelassen.

In der Bundesrepublik Deutschland sind wir auf diese Problematik insbesondere durch das Numerus-Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 33, 303 [356 f.] hingewiesen worden. Dieses Urteil warf die Frage auf, ob die landesrechtlichen Vorschriften über die Zulassung zum Hochschulstudium – abgesehen davon, daß sie mit Art. 12 GG vereinbar sein müssen – auch bundesweit einheitlich zu gestalten sind;

jedenfalls partiell. Das Bundesverfassungsgericht hat – auf Einzelheiten kann ich hier nicht eingehen – diese Frage im Grundsatz bejaht. Und Herr *Zippelius* scheint dem zuzustimmen.

In jüngerer Zeit sind wir mit dieser Problematik deshalb zunehmend konfrontiert, weil immer wieder behauptet wird – freilich vorwiegend in Politikerreden –, das Grundgesetz fordere Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, und zwar nicht nur dort, wo es dies ausdrücklich sagt, sondern durchgehend; eine Ansicht, die, wenn sie richtig sein sollte, in vielen Bereichen von erheblicher Bedeutung wäre. Man denke etwa an den Länderfinanzausgleich (Art. 107 GG).

Dazu meine These: Wenn man den Gleichheitssatz gegen bundesstaatliche Vielfalt mobilisiert, stellt man den Bundesstaat selbst in Frage, der ja nun einmal auf Vielfalt und nicht auf Einheitlichkeit hin angelegt ist. Die rechtlichen Grenzen der Vielfalt in einer bundesstaatlichen Ordnung sind nicht durch das Gleichbehandlungsgebot, sondern mit Hilfe von bundesstaatskonformen Verfassungsgrundsätzen zu sichern, insbesondere mit Hilfe des Prinzips der Bundestreue. Das Ziel ist dann nicht die Herstellung von Gleichheit, sondern die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des bundesstaatlichen Systems. Auf Herstellung von Gleichheit kann es nur da ankommen, wo das Grundgesetz dies, wie etwa in Art. 33 I GG, ausdrücklich fordert.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Kisker*. Jetzt darf ich die Herren *Bayer*, *Gramlich*, *Mantl* und *Weber* bitten, in dieser Reihenfolge, zunächst Herrn *Bayer* aus Bochum.

Bayer: Ich darf einen kleinen Moment lang die *Graf Vitzthum*'sche Tübinger Bodenhaftung beschwören und, hier im „Ländle“ und damit im Land der „Häusle-Bauer“ vielleicht angebracht, ein paar Worte zur Nutzwertbesteuerung sagen. Ich darf mich dabei an Sie, Herr *Müller*, wenden. Sie haben uns von einem Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts berichtet, wonach es gleichheitssatzrechtlich geboten sein soll, den sog. Nutzwert, die Eigennutzung einer Wohnung zu besteuern. Wenn ich das richtig sehe, dann beruht dieser Entscheid auf der Annahme, die Vermietung einer Wohnung und die Eigennutzung einer Wohnung, das seien zwei in der Sache gleiche Dinge, sie bedürften deshalb der gleichen rechtlichen Behandlung.

Ich möchte sagen, ich halte diese Entscheidung für völlig verfehlt, und zwar aus folgender einfacher Erwägung: Die Vermietung einer Wohnung, das ist eine Form der, wie das Eidgenössische Direkte-Bundessteuer-Recht es treffend nennt, „Erwerbstätigkeit“, und die Eigennutzung einer Wohnung ist das genaue Gegenteil davon. Die Eigennutzung einer Wohnung ist nämlich nicht bestimmt durch ein Erwerbstreben, sondern höchstens bestimmt durch den Wunsch, Ausgaben zu

sparen; man wohnt im eigenen Haus, um einem Dritten keine Miete zahlen zu müssen. Hier liegt, wie mir scheint, eine tatsächliche Verschiedenheit, die dazu zwingt, auch rechtlich verschieden behandelt zu werden.

Und in der Tat: Sieht man sich die Staatenpraxis der letzten Jahre und Jahrzehnte an, so stellt man fest: Die Staaten sind von dem Gedanken der Nutzwertbesteuerung mehr und mehr abgekommen. In Österreich ist das schon vor etwas längerer Zeit, nämlich 1972, geschehen, in der Bundesrepublik Deutschland bekanntlich vor zwei Jahren. Das hat freilich Opfer gekostet, denn es war nötig, mit einer Tradition zu brechen. Der eine oder andere wird es wissen: Die Nutzwertbesteuerung ist ein Urbestandteil des gemeineuropäischen Einkommensteuerrechts, sie war bereits in der ersten Einkommensteuer überhaupt, der *Pitt'schen* englischen Einkommensteuer von 1799, enthalten. Auf deutschen Boden ist sie dann bald danach, nämlich über das Königsberg'sche Kriegsschuldenreglement von 1808 gekommen. Rund 180 Jahre hat man also, so würde ich heute sagen, Ungleichheit, Ungerechtigkeit hergestellt, endlich fängt man an, davon herunterzukommen. Aber auch das hat natürlich seinen Preis: Es vollzieht sich einmal wieder eine Abkehr von dem alten Satze: „Alte Steuern gute Steuern, neue Steuern schlechte Steuern“.

Vielleicht ist es ein bißchen bezeichnend für die schweizerische Rechtskultur, daß das Bundesgericht sozusagen nichts anderes tut als unbeirrt an der alten *Canard'schen* Regel festzuhalten.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Bayer*. Ich darf jetzt Herrn *Gramlich* bitten.

