

**Veröffentlichungen  
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**  
===== **Heft 47** =====

Reinhold Zippelius und Georg Müller

**Der Gleichheitssatz**

---

Reinhard Mußnug, Friedhelm Hufen und Hermann Hill

**Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung  
im Leistungsrecht**

Berichte und Diskussionen  
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer  
in Tübingen vom 5. bis 8. Oktober 1988



1989

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Erhard Denninger (Frankfurt am Main)

*CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Zippelius, Reinhold:**

Der Gleichheitssatz / Reinhold Zippelius und Georg Müller. Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht / Reinhard Mussgnug, Friedhelm Hufen u. Hermann Hill. Berichte u. Diskussionen auf d. Tagung d. Vereinigung d. Dt. Staatsrechtslehrer in Tübingen vom 5. – 8. Oktober 1988. – Berlin; New York: de Gruyter, 1989

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; H. 47)

ISBN 3-11-012179-4

NE: Müller, Georg;; Mussgnug, Reinhard: Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht; Hufen, Friedhelm: Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht; Hill, Hermann: Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Veröffentlichungen der Vereinigung . . .

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

© Copyright 1989 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz: Volker Spiess, 1000 Berlin 30

Druck: Hildebrand, 1000 Berlin 65

Bindearbeiten: Dieter Mikolai, 1000 Berlin 10

## Inhalt

Jahrestagung 1988 . . . . .	5
Erster Beratungsgegenstand: <i>Der Gleichheitssatz</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Reinhold Zippelius</i> . . . . .	7
Leitsätze des Berichterstatters . . . . .	33
2. Bericht von Professor Dr. <i>Georg Müller</i> . . . . .	37
Leitsätze des Berichterstatters . . . . .	60
3. Aussprache und Schlußworte . . . . .	63
Zweiter Beratungsgegenstand: <i>Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Reinhard Mußgnug</i> . . . . .	113
Leitsätze des Berichterstatters . . . . .	139
2. Bericht von Professor Dr. <i>Friedhelm Hufen</i> . . . . .	142
Leitsätze des Berichterstatters . . . . .	168
3. Bericht von Professor Dr. <i>Hermann Hill</i> . . . . .	172
Leitsätze des Berichterstatters . . . . .	197
4. Aussprache und Schlußworte . . . . .	200
Verzeichnis der Redner . . . . .	274
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer . . . . .	277
Satzung der Vereinigung . . . . .	307



## Jahrestagung 1988

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer tagte vom 5. bis 8. Oktober in Tübingen. Die Mitgliederversammlung gedachte der seit der Passauer Tagung verstorbenen Mitglieder *Norbert Achterberg*, *Günter Barbey*, *Hans Huber* und *Klaus Obermayer*. Die Vereinigung wird ihr Andenken in Ehren halten. – Neun Kollegen traten seit der letzten Tagung der Vereinigung bei, so daß diese nunmehr 355 Mitglieder zählt. Die nächste Jahrestagung soll in der ersten Oktoberwoche in Hannover stattfinden, die übernächste in Zürich. Der amtierende Vorstand – *Martin Heckel*, *Erhard Denninger* und *Christian Starck* – wurde in geheimer Wahl wiedergewählt.

Mehr als zweihundert Mitglieder waren nach Tübingen gekommen, viele mit ihren Ehefrauen, ferner mehrere Witwen verstorbener Mitglieder. Außerdem konnte der Vorsitzende Gäste aus Spanien, Japan und Korea, sowie die Vertreter der Fachzeitschriften begrüßen.

Die Vorträge und Diskussionen fanden im Festsaal der Neuen Aula der Eberhard-Karls-Universität statt. Den Vorsitz führte *Martin Heckel*; *Erhard Denninger* und *Christian Starck* leiteten die Aussprachen. Das Rahmenprogramm wurde am Mittwochabend mit Werken von Händel, Vivaldi und J.S. Bach, dargeboten vom Collegium musicum der Universität, und danach mit einem Empfang des Präsidenten der Universität festlich eröffnet. Am Abend des zweiten Tages waren die Teilnehmer Gäste der Landesregierung; sie wurde durch Justizminister *Eyrich* vertreten. Der für Freitagabend im Tübinger „Museum“ geplante Ball beschränkte sich (wegen der am selben Tage abgehaltenen Trauerfeierlichkeiten zum Tode von F.J. Strauß) auf ein festliches Abendessen, das immerhin durch eine Damenrede Graf Vitzthums besonders gewürzt wurde. Der Samstags-Ausflug zum Kloster Maulbronn und die durch einen Vortrag von Landesbischof *Theo Sorg* vorbereitete Besichtigung des Klosters werden allen Teilnehmern unvergeßlich bleiben. Den Damen der Tübinger Kollegen schuldet die Vereinigung großen Dank für die hervorragende Vorbereitung der Tagung und insbesondere für die Gestaltung des Begleitprogramms.



