

digten im Rahmen von Treu und Glauben zu treffenden Maßnahmen ausschließlich diesem Leistungsziel der Schadensbegrenzung dienen. Ebensovienig wie bei anderen Schuldverhältnissen kann es hierbei entscheidend sein, ob der Geschädigte als Schuldner dieser Leistungspflicht ihr mit etwa bereits vorhandenen Leistungsreserven oder eigens für die Erfüllung dieses Schuldverhältnisses besonders geschaffenen Leistungen nachkommt. Insofern ist aus dieser Perspektive auch das gegen die Rechtsprechung des BGH vorgetragene Argument³⁶ fehlergerichtet, wonach der Geschädigte nicht verpflichtet sei, ein Reservefahrzeug anzuschaffen. Die Pflicht des Geschädigten besteht nach § 254 II abstrakt und allein darin, den Schaden abzuwenden oder gering zu halten. Kann er den sich einstellenden Schaden wegen der Vorhaltung von Fahrzeugen und deren Einsatz im Verhältnis zu anderen sich anbietenden Handlungsalternativen geringer halten, so ergibt sich bereits hieraus³⁷, daß er insoweit zugleich auch seiner Verpflichtung i. S. des § 254 II genügt. Aufgabe des Schädigers seinerseits ist es, wie auch sonst im Zusammenhang mit § 254 II³⁸, die insoweit anfallenden Kosten des Geschädigten als dessen „Schaden“ zu ersetzen.

Im Falle von Straßenbahntriebwagen, Linienomnibussen oder anderen Spezialfahrzeugen wird sich eine Vorhaltung generell als schadensmindernd erweisen, da derartige Fahrzeuge, wenn überhaupt, dann nur unter erheblich höheren Kosten auf dem Markt kurzfristig anderweitig beschaffbar sind. Deshalb kann es, wie der BGH in seiner neueren Rechtsprechung³⁹ zutreffend ausführt, hier im Ergebnis auch nicht entscheidend sein, ob das betreffende Ersatzfahrzeug eigens für fremdverschuldete Unfälle angeschafft oder nur aus der allgemeinen Betriebsreserve des Unternehmens entnommen worden ist. Der Geschädigte erfüllt die ihm durch die Vorschrift des § 254 II auferlegte Pflicht der Schadensgeringhaltung in jedem Fall durch die Abrechnung dieser – niedrigeren – Vorhaltekosten an Stelle sonstiger – höherer – Beschaffungskosten.

Bei marktüblichen Fahrzeugen hingegen, die in genügender Anzahl zur Verfügung stehen, ist die Beschaffungssituation umgekehrt. Hier wird der Geschädigte die Kosten für eine etwaige Vorhaltung im allgemeinen nicht unter Berufung auf seine Pflicht zur Abwendung oder Minderung eines Schadens dem Schädiger in Rechnung stellen können⁴⁰, da sich insoweit kostengünstigere Wege der Schadensgeringhaltung anbieten. Mit Rücksicht darauf, daß dies in der Praxis die generelle wirtschaftliche Ausgangssituation sein dürfte, stellt der BGH⁴¹ daher mit Recht fest, daß „Aufwendungen vor dem Schadensfall in der Regel nur unter besonderen Umständen erstattungsfähig“ sind.

Soweit indessen in einem solchen Ausnahmefall der Schädiger dem Geschädigten die von diesem im Rahmen des § 254 II aufgewandten Kosten der Vorhaltung als Schaden zu ersetzen hat, ist es ausgeschlossen, daß er daneben für das unfallgeschädigte Fahrzeug zusätzlich noch eine Entschädigung wegen dessen Nutzungsausfalls schuldet⁴². Durch seine in Gestalt der Vorhaltung eines Reservefahrzeugs getroffene Vorsorge hat der Geschädigte es gerade vermeiden können, daß sich der unfallbedingte Ausfall des betreffenden Fahrzeugs bei ihm als Kostenelement eines Nutzungsausfalls einstellen konnte. Ebensovienig kann der Geschädigte dem Schädiger im Zusammenhang mit der Abrechnung der Vorhaltekosten oder sonstiger Formen der Schadensabwicklung irgendwelche Bearbeitungskosten als Schaden anlasten⁴³, auch wenn diese daraus entstanden sind, daß sie, wie z. B. bei der Bearbeitung von Ladendiebstählen, durch einen besonderen personellen Zeitaufwand entstanden sind. Selbst wenn der Geschädigte insoweit sogar eine spezifische Schadensbearbeitungsorganisation aufgebaut haben sollte, gilt im Ergebnis nichts anderes⁴⁴.

Insofern beansprucht die GEMA nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁵ in der Tat eine Sonderstellung innerhalb des Gefüges des

Schadensersatzrechts, wenn sie ihre Verwaltungskosten im Zusammenhang mit der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen in der Form eines doppelten Tarifbetrags als Schadensersatz abrechnen darf.

36) Vgl. o. Fußn. 7.

37) So besonders prägnant: v. Marshall (o. Fußn. 4), S. 636. Vgl. im übrigen o. Fußn. 2 und 3.

38) RG, JW 1938, 2203; RGZ 160, 119, 121 f.; BGHZ 10, 18 (20); 32, 280 (285).