Gramlich: Angesichts der Herren Vorredner kann ich mich kurz fassen. Zwei Fragen; ich spitze zu. Wenn im Thema vom Gleichheitssatz die Rede war, dann kann man das ja als Gleichheitsgrundsatz oder als Gleichheitsgrundrecht verstehen. Wo ist nun in der Verfassung, wenn man so differenziert, wie die beiden Herren Referenten es ja unterschiedlich getan haben, der Gleichheitsgrundsatz verankert? Das Grundrecht finde ich in Art. 3 Abs. 1 GG oder in Art. 4 bei der Bundesverfassung der Schweiz – den Gleichheitsgrundsatz konnte ich nicht so recht zuordnen. Und – damit zusammenhängend – ein zweiter Gesichtspunkt. Vermißt habe ich den Begriff der Diskriminierung, denn auf einer anderen Rechtsebene, auf der völkerrechtlichen, da spricht man ja im wesentlichen von der Nichtdiskriminierung oder von Diskriminierung; ist dies dasselbe? Kann man das im innerstaatlichen Recht fruchtbar machen? Danke schön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Gramlich*. Als Zeitverwalter begrüße ich natürlich solche Kürze ganz besonders. Herr *Mantl*, bitte.

Mantl: Ich muß leider ganz kurz auf das Thema I zurückgreifen, aber der Zusammenhang mit dem Thema II ist eng. Gegen *Karl Schachtschneider* gewandt, läßt sich – etwas formelhaft – sagen: Das Gesetz ist nicht maßstablos; der Maßstab des Gesetzes ist eben die Verfassung und der durch sie gewährleistete Gleichheitsgrundsatz. Nun wissen wir freilich, daß gerade hier vieles ausfüllungsbedürftig ist, daß der Verfassungsgerichtshof als Kontrolleur sich den Maßstab doch zum guten Teil selbst zimmert und daß bei allen rationalen Abwägungen, die hierbei Platz greifen und die immerhin auch aus der Verfassung interpretatorisch abgeleitet werden, ein *dezisionistischer Rest* bleibt, der das demokratische Empfinden provoziert, was jedoch dadurch gemildert wird, daß ja auch Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit demokratisch legitimiert sind – wenn auch oft vor *langer Zeit*, während Parlament und Regierung immer von neuem in *kürzeren Zeitabständen* ihre demokratische Legitimation erhalten, worin gemeinhin der eigentlich demokratische Vorgang gesehen wird. Das dezisionistische Potential der Verfassungsgerichtsbarkeit legt demnach *judicial self restraint* als Klugheitsregel der Behutsamkeit nahe.

Gleichzeitig sei jedoch vor einer zu idealistischen Sicht der *Gesetzgebung* gewarnt und ein deutliches Fragezeichen hinter die Annahme gesetzt, die einfache Gesetzgebung sei ein fortwährender Diskurs um die gerechte Konkretisierung des Gleichheitssatzes. Es fällt schwer, das parlamentarisch erzeugte Gesetz in jedem Fall für die *ratio et iustitia scripta* zu halten. Der Gesetzgeber muß in aller Regel Probleme der Lebenswirklichkeit unter Zeitdruck und Unsicherheit normativ lösen – wenn auch fast immer unter Gleichheits- und Gerechtigkeitsvorstellungen, freilich meist der jeweiligen Mehrheit. Dabei geht es stets auch um Durchsetzung von Interessen in einem sehr handfesten Bargaining. Hier zeigen sich Mängel des Pluralismus, Verzerrungen und Unsachlichkeiten des politischen Prozesses, die übrigens besonders prekär sind bei kompakten Mehrheiten wie etwa in der Konkordanzdemokratie österreichischer Prägung mit verharschten Parteien- und Verbändestrukturen. Deswegen hat *Theo Öhlinger* betont, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit Defizite eines ausgeprägten Parteien- und Verbändestaates korrigieren kann und soll, wodurch der Verfassungsgerichtshof als pluralisierender Faktor gewaltenteilend wirkt.

Ganz kurz noch ein Wort zu *Georg Müller* – Vorgriff auf dessen These 9, zum Thema III gehörend. Ich bin der Ansicht, daß man stärker zwischen dem *Gebot* und der *Zulässigkeit* normativer Egalisierung unterscheiden müßte, als Sie es getan haben. Sie sprechen zuerst von einem Egalisierungsgebot und handeln dann unversehens nur von der Zulässigkeit von Quotenregelungen, das sind doch sehr verschiedene Fragestellungen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Mantl*. Ich darf Herrn *Weber* fragen, ob er in dieser Runde II oder in der Runde III sprechen will? Sie hatten sich zu beiden gemeldet. Anschließend Herr *Suhr*: eine kurze Fehlanzeige, wie Sie es formuliert haben.