## 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 nachgedacht<sup>1</sup>, selbst über den Gleichheitssatz der Verfassung sind Bände geschrieben<sup>2</sup> 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 Demokratie<sup>3</sup>. Schon in dieser Hinsicht war die Realisierung des Gleichheitssatzes von der je herrschenden Geisteskultur geprägt. So war die Vorstellung staatsbürgerlicher Gleichberechtigung der Antike vertraut<sup>4</sup>, hingegen war im mittelalterlichen Weltbild hierarchisch geglie-

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *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.

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

<sup>4</sup> 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 Herrschaftsvertrag<sup>5</sup>, d.h. von der Konsensgrundlage staatlicher Herrschaft. Er beherrschte dann die erste Phase der Französischen Revolution als Forderung nach gleichberechtigter politischer Repräsentation des Dritten Standes<sup>6</sup> 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 vermag<sup>7</sup>. 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 Geschlechter<sup>8</sup>.

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 sollten<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> *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.

<sup>7</sup> *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.

<sup>8</sup> 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.).

<sup>9</sup> 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 wurden<sup>10</sup>. Daneben finden wir in den Städten des Mittelalters frühe Ansätze bürgerlicher Rechtsgleichheit<sup>11</sup>. Der Anspruch auf Gleichachtung vor dem Recht wurzelt aber auch im christlichen Gedanken der Gottebenbildlichkeit jedes Menschen<sup>12</sup> 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 Adels<sup>13</sup>. Eine andere Entwicklungslinie lief von der konfessionellen Gleichberechtigung der Reichsstände und dem *ius emigrandi* der Untertanen über die Ausweitung der Toleranz zur konfessionsunabhängigen bürgerlichen Gleichberechtigung<sup>14</sup>.

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.

<sup>10</sup> *Dann* (Fn 1), S. 90ff.

<sup>11</sup> *Dann* (Fn 1), S. 85ff.

<sup>12</sup> *Brunner* (Fn 1), S. 40.

<sup>13</sup> *Dann* (Fn 1), S. 69ff., 73ff., 78ff.

<sup>14</sup> 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 Gesetzgeber<sup>15</sup>. 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 verpflichten<sup>16</sup>. 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 verwirklicht<sup>17</sup>. Eine über diese Selbstverständlichkeit hinausreichende Funktion erhält er erst als Verpflichtung zur Gerechtigkeit<sup>18</sup>, insbesondere als Verpflichtung darauf, daß jede Ungleichbehandlung einen zureichenden, gerechten Grund haben müsse<sup>19</sup>. Darauf, wie dieses problematische Richtmaß praktikabel werden kann, wird später einzugehen sein.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> *Starck* (Fn 2), Rdn. 2.

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

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

<sup>19</sup> *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 erfüllt<sup>20</sup>; 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 Folgerungen<sup>21</sup>.

#### *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 Staat<sup>22</sup>. 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

<sup>20</sup> Starck (Fn 2), Rdn. 188 m. Nachw.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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 Bedingungen<sup>23</sup>. 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 sei<sup>24</sup>, die Abschlußpflicht aus § 611 a Abs. 1 BGB den Gleichheitssatz aber allzusehr zu Lasten der Privatautonomie strapaziere<sup>25</sup>. 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)<sup>26</sup>. 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*<sup>27</sup> 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 hatte<sup>28</sup>, 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-*

<sup>23</sup> *Starck* (Fn 2), Rdn. 194ff.

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

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

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

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

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

schen Reformen fort und fand einen Ausklang in Art. 109 der Weimarer Verfassung<sup>29</sup>.

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“<sup>30</sup>. 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 Ausgleich<sup>31</sup> scheiterte dann aber im Deutschland des 19. Jahrhunderts die Verwirklichung einer „materiellen Gleichheit“ – teils an der konservativen Gegenströmung gegen den Gleichheitsidealismus<sup>32</sup>, 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 ziehen<sup>33</sup>, bis dann aus dem Arbeiterelend und aus dem Spott über den „Nachtwächterstaat“<sup>34</sup> und seine erhabene Gesetzesgleichheit sich erneut die Forderung nach der égalité de fait erhob und sich jetzt unter dem Namen der Sozialstaatlichkeit verwirklichte<sup>35</sup>. Inzwischen hat sich, vom Zeit-

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

<sup>30</sup> 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.

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

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

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> *F. Lassalle*, Arbeiterprogramm, 1862.

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

geist getragen<sup>36</sup>, 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 ableiten<sup>37</sup>; 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 muß<sup>38</sup>. Wo aber der Sozialstaat Güter und Leistungen, etwa in Gestalt von Bildungseinrichtungen, zur Verfügung gestellt hat, gibt der Gleichheitssatz dem Einzelnen ein Recht, daran teilzuhaben<sup>39</sup>. 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)<sup>40</sup>.