39) BGHZ 70, 199; BGH-Urt. v. 10. 1. 1978 (VI ZR 175/76), VersR 1978, 375. Anders noch BGHZ 32, 280.

40) Folgerichtig kommt daher Brox, SchuldR 1, 9. Aufl. (1981), Rdnr. 363, zu dem Ergebnis, daß vorsorglich getroffene Aufwendungen als solche nur bis zur Höhe des Schadens zu ersetzen sind, der ohne diese Vorsorgemaßnahmen entstanden wäre.

41) BGHZ 59, 286 (187 f.).

42) BGHZ 70, 199; BGH-Urt. v. 10. 1. 1978 (VI ZR 175/78), VersR 1978, 375 (376).

43) BGH-Urt. v. 3. 2. 1961, JZ 1961, 420 (421) m. Anm. Niederländer; BGHZ 66, 112, 114, 117; 75, 230 (231) m. w. Nachw.

44) BGH, NJW 1969, 1109; BGHZ 66, 112 ff.; 75, 230 (232).

45) Vgl. o. Fußn. 12.

Wiss. Assistent Christoph Gusy, Hagen

Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes

Die Gleichheit ist in den Grundrechten neben der Freiheit als Ausprägung der Menschenwürde statuiert¹. Ihre umfassendste Konkretisierung findet sie im *allgemeinen Gleichheitssatz* des Art. 3 I GG. Weitere Ausprägungen enthalten die „*besonderen Gleichheitssätze*“ der Art. 3 II, III, 6 V, 12a II 2, 33 I–III, 38 I 1 GG.

I. Das Gleichheitskonzept des Grundgesetzes

Beispiel 1: Der Sohn des A besucht den kommunalen Kindergarten in der Stadt S. Die städtische Gebührensatzung staffelt das Entgelt nach dem Einkommen der Eltern. Danach hat der wohlhabende A den Höchstsatz zu zahlen. Er meint, diese Regelung verstoße gegen seine Gleichheitsrechte².

Das Beispiel, in dem kein besonderer Gleichheitssatz einschlägig ist, läßt *unterschiedliche Anwendungsmöglichkeiten* des *allgemeinen Gleichheitsgebots* zu:

(1) Voraussetzung der Gebührenschuld ist die Benutzung des Kindergartens. Bezüglich der *Nutzung* unterscheidet sich der Sohn des A nicht von anderen Kindern. Stellt man somit bei der Gebührenhöhe auf das Kriterium der gleichen Nutzung ab, so ist eine ungleiche Gebühr mit Art. 3 I GG unvereinbar³.

(2) Stellt man dagegen auf die *Funktion* des Kindergartens ab, die darin liegt, den Kindern elementare Grundlagen für ihre spätere Bildung und damit für ihr gesamtes späteres Leben zu vermitteln, so ist seine Benutzung eine wesentliche Voraussetzung für die Herstellung von Chancengleichheit. Wird für alle Kinder die gleiche Gebühr gefordert, so werden sozial schwächere Schichten, die des Kindergartens besonders bedürfen, erheblich stärker belastet als wohlhabende Eltern. So wird *Gleichheit der Chancen* gerade hergestellt, wenn das Entgelt sozial gestaffelt wird; die Staffelung ist nicht gleichheitswidrig, sondern durch den Gleichheitssatz geradezu geboten⁴.

Die unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten stellen die Frage nach dem Gleichheitskonzept des Grundgesetzes: Ist es das der formalen Gleichheit vor dem Recht (erste Lösung) oder dasjenige eines sozialen Ausgleichs (zweite Lösung)?

1) Zum Freiheitsschutz des Grundgesetzes vgl. Gusy, JA 1980, 78 ff. m. Nachw.

2) Nach VGH Kassel, NJW 1977, 452.

3) So Vogel, NJW 1977, 454 f.

4) Menger, VerwArch 1977, 396 ff.

1. Gleichheit im Ständestaat

Die ständische Lehnhierarchie mit ihren vertragsähnlichen Herrschaftsverhältnissen stand der Gleichheit aller Menschen geradezu entgegen.

Herrschaftsbefugnisse waren persönliche Rechte der Lehnsherren, ein allen übergeordneter „Staat“ fehlte. So begründete die Treue- und Gehorsamspflicht des Lehnmanns Privilegien und Vorrechte des Lehnsherrn. Diese waren damals unbestritten und allgemein als rechtmäßig anerkannt, da der Herr dafür besondere Pflichten, vornehmlich die Friedenssicherungspflicht, übernahm; die rechtliche Besserstellung legitimierte sich aus konkreten Pflichten der „Privilegierten“. Die Lehnshierarchie zeichnet sich also durch ein abgestuftes System rechtlicher Ungleichheiten aus. In dieser Herrschaftsordnung konnte Gleichheit nur als Gleichheit einzelner Stände untereinander bestehen: Fürsten, Ritter, Geistliche, Bürger und Bauern waren jeweils untereinander gleich.