Weber: Mein Beitrag schlüpft gewissermaßen zwischen die Zeilen der vorgegebenen Struktur. Ich möchte eine Anmerkung zu den transnationalen Bezügen des Gleichheitssatzes machen. Ich möchte weniger darauf eingehen, was schon von Herrn Kollegen *Starck* und Herrn *Riedel* angesprochen wurde, nämlich die Frage, ob der menschenrechtliche Gleichheitssatz der Europäischen Menschenrechtskonvention oder der Nichtdiskriminierungsgrundsatz des EWG-Vertrages uns hier bessere Operationalisierungsmaßstäbe bereitstellen. Ich würde das ähnlich beantworten, wie dies Herr *Starck* getan hat. Wir würden nur auf eine höhere Abstraktionsebene gelangen und für unsere Diskussion vermutlich wenig gewinnen. Es geht um ein anderes Problem, was mir bisher in der binnenstaatlichen Diskussion noch zu wenig erörtert scheint, nämlich die sogenannte umgekehrte Diskriminierung. Dies ist eine Erscheinung, die wir zunehmend zur Kenntnis nehmen müssen im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung. Wir haben zahlreiche Beispiele, ich will nur einige nennen: Der deutsche Bierbrauer wird nach wie vor am deutschen Reinheitsgebot gemessen, nicht nur der bayerische Bierbrauer. Der deutsche Bäcker ist an das Nachtbackverbot gebunden, der französische Bäcker daran nicht, wenn er grenzüberschreitend seine Brötchen verkauft. Ein anderes Beispiel aus dem deutsch-niederländischen Grenzraum: Niederländische Zahnärzte müssen zur Zulassung als Kassenarzt keine zweijährige Vorbereitungszeit ableisten. Das stellt für den binnenstaatlichen Gesetzgeber ganz enorme Harmonisierungsprobleme. Der deutsche Gesetzgeber kann im Grunde nur dem Dilemma ausweichen, indem er sich entweder an die zumeist niedrigeren Anforderungen anpaßt, und höhere Schutzniveaus aufgibt oder aber, indem er diese Diskriminierung gegenüber den deutschen Staatsbürgern beibehält. Ich würde sagen, kurz gefaßt, daß diese Diskriminierung gegenüber dem deutschen Staatsbürger nach wie vor zulässig ist, wenn wir einen sachlich vernünftigen Grund haben, d.h. einen Gemeinwohlgrund, für den allerdings der deutsche Gesetzgeber wohl die Beweislast trägt. Diese Problematik ist bisher kaum verfassungsrechtlich ausgelotet worden. Als zweites darf ich vielleicht noch kurz auf die Frage der Konkretisierung eingehen. Mir ist bei dem Vortrag von Herrn *Zippelius* aufgefallen – und insofern würde ich mich der Kritik von Herrn *Ipsen* anschließen wollen –, daß wir mit den vorgetragenen Gerechtigkeitsprinzipien zu wenig den Gleichheitssatz operationalisieren können. Wir müssen versuchen – gerade wegen des naturrechtlichen Hintergrundes – positiv-recht-

liche Maßstäbe zu gewinnen, und die können nicht nur bereichsspezifisch gewonnen werden (wie etwa für das Sozialrecht, Steuerrecht usw.), sondern sie müssen auch auf einer höheren Abstraktionsebene gewonnen werden, etwa durch die Bezüge zum Sozialstaatsprinzip und die Freiheitsgrundrechte. Der Freiheitsgrundsatz bricht u.U. wieder den Gleichheitsgrundsatz auf. Wenn ich noch eine letzte Bemerkung zu Punkt 3. machen darf; das ist nämlich auch eine Frage der umgekehrten Diskriminierung: Die Quotenregelung: ich bin sehr dankbar, daß gerade ein schweizer Kollege dies angesprochen hat. Ich meine, daß wir das Egalisierungsgebot weder aus Art. 3 Abs. 1, 2 und 3 gewinnen können, sondern daß wir überlegen müßten, ob wir nicht die amerikanische Rechtsprechung heranziehen, die Herr *Schuppert* hier ja dankenswerterweise erwähnt hat; allerdings gilt hier nicht der „strict-scrutiny“-Maßstab, denn der gilt ja wohl nur für die „suspect classifications“ bei Benachteiligung von Schwarzen, nicht etwa, wenn ich es richtig sehe, bei Frauen. Wäre es dann nicht ehrlicher, wenn wir gesetzgeberisch Egalisierung betreiben wollen, die Verfassung zu ändern? Ich darf ein rechtsvergleichendes Beispiel nennen: Die kanadische Verfassung hat in ihrer Grundrechtscharta in Art. 15 eine solche Möglichkeit vorgesehen, daß der Gesetzgeber affirmative actions betreiben kann, ohne den Gleichheitssatz der auch den Gesetzgeber bindet, hier zu verletzen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Weber*. Jetzt Herr *Suhr*, in der Runde II eine ganz kurze Schlußbemerkung.

Suhr: Vielen Dank für diese von der Gleichheit in der Reihe abweichende Privilegierung! Ich will sie nicht mißbrauchen.

Am Ende der Frage nach den Maßstäben und Konkretisierungsmöglichkeiten möchte ich festhalten: In den Referaten wurde die *justitia commutativa* nicht ausdrücklich erwähnt. Herr *Zippelius* ist vielmehr ausdrücklich nur von der *justitia distributiva* ausgegangen. Das ist die inhaltliche Gleichheit, die differenzierende. Die *justitia commutativa* dagegen ist jene, die der formalen Gleichheit viel angemessener ist. Und ich möchte festhalten, daß dieser ganze Maßstabsbereich nur indirekt und sehr vage angesprochen wurde, obwohl er für das, was jetzt kommt, am Übergang zu Runde III, nämlich für die faktische Gleichheit, außerordentlich wichtig ist. Stichworte sind etwa „Gegenseitigkeit“, „Ausgleich“. Man kann zum Beispiel eine staatliche Privilegierung vornehmen, sie aber durch Entschädigungsregeln gleichzeitig wieder ausgleichen, und dergleichen mehr. Vielen Dank!

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Suhr*. Wir sind mit Runde II am Ende. Es ist 17 Uhr. Ich meine, daß spätestens, allerspätstens um viertel nach fünf die Referenten das Recht zum Schlußwort erhalten sollten. Auf der Rednerliste stehen jetzt Herr *Zacher*, Herr *Frowein*, Herr *Hans-Peter Schneider*, Herr *Lange*, Herr *Oldiges* und Herr *Murswiek*. Herr *Zacher*, bitte – ohne Privileg, diesmal, wegen der fortgeschrittenen Zeit!