#### *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 Mitempfindens<sup>41</sup>. 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*

<sup>36</sup> Th. Würtenberger, *Zeitgeist und Recht*, 1987, S. 195ff., 172ff.

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

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

<sup>39</sup> 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.

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

<sup>41</sup> 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.

fait<sup>42</sup>. 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 würden<sup>43</sup>. *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 kann<sup>44</sup>.

#### 4. Gleiche Freiheit

Die Fragen vertiefen sich, wenn man den Beziehungen zwischen Gleichheit und allgemeiner Freiheit nachgeht<sup>45</sup>. Nach *Kant* sollte es die Funktion des Rechts sein, die Willkür der Menschen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit und eben damit gleichmäßig gegeneinander abzugrenzen<sup>46</sup>. 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 haben<sup>47</sup>. 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-

---

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

<sup>43</sup> „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.

<sup>44</sup> *Leisner* (Fn 30), S. 189ff.

<sup>45</sup> 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.

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

<sup>47</sup> *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“<sup>48</sup>. 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 Vorväter 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 ist<sup>49</sup>, 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 ist<sup>50</sup>. 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 annimmt<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> G. Leibholz, Verfassungsstaat – Verfassungsrecht, 1983, S. 25.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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 überstiegen<sup>52</sup> – 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 machen<sup>53</sup>. Ein egalisierendes Bildungssystem schließlich, das die Unterschiede individueller Bildungsfähigkeit und Strebsamkeit ignorierte, würde den nationalen Bildungsstandard nach unten nivellieren<sup>54</sup>.

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 hervorzutun<sup>55</sup>. 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.

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

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

<sup>54</sup> 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 nützen, um einen möglichst hohen Sockel von „Ausgangschancen“ für alle zu gewinnen; vgl. *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 113, 140, 170.

<sup>55</sup> Vgl. *K.Obermayer*, Sozialstaatliche Herausforderung, 1984, S. 11.

Rechnung trägt<sup>56</sup>, 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 andere<sup>57</sup>. 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“ sei<sup>58</sup>. 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 Gleichheit<sup>59</sup>, 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 bringen<sup>60</sup>, 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.

---

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

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

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

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

<sup>60</sup> 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“<sup>61</sup>. 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 typisierend<sup>62</sup> 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 ändert<sup>63</sup>. So steht auf der einen Seite der Satz *Max Ernst Mayers*: „Wer . . . Normen sät, kann keine Gerechtigkeit ernten“<sup>64</sup>, und die Aristotelische Forderung, generelle Normen

<sup>61</sup> *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.

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

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> *M.E.Meyer*, Rechtsphilosophie, 1922, S. 82, vgl. auch S. 79.

dort, wo sie der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht gerecht werden, durch Billigkeit zu korrigieren<sup>65</sup>. 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“<sup>66</sup>.

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 gedrängt<sup>67</sup>. Kurz, selbst Billigkeitsentscheidungen laufen – entgegen verbreiteter Meinung<sup>68</sup> – 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 behandeln<sup>69</sup>.

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 habe<sup>70</sup>. In dieser Weise läßt sich auch die Anpassung des Rechts an

---

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

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

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

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

<sup>69</sup> *R.Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1989, §§ 24, 40.

<sup>70</sup> 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 strukturieren<sup>71</sup>: 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 Gesetzesauslegung<sup>72</sup> oder eine Ermessensausübung<sup>73</sup> 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 Gerechtigkeitseinstellungen<sup>74</sup>. 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.

---

<sup>71</sup> Dürig (Fn 2), I Rdn. 196ff., 212.

<sup>72</sup> 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.

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

<sup>74</sup> 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 sollte<sup>75</sup>. Auf diese Weise erhält die Gerechtigkeitsfrage einen spezifischen begrifflichen Zuschnitt, ohne damit aber schon gelöst zu sein<sup>76</sup>. 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 erreichen<sup>77</sup>. Die Legitimität des Regelungszweckes be-

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> Vgl. Klopfer (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 beherrschen<sup>78</sup>. 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 Lebensbereiches<sup>79</sup>. — 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)<sup>80</sup>.

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 Stimmrecht<sup>81</sup>. 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 dürfen<sup>82</sup>, 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 spielen<sup>83</sup>; wenn und weil durch das Steuersystem auch sozial nützlichel Handeln ermutigt werden soll, ist nicht schematisch an die Höhe des Einkommens und Vermögens, sondern auch an die Umstände des Vermögenserwerbs anzuknüpfen<sup>84</sup>. 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.

<sup>78</sup> Vgl. *Kloepfer* (Fn 18), S. 34f.