Ein zentrales Ziel der Herstellung ständischer Gleichheit lag darin, die Gerichtsbarkeit über jedermann ausschließlich durch Angehörige des eigenen Stands ausüben zu lassen. Dazu statuiert Art. 21 der Magna Carta das Recht der Adelligen, „nur durch ihresgleichen“ bestraft zu werden. Für den „freien Mann“ war dagegen ein Urteil durch „seinesgleichen“ (Art. 39) bzw. „rechtschaffene Männer aus der Nachbarschaft“ (Art. 20 letzter Satz) vorgesehen. Da die Friedenssicherung nach innen durch gerichtliche Streitentscheidung das wichtigste Herrschaftsrecht darstellte⁵, war die ständische Gleichheit bei ihrer Ausübung ein bedeutendes Privileg. Die Masse der Bevölkerung, die unfreien Bauern, hatte dagegen keinen Anspruch auf Aburteilung durch „ihresgleichen“.

Gesamtgesellschaftlich wirkte die ständische Gleichheit als Differenzierungselement: Gleichheit der Mitglieder eines Stands bedeutete gerade die Gemeinsamkeit der Privilegien gegenüber anderen Ständen; Basis der Gleichheit war somit die Abgrenzung gegenüber anderen Gruppen. So bedeutet das Privileg, nur durch Mitglieder des eigenen Standes abgeurteilt zu werden, den Ausschluß aller anderen Stände von der Mitwirkung. Gleichheit im Ständestaat war so das Mittel zur Absicherung der eigenen Position in der Lehnshierarchie, indem die eigenen Privilegien und Vorrechte gegenüber Höher- und Niederrangigen verteidigt wurden⁶. Das Phänomen der Gleichheit partieller Gruppen untereinander verhinderte die Rechtsgleichheit in der Gesamtgesellschaft.

2. Gleichheit nach dem Ende der ständischen Herrschaft

a) Seit der Herrschaftszersplitterung ausgangs des Mittelalters waren die Lehnsherren zur Sicherung des inneren Friedens und zur Schutzgewährung kaum noch in der Lage. Zudem ging die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit der ökonomischen Grundlagen der Gesellschaft vom grundbesitzenden Adel weitgehend auf das gewerbetreibende Großbürgertum über. So verloren die überkommenen Privilegien ihre Legitimation; die alten Vorrechte blieben zwar weitgehend bestehen, wurden aber zunehmend als hinderlich und drückend empfunden⁷. Insbesondere die aufstrebenden Bürger erhoben die Forderung, entsprechend ihrer wirtschaftlichen Stellung und Verantwortung politischen Einfluß zu erhalten. Da dem die traditionellen Feudalrechte des Adels entgegenstanden, erhob sich in zunehmendem Maße die Forderung nach Gleichheit aller Menschen.

Diese Forderung setzte sich zunächst in den USA durch, wo die neue Staatsordnung ohne traditionelle ständische Elemente errichtet werden konnte. Section 1 der Virginia Bill of Rights lautete: „Alle Menschen sind von der Natur aus in gleicher Weise frei ...“ Die Französische Revolution folgte dem Aufruf nach „Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit“. Art. 1 der „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen“ von 1789 statuierte: „Die Menschen sind und bleiben von Geburt frei und gleich an Rechten.“

Entsprechend der Forderung des wirtschaftlich dominierenden Großbürgertums sollte die Gleichheit jedoch keine wirtschaftliche sein; durch diese hätte die reich gewordene

Bourgeoisie zugunsten der breiten Masse der Armen nur verlieren können⁸. So wurde während der Französischen Revolution weitgehend nur kirchlicher und feudaler Besitz verstaatlicht, private Manufakturen blieben dagegen zumeist unangetastet. Vielmehr wurde die Gleichheit in staatsbürgerlicher Hinsicht erstrebt; gleiche Bürger sollten gegenüber dem Staat gleiche Rechte und Pflichten haben. Diese Gleichheitsvorstellung wird schon durch den Wortlaut der zitierten Menschenrechtsartikel zum Ausdruck gebracht.

Entsprechend dieser Wendung gegen das traditionelle Feudalsystem gestaltete sich die Gleichheitskonzeption des Liberalismus im 19. Jahrhundert. Danach war der Staat den Bürgern rechtlich übergeordnet; unter den Menschen herrschte in der Gesellschaft dagegen rechtliche Gleichheit, ein einheitliches Recht war auf alle gleichermaßen anwendbar⁹. Vor diesem Hintergrund entstand in Art. 6 der Belgischen Verfassung von 1831 die Formel: „Es gibt im Staat keine Standesunterschiede. Alle Bürger sind vor dem Gesetz gleich ...“ Stand schon in der Belgischen Verfassung der „allgemeine Gleichheitssatz“ in unmittelbarem systematischem Zusammenhang mit der Aufhebung der Standesprivilegien, so enthielt § 137 des Verfassungsentwurfs der Paulskirche eine Fülle staatsbürgerlicher Gleichheitsnormen, zwischen denen sich auch der allgemeine Gleichheitssatz (Abs. II) verbindet; soziale Gleichheit ist dagegen kein Anliegen des Verfassungsentwurfs. Ähnlich lautet auch Art. 109 WRV, in dem noch Adels- und Ordensproblemen zentrale Bedeutung zukommt. Die Formulierung des § 137 II des Paulskirchenentwurfs ist in Art. 3 I GG wörtlich übernommen; dagegen fehlt in Art. 3 GG der systematische Zusammenhang der allgemeinen mit der staatsbürgerlichen Gleichheit.