Zacher: Darum verzichte ich darauf, alles darstellen zu wollen, worin ich den Referenten zustimme. So sehr mich der Verzicht schmerzt, denn das, worin ich den Referenten zustimme, ist sehr viel. Nur einen Punkt möchte ich hervorheben: den Satz von Herrn *Müller* „Es gibt nicht den Gleichheitssatz“, möchte ich gerade von der internationalen Sicht her sehr unterstreichen. Einzelne Gleichheitssätze können wir international formulieren, aber diese Mischung von Denkverfahren und Kontrolle eines Denkverfahrens mit einem konkreten rechtlichen und/oder sachlichen Kontext, die der Gleichheitssatz darstellt, diese Mischung ins Internationale zu übertragen, wäre entweder mit einer Hybris internationaler Instanzen oder mit einem völligen Leerlaufen verbunden. Insofern bin ich Ihnen, Herr *Müller*, gerade für diesen Satz besonders dankbar.

Ich wollte aber das Augenmerk, in der Kürze der mir verbleibenden Zeit, auf eine Frage richten, die, glaube ich, in dieser Art, wie ich sie gestellt sehen möchte, bisher zu kurz gekommen ist, nämlich die Frage: „Wieviel Gleichheit verlangen wir der Gesellschaft ab?“ Alles was wir bisher erörtert haben, steht im Licht der Frage: „Wieviel Gleichheit verlangen wir dem Staat ab?“ Die Frage „Wieviel Gleichheit verlangen wir der Gesellschaft, den einzelnen untereinander, den Gruppen gegeneinander, den einzelnen gegenüber den Gruppen usw. ab?“, diese Frage bedürfte noch einer Vertiefung. Wir können da zunächst die soziale Gleichheit in den Vordergrund stellen. Hier stellt sich die Frage: „Ist die Ergänzung des Gleichheitssatzes durch das Sozialstaatsprinzip notwendig oder nicht?“ Ich würde sagen, gerade im Lichte alles dessen, was heute gesagt worden ist, ist die Ergänzung des Gleichheitssatzes durch das Sozialstaatsprinzip dringend notwendig, weil ja der konkrete Kontext – hier: der soziale Zusammenhang und die soziale Orientierung –, der der Anwendung des Gleichheitssatzes erst Stoff und Gehalt gibt, von außen geholt werden muß. Erst die Diskussion um den Sozialstaat kann die ganze Komplexität der „sozialen Frage“ in die Anwendung des Gleichheitssatzes hereinbringen.

Aber ich möchte noch auf eine nicht in diesem spezifischen Sinne „soziale“ Fragestellung eingehen. Es gibt ja auch andere – ich möchte sagen: gesellschaftspolitische – Gleichheitsideen, die über das Soziale (im Sinne des Gleichheitssatzes) hinausgehen. Auch für sie gibt es das

Bestreben, die ihnen entsprechenden besonderen Gleichheitssätze in die Gesellschaft hineinzutragen, ja hineinzuzwingen. Das Quotenproblem, das heute ja so viel erwähnt worden ist, ist ja nur eine Erscheinung davon. Wir haben im internationalen Vergleich, das wurde auch schon angedeutet, noch eine ganz andere Tendenz, nämlich, Gleichheitssätze mittels Diskriminierungsverboten in die Gesellschaft hineinzutragen. Wir kennen die Diskriminierungsverbote gegenüber gesellschaftlichen Mächten, wie wir sie lange schon im Monopolrecht haben. Wir kennen solche Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht. Aber die neue Tendenz, „Gleichheiten“ mit Hilfe von Diskriminierungsverboten in die Gesellschaft hineinzutragen, geht sehr viel weiter. Gerade Kanada, wenn ich das noch sagen darf, ist ein abschreckendes Beispiel. Wir haben in unserem Institut einmal alle Diskriminierungsverbote, die Kanada derzeit kennt, in Bund und Provinzen zusammengetragen, es sind etwa zwei Dutzend. Und sie richten sich zum großen Teil auch von Privaten an Private. In einer Provinz ist es etwa nicht mehr statthaft, daß ein Vermieter sagt: „Ich will diese Mieter nicht, weil sie zusammenleben, ohne verheiratet zu sein“. So wird „Gleichheit“ also ganz im Privaten abverlangt und zwar nach Maßstäben, die von außen, politisch, vom Staat gesteckt werden. Wir stehen hier vor einer ganz neuen Front der Auseinandersetzung von Freiheit und Gleichheit.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zacher*. Es fügt sich gut, daß wir die internationalen und ausländischen Aspekte berühren. Herr *Frowein* ist der nächste Redner.