<sup>79</sup> Vgl. *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1989, § 7 III, IV.

<sup>80</sup> Kriterien dafür gibt BVerfGE 63, 128, an.

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

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

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> *P. Kirchhof*, Die Kunst der Steuergesetzgebung, NJW 1987, S. 3219f.

mit anderen ungleich belastet wurden, haben Entschädigungen das Sonderopfer auszugleichen<sup>85</sup>; Gebühren sollen einen Ausgleich für beanspruchte Leistungen schaffen<sup>86</sup>; hier münden die Gleichheitserwägungen in die Fragen, ob stets ein voller Ausgleich anzustreben<sup>87</sup> 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“<sup>88</sup>. 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 können<sup>89</sup>. 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 Wirkungsmöglichkeit<sup>90</sup>.

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

<sup>85</sup> BGHZ 6, 280.

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

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

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

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> *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 organadäquat<sup>91</sup>, 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 rechtfertigen<sup>92</sup>; auch zu „offenen“, d.h. vom Gesetzeswortlaut abweichenden<sup>93</sup> 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 sind<sup>94</sup>.

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

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> 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“ darstelle<sup>95</sup>.

### *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“<sup>96</sup>.

#### *a) Spezifische Gewährleistungen einer Gleichbehandlung*

Der Gleichheitssatz erfährt innerhalb des Grundgesetzes aber auch schon einige ausdrückliche Konkretisierungen<sup>97</sup>: 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.

<sup>95</sup> *Radbruch* (Fn 61), § 9.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> 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 Ausnahmerichtern (Art. 101 Abs. 1) stehen im Dienst der Gleichbehandlung. Die spezifischen Gleichheitsgarantien gehen dem allgemeinen Gleichheitssatz vor<sup>98</sup>.

Einige dieser Bestimmungen dulden unbestreitbar schlechthin keine Ausnahme, wie das Verbot von Ausnahmerichtern. 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 werde<sup>99</sup>. Die Gegenmeinung will „jede Anknüpfung an die dort genannten Merkmale“ ablehnen<sup>100</sup>; mit dieser Ansicht wären Vorschriften des generellen Frauenarbeitsschutzes<sup>101</sup> oder auch das Homosexuellenurteil<sup>102</sup> schwerlich vereinbar<sup>103</sup>; 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 an<sup>104</sup>, 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 sein<sup>105</sup>, 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.

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

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

<sup>100</sup> *Sachs* (Fn 2), S. 429, 493.

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

<sup>102</sup> BVerfGE 6, 422ff.

<sup>103</sup> Vgl. *Sachs* (Fn 2), S. 348, 376ff.

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

<sup>105</sup> 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 gewinnen<sup>106</sup>. So ist aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit der Menschenwürdegarantie<sup>107</sup> das Verbot herleitbar, Unterscheidungen vorzunehmen, die dem Bild des Grundgesetzes von der Menschenwürde zuwiderlaufen; diese Grenze menschenunwürdiger Diskriminierung ist jedoch unscharf<sup>108</sup>. 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 sein<sup>109</sup>. Aus dem Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit dem Sozialstaatsprinzip<sup>110</sup> 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 GG<sup>111</sup>. Ferner folgt aus der Bundesstaatlichkeit, daß in gewissem Umfang<sup>112</sup> in Bereichen, für die den Ländern die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz zusteht, ungleiche Gestaltungen zulässig sind<sup>113</sup>; entsprechende Differenzierungen werden mit den Selbstverwaltungskompetenzen (insbesondere durch Art. 28 Abs. 2 GG) in Kauf genommen<sup>114</sup>.

### 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*<sup>115</sup> in der Tat von einer

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

<sup>107</sup> *Dürig* (Fn 2), I Rdn. 3, 5ff., 315.

<sup>108</sup> *R. Zippelius*, im *Bonner Kommentar*, Art. 1 Rdn. 9ff.

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

<sup>110</sup> Nachw. bei *Sachs* (Fn 109), S. 297.

<sup>111</sup> Vgl. BVerfGE 13, 296, 298f.; 75, 357.

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

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

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

<sup>115</sup> *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 prüfen<sup>116</sup>, 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 einfügt<sup>117</sup>. 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 Konsequenz<sup>118</sup>, 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 müssen<sup>119</sup>.

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

<sup>116</sup> Rupp (Fn 92), S. 383f., m.w.Nachw.

<sup>117</sup> 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.

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

<sup>119</sup> 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“<sup>120</sup>. 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“<sup>121</sup> 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 hat<sup>122</sup>.

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 unterfallen<sup>123</sup>.

#### 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).

---

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

<sup>121</sup> Zippelius (Fn 72), § 12 I c.

<sup>122</sup> Larenz (Fn 72), S. 375f.

<sup>123</sup> 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.