Tatsächlich nahm die faktische Bedeutung der verfassungsrechtlichen Sicherung der staatsbürgerlichen Gleichheit ab. Spätestens unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung waren die letzten ständischen Relikte beseitigt, das traditionelle Ziel des Gleichheitspostulats der bürgerlichen Bewegung war insofern erreicht. Wurde dementsprechend dem herkömmlich ausgelegten Gleichheitssatz nur geringe Bedeutung beigemessen, so erlangte die gesellschaftliche Entwicklung vom Stände- zum Klassenstaat gleichheitsgefährdende Relevanz. Wies die ständische Ordnung den Menschen unterschiedliche Rechte und Pflichten zu, so definiert sich in der *Klassengesellschaft* bei formal gleichen Rechten und Pflichten die soziale Stellung des Einzelnen aus seinen ökonomischen Möglichkeiten, diese Rechte wahrzunehmen. Wesentliches Kriterium der Stellung des einzelnen war und ist nicht mehr seine ständische Zuordnung, sondern seine wirtschaftliche Lage. Diese Entwicklung setzte nicht abrupt ein, sondern verlief in Stufen: Waren anfangs des 19. Jahrhunderts dank des Zensuswahlrecht die wirtschaftlich Mächtigen auch politisch privilegierte, so endete diese Entwicklung mit der Einführung des allgemeinen Wahlrechts, das in Preußen zunächst als Drei-Klassen-Wahlrecht, bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts überall als allgemeines und gleiches Wahlrecht eingeführt wurde. Ungleichheit wird so nicht mehr durch Standesunterschiede, sondern durch unterschiedliche ökonomische Potenz begründet. Die Gesellschaft als „Hort der Freiheit“ war so zugleich Ursprung der sozialen Differenzierung.

b) Der sozialistische Jurist Anton von Menger bezeichnete den auf die staatsbürgerliche Gleichheit reduzierten Gleichheitssatz als „Zerrbild der Gleichheit“; „in dieser verstümmelten Form“ sei „die Gleichheit vor dem Gesetz in die Verfassung zahlreicher Kulturstaaten übergegangen“¹⁰. Allerdings fügte er hinzu, das Ideal der ökonomischen Gleichheit

5) Das galt neben der Abgabenerhebung, bezüglich derer die magna carta aber keine Gleichheitsgarantien enthielt.

6) Vgl. auch die Heerschildordnungen des Sachsenspiegels (I 3 § 1, 2).

7) Eingehend hierzu *Rittsteg*, Eigentum als Verfassungsproblem, 1976, S. 224-227.

8) Vertiefend hierzu *Herzog*, Staatslehre, 1971, S. 379 ff.

9) Hier nahm etwa die Lehre von der „Allgemeinheit des Gesetzes“ ihren Ausgangspunkt.

10) *Menger*, Neue Staatslehre, 1904, S. 64.

könne nur in entfernter Annäherung verwirklicht werden. Auf einen *Ausgleich der sozialen Unterschiede* ist auch die Gleichheitsinterpretation von *Wolfgang Abendroth* angelegt.

Für ihn bestehen bei der Inhaltsbestimmung des sozialen Rechtsstaatsgedanken im Grundgesetz Schwierigkeiten, da der Gerechtigkeitsmaßstab zwischen verschiedenen Sozialgruppen zumeist strittig sei. Erforderlich sei vor allem eine zeitgemäße Interpretation des Gleichheitssatzes. Dabei müsse man sich bewußt bleiben, daß die Stellung des Sozialstaatsgedankens im Rechtsgrundsatz der demokratischen und sozialen Rechtsstaatlichkeit darauf angelegt sei, den materiellen Rechtsstaatsgedanken der Demokratie auf die Wirtschafts- und Sozialordnung und auf das kulturelle Leben auszudehnen, um von hier aus dem Sozialstaatsgedanken konkreten Gehalt zu verleihen. So erzwingt die innere Verbindung von Demokratie und Sozialstaatlichkeit eine Interpretation des Gleichheitssatzes nicht nur im Verhältnis der Individuen, sondern auch im Verhältnis der sozialen Gruppen zueinander, welche deren Ungleichheit in Richtung auf die Demokratisierung der Gesellschaft ausgleiche¹¹.