Frowein: Drei kurze Fragen und Bemerkungen zu dem was man Egalisierungsgebot nennen könnte. Auch mir ist mit anderen der personale Ansatz beim Gleichheitsgebot, besonders bei den Absätzen 2 und 3 eigentlich nicht stark genug betont worden. Ich bin froh, daß Herr *Dürig* hier ist, denn, wenn ich mich nicht ganz täusche, ist er es gewesen, der die Menschenwürdebeziehung der Absätze 2 und 3 so besonders stark betont hat. Und ist nicht von hier aus die Frage doch sehr viel ernsthafter zu stellen, wieweit wir da Egalisierungsgebote haben? Wir haben das im Privatrecht, wenn ich es richtig sehe, weitgehend anerkannt. Wir haben es noch nicht deutlich genug, meine ich, im öffentlichen Recht anerkannt. Denn ich halte die Diskussion im Grunde für fragwürdig, die bei uns etwa für Gaststättenverbote für Ausländer oder Farbige geführt worden ist, die sich nicht klar genug dieses Gebotes aus Art. 3 Abs. 3 besonnen hat. Zweite Bemerkung: Auf diesem Gebiet muß man sich wirklich fragen, ob es nicht Durchsetzungsmechanismen in anderen Ländern gibt, die erfolgreicher gewesen sind. In den angelsächsischen Ländern sind die Diskriminierungs-

kommissionen, wenn ich das richtig übersehe, etwa bei der Geschlechtergleichheit oder bei der Rassengleichheit, außerordentlich erfolgreich gewesen. Das ist ein ganz anderer Durchsetzungsmechanismus, aber einer, der auch von uns Verfassungsrechtlern studiert zu werden verdient. Die Umsetzung der EG-Gleichberechtigungsrichtlinie in der Bundesrepublik ist ein besonders gutes Beispiel für unsere mangelnde Sensibilität, wie ich es einmal formulieren will, auf diesem Gebiet. Und der Europäische Gerichtshof hat uns die Quittung gegeben, allerdings ohne daß der Gesetzgeber gehandelt hätte; und ich bin nicht sicher, ob er handeln wird, denn die Bundesregierung hat sich ja dahingehend eingelassen, der deutsche Richter könne helfen – wie es dann das Landesarbeitsgericht Hamm getan hat – aber auf einem Weg, der im Gesetz nicht vorgezeichnet ist. Die letzte Bemerkung: Ich bin nicht sicher, ob wir nicht auch Fragen der „affirmative action“ stärker studieren müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat ja in der Rentenalterentscheidung die erste Bemerkung in dieser Richtung gemacht. Ich glaube, auch dieses muß weiter bei uns erörtert werden, und vielleicht werden die völkerrechtlichen Egalisierungsgebote, die schon angesprochen waren, hier weiterwirken. Ich bin zwar mit Herrn *Weber* der Meinung, daß man nicht etwa eine Umstrukturierung unseres Gleichheitssatzes erwarten sollte, aber eine stärkere Beachtung dieser völkerrechtlichen Entwicklung bei uns ist angebracht. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Frowein*. Ich darf dann Herrn *Hans-Peter Schneider* bitten.

H.-P. Schneider: Ich kann direkt an Herrn *Frowein* anknüpfen, möchte mich dabei aber gleichzeitig auch auf die Eingangsbemerkung von Herrn *Heckel* beziehen. Es gehört ja zu den eigentümlichen Paradoxien des Gleichheitssatzes, daß angesichts der sozialen Differenziertheit, der sozialen Unterschiede in der Realität, formal gleiches Recht immer ungleich wirkt, was bedeutet, daß wir eigentlich formal ungleiches Recht brauchen, wenn wir Gleichheit herstellen wollen. Ich würde es für verfehlt halten, Herr *Starck*, hier die Problematik der faktischen Gleichheit aus dem Gleichheitssatz herauszudrängen, weil ja der Gleichheitssatz sowohl historisch wie aktuell gerade dadurch seinen Normgehalt gewinnt, daß an das Recht die Anforderung gestellt wird, *in der Realität* gleiche Verhältnisse zu schaffen. Wenn man das so sieht – ich erinnere hier an den berühmten, sehr nachdenkenswertem Satz von *Anatole France*, der da sagt: „Das Gesetz in seiner majestätischen Gleichheit verbietet Armen wie Reichen zu stehlen, zu betteln und unter Brücken zu schlafen“ – wenn man das so sieht, daß vom formal gleichen Recht die Menschen ganz unterschiedlich betroffen sein können, dann kann das doch eigentlich nur heißen, daß der Gleichheits-

satz uns nahelegt, darüber nachzudenken, welche Mittel und Wege das Recht hier bietet, um faktische Gleichheit herzustellen.

Das bedeutet nun konkret für die Quotendiskussion folgendes: Ich stimme Ihnen, Herr *Müller*, in Ihrer These 9 weitgehend zu, wenn Sie sagen: Quotenregelungen sind problematisch. Ich würde nur hinzufügen wollen: „ . . . es sei denn, daß sich aus der Verfassung unmittelbar ein Egalisierungsgebot oder Gleichstellungsauftrag ergibt“. Was den Art. 3 Abs. 2 angeht, so würde ich ihn jedenfalls für den politischen Bereich so interpretieren wollen. Denn seine Entstehungsgeschichte im Parlamentarischen Rat zeigt, daß er just so gemeint war. Wer dort die Ausführungen etwa der Zentrumsabgeordneten Frau *Wessel* nachliest, wird feststellen, daß er im spezifischen Sinn die Gleichstellung der Frau im politischen Leben zum Gegenstand hatte. Frau *Wessel* bezieht sich hier auf eine lange Tradition, die auch schon in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung eine Rolle gespielt hat, wo nicht von „Quote“ die Rede war, sondern interessanterweise von „Mandatsgarantie“; in der Sache ist das aber dasselbe. Wenn man diese Entstehungsgeschichte heranzieht, dann kann man den Art. 3 Abs. 2 im politischen Bereich als Gleichstellungsgebot interpretieren, und ich meine, daß diese Interpretation dann auch eine Quotenregelung sogar im Wahlrecht rechtfertigen kann.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr *Schneider*. Herr *Lange*, bitte.