c) Soziale Gleichheit stellt sich in der Gesellschaft auch im Falle einer Interpretation des Gleichheitssatzes als Medium sozialer Egalisierung nicht von selbst ein, sie bedarf der staatlichen Verwirklichung durch Maßnahmen der Gesetzgebung und der Verwaltung. Soll das grundgesetzliche Gleichheitsgebot dazu verpflichten, so wird *Art. 3 I GG als Verfassungsauftrag* zur Herstellung sozialer Gleichheit ausgelegt¹². Eine solche Interpretation läßt den allgemeinen Gleichheitssatz als soziales Grundrecht erscheinen. Damit begegnet diese Auffassung all denjenigen Einwänden, die auch gegen die Schaffung sozialer Leistungsrechte angeführt werden¹³. Insbesondere kollidiert sie mit Art. 1 III GG, nach dem die Grundrechte im Zweifel unmittelbar anwendbares Recht darstellen. Verfassungsaufträge zur Herstellung sozialstaatlicher Lagen sind nicht ohne weitere Ausführung realisierbar. Das macht etwa der Wortlaut des Art. 6 V GG deutlich: Gleiche Chancen für „uneheliche“ Kinder stellen sich nicht von selbst ein, sondern müssen erst durch die Gesetzgebung geschaffen werden¹⁴. Der Wortlaut des Art. 6 V GG geht von einem Zustand sozialer Gleichheit aus, der durch den Staat erst herzustellen ist. Dagegen enthält Art. 3 I GG einen solchen Auftrag nicht; er geht davon aus, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich „sind“. Soll demnach der allgemeine Gleichheitssatz unmittelbar anwendbares Recht darstellen, so kann er keinen Verfassungsauftrag zur Herstellung gleicher Chancen enthalten.

Andererseits wurde das traditionelle Verständnis der Gleichheit als staatsbürgerliche Gleichheit nicht unverändert aufrechterhalten. Schon Art. 109 WRV lautete: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten . . .“ War hier von „staatsbürgerlicher Gleichheit“ ausdrücklich nur in Art. 109 S. 2 die Rede, so wurde Art. 109 S. 1 in einem weiteren Sinne ausgelegt: Nicht mehr nur staatsbürgerliche Gleichheit, sondern Rechtsgleichheit schlechthin sollte garantiert werden. Diese sollte, da die Realität völlige Gleichheit nicht kennt, nicht im Sinne des sozial egalitären „jedem das Gleiche“, sondern gemäß dem Verständnis eines „jedem das Seine“ interpretiert werden. Ausgangspunkt dieser Auffassung ist die Herleitung des Gleichheitsgebotes aus dem Ziel der Gerechtigkeit¹⁵. So wurde der Gleichheitssatz als *Gebot der Verwirklichung* ausschließlich *formale Gerechtigkeit* neu interpretiert. Eine so verstandene Gerechtigkeit sollte durch den Gleichheitssatz nicht zur Herstellung aufgegeben sein, sondern dem staatlichen Handeln als Verfassungsgebot vorausliegen: Gerechtigkeit war vom Gesetzgeber zu achten, nicht herzustellen. Der Auftrag zur Herstellung eines sozialen Ausgleichs wurde dementsprechend für das Grundgesetz nicht dem Gleichheitssatz, sondern dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) entnommen. Die Gegenmeinung blieb in der Minderheit.

d) Ist Art. 3 I GG im genannten Sinne ausschließlich als Gebot formaler Gerechtigkeit auszulegen, so ist im Beispiel 1 von den beiden angegebenen Lösungsvarianten die erste zutreffend:

„Gleich“ ist die Benutzung des Kindergartens durch den Sohn des A und die übrigen Kinder, sie sind daher gem. Art. 3 I GG auch bei der Gebührenerhebung „gleich“ zu behandeln. Die gestaffelte Gebühr verstößt demnach gegen Art. 3 I GG. So wurde auch der Ausgangsfall entschieden¹⁶.

Andererseits verpflichtet jedoch das Sozialstaatsprinzip den Staat, für einen sozialen Ausgleich Sorge zu tragen¹⁷. Inwieweit diese Erwägung eine soziale Gebührenstaffelung zuläßt, ist allerdings umstritten¹⁸.

II. Die Verwirklichung dieses Gleichheitskonzepts in den besonderen Gleichheitssätzen des Grundgesetzes

1. Die Anwendung der besonderen Gleichheitssätze

Beispiel 2: L hat sich um eine ausgeschriebene Stelle als Schulrat beworben. Er wurde jedoch nicht berücksichtigt, da er evangelisch war. L fühlt sich dadurch in seinen Grundrechten beeinträchtigt.

Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes wird in vielfältigen besonderen Gleichheitssätzen für spezifische Sachverhalte konkretisiert¹⁹. Der gleiche Zugang zum öffentlichen Dienst wird in Art. 33 I bis III GG geregelt. Darüber hinaus normiert Art. 33 I GG staatsbürgerliche Gleichheit der Deutschen aus allen Bundesländern. Art. 33 II GG stellt die Zentralnorm des grundgesetzlichen Gleichheitsschutzes bei der Übertragung öffentlicher Ämter dar, indem er positive Kriterien aufstellt, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen; andere Kriterien dürfen nicht herangezogen werden. Umgekehrt hebt Art. 33 III GG einige Merkmale besonders hervor, die nicht berücksichtigt werden dürfen. Danach ist der Zugang zum öffentlichen Dienst unabhängig von dem „religiösen Bekenntnis“, d. h. auch der Konfessionszugehörigkeit. Dieses Recht bindet gem. Art. 1 III GG auch die „vollziehende Gewalt“, zu der die Einstellungsbehörde zählt. Stehen somit die Angehörigen aller Konfessionen bei der Einstellung grundsätzlich gleich, so ist die Benachteiligung des L wegen seines religiösen Bekenntnisses unzulässig²⁰.

2. Wirkungen und Grenzen der besonderen Gleichheitssätze

Beispiel 3: Nach § 41 des Hebammengesetzes von 1938 waren nur Frauen, nicht hingegen Männer zum Hebammenberuf zugelassen. War diese Regelung mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes vereinbar²¹?

11) *Abendroth*, in: Festschr. f. Bergsträsser, 1964, S. 288f.

12) Mehr hierzu bei *Podlech*, Gehalt und Funktionen des allg. Gleichheitssatzes, 1971, S. 200–208.

13) *Gusy*, JA 1980, 82f.

14) *Denninger*, StaatsR II, 1979, S. 154f.; grdl. dazu *Hesse*, AöR 77 (1951/52), 178–187.

15) Ausgangspunkt dieser Auffassung ist die Abhandlung von *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. (1959), S. 72; s. auch *Hesse*, AöR 77 (1951/52), 197–204.

16) *VGH Kassel*, NJW 1977, 452 m. zust. Anm. *Vogel*; vertiefend *Webersinn*, DÖV 1978, 165ff.

17) Da Kindergärten die elementare Basis der Chancengleichheit darstellen, ist ihre Benutzung durch Kinder aus sozial schlechter gestellten Verhältnissen ein wichtiges sozialstaatliches Anliegen.

18) Zum Meinungsstand *Gusy*, ZfSH 1979, 71f.

19) Zum Verhältnis der besonderen Gleichheitssätze zum allgemeinen Gleichheitssatz *Podlech* (o. Fußn. 12), S. 90–96.

20) *VGH München*, DÖV 1966, 715 (716); vgl. aber auch die bedenklichen Ausführungen in *BVerwGE* 19, 252 (256ff.).

21) Nach: *BVerwGE* 40, 17 = JuS 1972, 722 Nr. 1 = *H. Weber*, Rspr. z. VerfRI, 1977, Art. 3 II, III Nr. 11.

Gem. Art. 3 II GG sind Männer und Frauen gleichberechtigt; gem. Art. 3 III GG darf niemand wegen seines Geschlechtes benachteiligt oder bevorzugt werden. Beide Absätze ordnen dieselbe Rechtsfolge an: Der Gedanke der *Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern* wird so besonders betont.²² Indem das Hebammengesetz nur Frauen für den Hebammenberuf zuläßt, Männer hingegen ausschließt, werden beide Geschlechter ungleich behandelt.

Ob darin ein Verstoß gegen die genannten Gleichheitssätze liegt, ist nach der Wirkungsweise dieser Verfassungsnormen zu ermitteln. Diese verbieten die Unterscheidung nach einzelnen, näher genannten Kriterien. Ein solches Verbot bedeutet jedoch nicht, daß Männer und Frauen in jeder Beziehung schematisch gleich zu behandeln wären. So erschien es etwa wenig sinnvoll, den besonderen Schutz Schwangerer mit dem Ziel, Mutter und Kind besonders zu schützen, auch auf Männer anzuwenden. Die spezifische Kriterien aller besonderen Gleichheitssätze – nicht nur derjenigen des Art. 3 GG – untersagen nicht, Differenzierungen vorzunehmen; sie *verbieten* nur, eine *ungleiche Behandlung mit diesen Merkmalen zu begründen*²³. Die rechtliche Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen darf daher nicht durch ihr verschiedenes Geschlecht legitimiert werden. Ist der maßgebliche Grund dagegen ein anderer von der Rechtsordnung zugelassener Gesichtspunkt, so verstößt die Differenzierung nicht gegen einen besonderen Gleichheitssatz.

So darf etwa die Entschädigung für jüdische Opfer des Nationalsozialismus nicht „wegen ihrer Rasse“, sondern nur wegen ihrer besonderen Schäden und Leiden erfolgen. Die Begründung ergibt sich stets aus dem historischen Zweck des Gesetzes.

Ein Grund kann zur Begründung einer Ungleichbehandlung nur dann herangezogen werden, wenn er *tatsächlich eine unterschiedliche Behandlung der Betroffenen gebietet*.

Demnach ist im Beispiel 3 entscheidend, ob sachliche Gründe außer dem Geschlechtsunterschied die Differenzierung zwischen Männern und Frauen für den Hebammenberuf legitimieren. Einen solchen Grund sieht die Rechtsprechung dann, wenn der sich aus dem Geschlecht ergebende biologische oder funktionale Unterschied das zu regelnde Lebensverhältnis so entscheidend prägt, daß gemeinsame Elemente überhaupt nicht zu erkennen sind oder zumindest vollkommen zurücktreten²⁴. Auf dieser Grundlage entschied das *BVerwG* im Beispiel 3, daß Schwangere zwar erfahrungsgemäß im allgemeinen mit der Geburtshilfe eines Arztes einverstanden seien. Was die Hebammenhilfe angehe, lehne jedoch ein erheblicher Teil der Frauen männlichen Beistand nachdrücklich ab und empfinde eine dahingehende Verpflichtung als unzumutbaren Eingriff in ihr Persönlichkeitsrecht²⁵.