Lange: Ich möchte ebenfalls eine ergänzende Bemerkung zu der Quotentese von Herrn *Müller* machen. Ich meine, daß diese These zu pauschal gefaßt ist, wenn sie Quotenregelungen generell als verfassungsrechtlich fragwürdig erscheinend bezeichnet. Ich denke, wir kennen eine Vielzahl von Quotenregelungen. Ich frage mich, ob etwa die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in privaten Unternehmen nicht eigentlich auch eine Form der Quotenregelung ist. Wir kennen in zahlreichen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten Quotenregelungen, die für eine angemessene Repräsentation gesellschaftlicher Gruppen sorgen sollen, und wenn eine solche Quotenregelung unbefriedigend erscheint, dann haben wir sicherlich auch nichts dagegen, wenn einer bisher nicht oder unzureichend repräsentierten Gruppe ein angemessener Anteil in den Organen der betreffenden Institution gegeben wird. Man wird also berücksichtigen müssen, ob es um die Aufhebung bestehender rechtlicher oder faktischer Benachteiligungen geht. Oft kann eine Quotenregelung insofern einen Gleichheitsgewinn gegenüber der herkömmlichen Situation bewirken. Im übrigen wird man sicherlich differenzieren müssen, das hat Herr *Müller* in seinen mündlichen Ausführungen ja auch teilweise getan, danach, ob Quotenregelungen in subjektive Rechte eingreifen oder nicht. Bei Ermessens-

entscheidungen im öffentlichen Dienst bei gleichqualifizierten Bewerbern wird das nicht ohne weiteres der Fall sein oder wenn es um autonome Organisationsregelungen etwa von Parteien geht.

Noch grundsätzlicher, wenn ich das noch hinzufügen darf, hat m.E. Herr *Zippelius* den Gleichheitsgrundsatz verbunden mit herkömmlichen Wertvorstellungen und Auffassungen, wenn er in seiner These 2a gesagt hat: „Die Ungleichbehandlung muß einem legitimen Regelungszweck dienen.“ Das läuft auf eine m.E. nicht unproblematische Art der inhaltlichen Überprüfung von Ungleichbehandlungen hinaus. Wenn ich Herrn *Zippelius* recht verstanden habe, dann hat er mit einem legitimen Regelungszweck gemeint, daß der Regelungszweck sich an den bestehenden, bisher herrschenden Rechtsauffassungen und Wertvorstellungen müsse legitimieren können. Ich frage mich, ob damit nicht der Gestaltungsspielraum der Politik allzusehr beschnitten wird, die ja doch auch die Möglichkeit haben müßte, über bestehende, herrschende Wertvorstellungen hinauszugreifen. Die potentiellen Folgen dieser These 2a dürfen nicht unterschätzt werden, zumal Herr *Zippelius* zu judicial selfrestraint nur dem Gesetzgeber gegenüber aufgefordert hat; gegenüber der Exekutive würde das volle Gleichheitspostulat in der von Herrn *Zippelius* vertretenen Form greifen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Lange*. Ich darf dann Herrn *Oldiges* als vorletzten Diskussionsteilnehmer bitten.

Oldiges: Herr *Müller* hat in seiner neunten These den Sprengstoff geliefert, der uns gestern von *Graf Vitzthum* avisiert worden ist. Das Egalisierungsgebot führt, wenn man es ernst nimmt, zwangsläufig zu solchen Erscheinungsformen wie der Quotenregelung. Dort aber bewegen wir uns im Bannkreis einer Erscheinung, die man gewöhnlich als positive oder kompensatorische Diskriminierung bezeichnet und in der sich der Gleichheitsgrundsatz selbst in Frage stellt. Dieser Grundsatz gewinnt eben eine ganz andere normative Bedeutung, wenn man ihn nicht mehr nur als Gewährleistung gleicher Chancen versteht, sondern als Egalisierungsinstrument verfügbar macht und einsetzt. Das Extrem kompensatorischer Diskriminierung ist aber nur Ausdruck eines Spannungsverhältnisses, das von vornherein im Gleichheitssatz angelegt ist und sich mit den Begriffen „Gleichbehandlung“ und „Egalisierung“ beschreiben läßt. Beide Begriffe entspringen verschiedenen Wurzeln der Gerechtigkeit; sie ergänzen einander, aber sie begrenzen sich auch wechselseitig. Egalität meint Gleichheit in der Sache selbst, Gleichbehandlung vermittelt nur eine Chance. Egalität ist der materielle Aspekt des Gleichheitssatzes, Gleichbehandlung dagegen sein formeller Aspekt; insoweit besteht ein gewisse Parallele zum Rechtsstaatsgebot, das bekanntlich ebenfalls materielle und formelle Elemente ent-

hält. Ohne eine gewisse Anreicherung durch materielle Gleichheit, also Egalität, könnte das Gleichbehandlungsgebot leicht zu einem sozial leerlaufenden Postulat werden. Egalisierung ohne das Korrektiv des Gleichbehandlungsgebotes wirkt dagegen freiheitsmindernd und ist in der Tendenz totalitär. Zur Gewinnung praktischer Lösungen – beispielsweise auch in der Quotenfrage – muß dieses Spannungsverhältnis aufgelöst werden. Hierzu verhilft, was Herr Müller uns vorgeschlagen hat. Er geht zu Recht den Richtungen nach, in die das Gleichbehandlungsgebot einerseits und das Egalisierungsgebot andererseits weisen. Das Gleichbehandlungsgebot dient der Freiheitssicherung; ohne die Gewährleistung staatlicher Gleichbehandlung wäre eine individuelle Selbstentfaltung nicht möglich. Das Egalisierungsgebot ist demgegenüber ein Postulat der Sozialstaatlichkeit; die materielle Gleichheit, um die es ihm geht, sollte darum auch nur mit sozialstaatlichen Mitteln herbeigeführt werden, und nicht im Wege kompensatorischer Diskriminierung.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Oldiges. Als letzten können wir Herrn Murswiek hören.