Inwieweit diese Begründung den tatsächlichen Verhältnissen entspricht und dementsprechend ein sachliches Differenzierungskriterium darstellt, war und ist umstritten²⁶. Unter welchen Voraussetzungen ein Grund eine Differenzierung zu begründen vermag, ist logisch kaum zu bestimmen; die Entscheidung hängt vielmehr weitgehend von den politischen Wertungen der Entscheidenden ab.

Ausdrücklich eingeschränkt werden die besonderen Gleichheitssätze durch Art. 6 IV GG, der die Ungleichbehandlung von Frauen und Männern im Bereich des Mutterschutzes anordnet.

III. Die Verwirklichung dieses Gleichheitskonzepts im allgemeinen Gleichheitssatz

Beispiel 4: Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrats gem. Art. 105 II i. V. mit Art. 72 II GG ein neues Gewerbesteuergesetz beschlossen. Dieses fordert von Ausländern aus Staaten außerhalb der europäischen Gemeinschaft 400% des Gewerbesteueratzes, der von Deutschen mit gleichen Betrieben zu entrichten ist. Ist diese Bestimmung mit den Gleichheitssätzen des Grundgesetzes vereinbar²⁷?

Ist hier kein besonderer Gleichheitssatz anwendbar²⁸, so kann sich ein Differenzierungsverbot nur aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG ergeben.

1. Grundfragen des allgemeinen Gleichheitssatzes: Gleichheit als Willkürverbot

a) Der allgemeine Gleichheitssatz ist im Beispiel 4 nur anwendbar, wenn die Gleichheit „vor dem Gesetz“ auch den Gesetzgeber selbst bindet. Der Wortlaut dieses Grundrechts ist gewählt worden, da er europäischer Verfassungstradition entspricht²⁹. Deutlich kommt in ihm das Grundrechtsverständnis des 19. Jahrhunderts zum Ausdruck, das den Grundrechtsschutz nach Maßgabe der Gesetze garantieren wollte, ihn hingegen nicht gegen den Gesetzgeber kehrte. Das Grundgesetz hat sich jedoch von diesem Verständnis abgewandt. Die Bindung auch des Gesetzgebers an die Freiheits- und Gleichheitsrechte ist in Art. 1 III GG ausgedrückt. Der Wortlaut des Art. 3 I GG kann nicht als Ausnahme von jenem Grundsatz herangezogen werden, da er nur aus historischen, nicht aus Sachgründen gewählt wurde. Dementsprechend bestand im Parlamentarischen Rat Einigkeit, daß *Art. 1 III GG auch die Gesetzgebung an den allgemeinen Gleichheitssatz binden sollte*³⁰.

b) Die Gesetzgebung muß dementsprechend den Anforderungen des Gleichheitssatzes genügen. Die inhaltliche Konkretisierung des Art. 3 I GG ist wesentlich durch das Gleichheitskonzept aus der Weimarer Zeit geprägt. Grundsätzlich ist der Staat durch Art. 3 I GG verpflichtet, bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken *Gleiches gleich und Ungleiches seiner jeweiligen Eigenart entsprechend ungleich* zu behandeln³¹.

Die Problematik dieser Formel liegt darin, daß die Realität keine absolute Gleichheit (= Identität) kennt³², sondern mehrere Phänomene trotz aller übereinstimmenden Merkmale stets auch Unterschiede aufweisen. Demnach könnte das Gleichheitspostulat gegenstandslos werden: Wo alles verschieden ist, könnte nichts „gleich“ behandelt werden. Andererseits kann Gleichheit durchaus bestehen, wenn ein oder mehrere Kriterien als Vergleichsmaßstab gewählt werden: Unter einzelnen Aspekten können eigentlich verschiedene Phänomene durchaus als „gleich“ erscheinen. So lassen sich etwa unter den Menschen „gleiche“ Eigenschaften oder Rollen als Familienvater, Konfessionsangehöriger, Arbeitnehmer oder Grundstückseigentümer feststellen. Tatsächlich erfaßt die staatliche Normsetzung und -anwendung den einzelnen jeweils nicht in seiner Gesamtheit, son-

22) Art. 3 II GG dient dem Schutz von Männern und Frauen, s. die Nachweise bei *Gubelt*, in: *v. Münch*, GG I, 1975, Art. 3 Rdnr. 69.

23) *Podlech* (o. Fußn. 12), S. 94 m. Nachw. u. Beispielen; *Schlink*, Der Staat 1976, 349f.

24) *BVerwGE* 40, 17 (24) = JuS, aaO (o. Fußn. 21).

25) *BVerwGE* 40, 17 (21 f.) = JuS, aaO (o. Fußn. 21).

26) *Abl. Limbach*, JZ 1972, 564f.

27) Vgl. dazu *BVerwGE* 22, 66.

28) Art. 3 III GG verbietet die Differenzierung nach „Heimat und Herkunft“. „Heimat“ bezeichnet den örtlichen Bereich, in dem man geboren oder ansässig ist; „Herkunft“ ist die von den Vorfahren hergeleitete, sozial-standesmäßige Verwurzelung. Unter diese Kriterien fällt das Merkmal der Staatsangehörigkeit nicht: Stellt das Völkerrecht Ausländer grundsätzlich nicht Inländern gleich, so wollte der Verfassungsgeber des Grundgesetzes die Möglichkeit einer solchen Differenzierung durch Art. 3 II GG nicht völlig unmöglich machen. Dementsprechend wird die Einbeziehung der Staatsangehörigkeit in die genannten Kriterien zu Recht abgelehnt; vgl. dazu *BVerfGE* 9, 124 (128); krit. gegen die Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit *Zuleeg*, DVBl 1974, 345f. m. Nachw.