Murswiek: Die Debatte um die Zulässigkeit von Quotenregelungen bringt m.E. die Gefahr mit sich, Schleusen zu öffnen für ein kollektivistisches Grundrechtsverständnis. Ich freue mich, daß niemand hier heute dieser Gefahr erlegen ist, möchte aber doch auf das Problem hinweisen. Eine Regelung, welche den Zugang zu öffentlichen Ämtern oder etwa zu Parlamentsmandaten geschlechtsspezifisch nach festen Prozentsätzen limitiert – etwa 50 : 50 oder 40 Prozent mindestens Frauen und mindestens 40 Prozent Männer – eine solche Regelung berühre den Gleichheitssatz überhaupt nicht, hat neulich ein Staatsrechtslehrer behauptet. Begründung: Die Regelung sehe ja vor, daß für Männer und für Frauen die gleiche Quote gelte – also würden beide gleich behandelt. Überzeugen könnte dieses Argument allenfalls dann, wenn der Gleichheitssatz nur die Gleichbehandlung sozialer Gruppen forderte und der Einzelne nur als statistische Größe mittelbar von dem Schutz partizipierte, den die Gruppe genießt, der er angehört. Aber nicht *die* Männer, nicht *die* Frauen werden durch Art. 3 Abs. 2 GG geschützt, sondern jeder einzelne Mann und jede einzelne Frau. Die kollektivistische Perspektive fälscht das Individualrecht in sein Gegenteil um, nicht nur in eine Berechtigung, sondern – konsequent zu Ende gedacht – in eine Verpflichtung zur Diskriminierung des Einzelnen aus Gründen statistischer Gleichheit. Versteht man dagegen den Gleichheitssatz als Individualgrundrecht, kann kein Zweifel daran bestehen, daß Quotenregelungen diskriminierend wirken. Man kann sich dann nur auf einer zweiten Stufe fragen, inwieweit das Ziel der Herstellung

kollektiver Gleichheit individuelle Diskriminierung rechtfertigen kann. Eine Quote 50 : 50 oder 40 : 40 oder wie auch immer diskriminiert übrigens nicht nur, wie das heute immer wieder diskutiert wird, die Männer, sondern sie diskriminiert ebenso die Frauen aus Gründen ihres Geschlechts. Wir haben es hier mit dem Phänomen einer doppel-seitigen Diskriminierung zu tun, denn rechtlich verwehrt eine solche Regelung nicht nur den Männern, sondern auch den Frauen Zugang zu Parlamentsmandaten usw., wenn sie durch die Quote ausgeschlossen werden, auch wenn in einer konkreten sozialen Situation die Regelung natürlich dazu gedacht ist, einer bestimmten Gruppe zu nützen und wenn im Einzelfall immer nur entweder ein Mann oder eine Frau ungleich behandelt sein kann.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Murswiek*. Damit ist insoweit die Aussprache geschlossen. Ich darf jetzt das Wort den Berichterstattern zum Schlußwort geben. Zunächst Herr *Georg Müller*, bitte.

Müller: Ich bin natürlich erfreut darüber, daß die in meinem Referat ausgelegten Köder ihre Wirkung getan und Sie entsprechend herausgefordert haben. Ich muß mich auf ganz wenig beschränken, auf das ich noch eingehen möchte. Herr *Badura* hat den Begriff der Konkretisierung hier kritisch zur Debatte gestellt. Ich glaube, Herr *Zippe-lius* und ich haben gemeinsam einen unverdächtigen Begriff gesucht, um zu beschreiben, daß die verschiedenen staatlichen Gewalten den Gleichheitssatz auf eine bestimmte Weise näher ausführen. Den Begriff hat *Hans Huber* in die Diskussion eingebracht und gesagt: Grundrechte kann der Richter nicht auslegen, er muß sie konkretisieren. Wir haben jetzt das etwas ausgeweitet, indem wir auch andere Staatsorgane hier einbezogen haben. Ich glaube, daß bei meinen Vorstellungen zur Konkretisierung, wenn ich den Begriff trotzdem verwenden darf, das schweizerische Verfassungsverständnis eine wesentliche Rolle spielt. In der Schweiz normiert die Verfassung die Staatsaufgaben inhaltlich viel genauer als z. B. in Deutschland. Die Regelungsziele sind deshalb in den Grundzügen schon in der Verfassung enthalten. Deswegen habe ich auch die Idee der Harmonisierung dieser Aufgabenbestimmung mit dem Gleichheitssatz so in den Vordergrund gestellt. Aber im Grunde sind die methodischen Überlegungen die gleichen, wenn die Verfassung den Gesetzgeber ermächtigt, die Regelungsziele festzulegen. Es geht auch dann m. E. um eine Abwägung zwischen verfassungsmäßig festgelegtem Gesetzeszweck und Gleichheitssatz. — Eine Bemerkung noch zur Eigenmietwertbesteuerung. Ich habe vielleicht ein Mißverständnis erzeugt. Ich muß das berichtigen, um dem schweizerischen Bundesgericht Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Die Rechtsprechung sagt also: Der Mieter ist ja gezwungen, für seine Wohnung Aus-

gaben zu tätigen, der Eigentümer nicht. Wir rechnen dem Eigentümer diese eingesparte Ausgabe als Einkommen an und besteuern das. Wenn man das nicht tut, ist das ein Verstoß gegen die Steuergerechtigkeit, gegen den Gleichheitssatz. Es sitzen hier im Saal Leute, die darüber fundierte Gutachten gemacht haben – das ist eine alte, gefestigte Rechtsprechung in der Schweiz. Ich bin sehr erfreut über Ihre Kritik an dieser Rechtsprechung, Herr *Bayer*, denn sie geht durchaus in die Richtung, wie ich es auch gerne sehen möchte. Ich würde sie jedoch etwas anders begründen: Das Regelungsziel, die breitere Streuung des Eigentums, ist so gewichtig, daß es auch eine Ungleichbehandlung von Mietern und Eigentümern rechtfertigt. – Noch ein Wort zum Egalisierungsgebot. Auch da ein Mißverständnis, das ich klären muß. Ich würde doch meinen, daß der Gleichheitssatz Grundlage des Egalisierungsgebots sein kann, Herr *Starck*. Aber im Ergebnis, glaube ich, spielt es keine große Rolle, wo wir es abstützen. Der personale Aspekt, den Herr *Frowein* angesprochen hat, der, wenn ich das recht verstanden habe, eher zu einer Verstärkung des Gebots zur Herstellung faktischer Gleichheit tendieren würde, den kann man natürlich auch umgekehrt einbringen in diese Überlegung, und wenn ich Herrn *Dürig* recht in Erinnerung habe, hat er eher die Meinung vertreten, daß aus dem personalen Aspekt eben die Freiheitlichkeit, gerade nicht die Egalisierung resultieren würde. – Noch ein Wort zu den Quotenregelungen, die verschiedentlich in den Voten angesprochen worden sind. Ganz kurz und vielleicht nicht so juristisch. Ich habe nicht nur verfassungsrechtliche, sondern auch praktische Bedenken. Sie sind in verschiedenen Voten angeklungen, etwa bei Herrn *Schiedermair*. Ich fürchte, daß wir mit den Quotenregelungen gerade den Frauen keinen Dienst leisten, daß wir mit den Frauenquoten sozusagen „Quotenfrauen“ erzeugen, die ihren Sitz, ihre Position bloß via Quotenregelung erhalten haben, und das, meine ich, könnte fast wieder auf eine Diskriminierung hinauslaufen, wie auch Herr *Murswiek* angedeutet hat. Dabei will ich es bewenden lassen.

Vorsitzender: Ich danke Ihnen sehr herzlich, Herr *Müller* und darf Herrn *Zippelius* bitten, sein Schlußwort zu sprechen.

Zippelius: In der Stadt *Hegels* darf einem wohl ein Satz einfallen, der *Hegel* unterschoben wird: „Nur einer meiner Hörer hat mich verstanden, und der hat mich mißverstanden.“ Nun, mich hat jedenfalls Herr *Böckenförde* nicht mißverstanden. Er faßte die Gedanken, die mir wichtig erschienen, etwa wie folgt zusammen: Der Gleichheitssatz beinhaltet einen Gerechtigkeitsauftrag, erfüllt ihn aber nicht als inhaltlich vorgegebenes Richtmaß, sondern insoweit als Schlüsselbegriff als er Ungleichbehandlungen begründungsbedürftig macht. Die Kriterien

dieser Rechtfertigung sind unter Bezug auf den jeweils zu regelnden Sachbereich und aus den ihm zugeordneten Gerechtigkeitsprinzipien zu gewinnen. Diese Gerechtigkeitsprinzipien sind keine ‚luftige Sache‘, wie Herr *Ipsen* meinte, sondern sie sind, soweit möglich, der Verfassung selbst zu entnehmen, im übrigen aber, wie das Bundesverfassungsgericht formulierte, den fundierten, allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft. Für diese finden sich Anhaltspunkte, außer in der Verfassung, auch im einfachen Recht. Dies aber nur, weil und insofern man annehmen darf, daß dieses Recht von der Rechtsgemeinschaft akzeptiert und Ausdruck solcher fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft ist. Ich möchte hier, trotz einiger gewichtiger Interventionen, an meinem Standpunkt festhalten. Festhalten möchte ich auch an dem Satz, daß ungerechtfertigte Gleich- oder Ungleichbehandlungen nur aus schwerwiegenden Gründen, denen breiteste Akzeptanz sicher ist, eine richterliche Verwerfung von Gesetzen rechtfertigen. Diese Aussage betrifft indessen nur die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und Gericht; sie liegt auf der Linie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Der Gesetzgeber selbst bleibt aber auch in dem Spielraum, den ihm die richterliche Kontrollkompetenz läßt, dem Gerechtigkeitsauftrag des Gleichheitssatzes verpflichtet. Dies ist eine Aussage zur Legitimität, nicht notwendig auch zur tatsächlichen Praxis des Gesetzgebers; so verstand wohl auch *Radbruch* seinen Satz von der endlosen Diskussion über die Gerechtigkeit. Auch dies wurde verschiedentlich wohl mißverstanden.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zippelius*. (Beifall) Meine Damen und Herren, wir sind am Ende, es ist 17.30 Uhr. Es ist mir eine angenehme Pflicht und Aufgabe, beiden Referenten sehr herzlich zu danken, und desgleichen danke ich allen, die an der Diskussion aktiv oder auch nur als Zuhörer teilgenommen haben. Wenn Sie sich beeilen, dann können Sie den Komtur da draußen noch gerade vermeiden. Die Sitzung ist geschlossen.