29) S. o. I 2 a.

30) Dazu *Leibholz*, DVBl 1951, 194 m. Nachw.; vgl. die Darstellung in *Jör 1*, 66ff.

31) Seit *BVerfGE* 1, 14 (52) = *H. Weber* I (o. Fußn. 21), Art. 3 I Nr. 1; Nachw. bei *Leibholz-Rink*, GG, 6. Aufl. (1980), Art. 3 Rdnr. 2. Übereinstimmend die Stellungnahmen der Literatur; s. jüngst *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980.

32) Zum folgenden *Hesse*, AöR 77 (1951/52), 172ff.; *Podlech* (o. Fußn. 12), S. 33f.

dem knüpft in ihrem Tatbestand an bestimmte persönliche Merkmale an. Werden diese Tatbestandsmerkmale von mehreren Personen erfüllt, so sind sie insoweit gleich.

Demgegenüber ist die Gleichheitsbindung von Exekutive und Justiz zumeist vergleichsweise einfach zu konkretisieren. Ihnen sind die Gesetze als Maßstab von „gleich“ und „ungleich“ vorgegeben; für sie stehen daher die Kriterien von gleich und ungleich weitgehend fest. Gleichheit ist für sie insoweit Rechtsanwendungsgleichheit³³.

2. Die Bedeutung des Art. 3 I GG für den Gesetzgeber

Größere Schwierigkeiten bereitet die Gleichheitsbindung der Gesetzgebung. Sie ist im Rahmen ihrer politischen Gestaltungsfreiheit³⁴ an inhaltliche Vorgabe nicht gebunden und kann insoweit über ihre Maßstäbe selbst entscheiden. Daher entfaltet der allgemeine Gleichheitssatz gegenüber der Legislative wesentlich weitmaschigere Bindungen als gegenüber den anderen Zweigen der Staatsgewalt.

a) Ausgangspunkt jeder Beurteilung der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem allgemeinen Gleichheitssatz muß dessen Tatbestand sein. Dieser regelt, auf welche Fälle die angeordneten Rechtsfolgen anzuwenden bzw. nicht anzuwenden sind. Es ist der Gesetzestatbestand, der Maßstab für die Gleich- oder Ungleichbehandlung; er stellt das Differenzierungskriterium dar.

Stellt im Beispiel 4 der Gesetzgeber auf die Eigenschaft als Deutscher oder Ausländer ab, so ist die Staatsangehörigkeit des Betroffenen das maßgebliche Differenzierungskriterium. Dieses ergibt sich stets aus dem jeweiligen Gesetzestatbestand.

b) Wäre der Gesetzgeber befugt, in jeder Norm jedes beliebige Differenzierungskriterium heranzuziehen, so ergäbe sich folgendes Problem: Die Normtatbestände knüpfen an Fakten und Phänomene aus der Realität an. Da dort jedoch keine absolute Gleichheit existiert, sondern alles verschieden ist, ließe sich für jede Ungleichbehandlung ein Differenzierungskriterium finden. Da prinzipiell alle Unterscheidungskriterien gleichwertig wären, würde sich die Frage nach einer Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber nicht mehr stellen.

Kann demnach von der Legislative nicht jedes beliebige Differenzierungskriterium herangezogen werden, so erlangt die Fragestellung, welche Maßstäbe zugrunde gelegt werden dürfen, ausschlaggebende Bedeutung. Dazu ist auf den Zweck der Gleich- oder Ungleichbehandlung abzustellen. Gesetze differenzieren nicht um der bloßen Unterscheidung willen, vielmehr verfolgen sie damit jeweils ein bestimmtes Ziel. Dieses Differenzierungsziel³⁵ ist regelmäßig aus dem Regelungszweck des Gesetzes herzuleiten, Gesetze ergehen als politische Reaktion auf soziale Gestaltungsdefizite, verfolgen also stets einen Zweck, der über den bloßen Gesetzeserlaß hinausgeht. Dieses Regelungsziel des Gesetzes bestimmt auch das Differenzierungsziel. Über diese Ziele entscheidet im Rahmen der Festlegung des gesetzlichen Regelungszwecks der Gesetzgeber selbst.

Das Differenzierungsziel muß seinerseits verfassungsgemäß sein. Der allgemeine Gleichheitssatz als solcher gebietet oder untersagt selbst kein Ziel. Daher kann sich die Verfassungswidrigkeit des Regelungszwecks nur aus anderen Bestimmungen des Grundgesetzes ergeben, insbesondere den besonderen Gleichheitssätzen, den Staatszielbestimmungen und den Freiheitsrechten.

c) Hat der Gesetzgeber eine solche Bestimmung getroffen, so stellt der allgemeine Gleichheitssatz eine Relation zwischen Differenzierungsziel und Differenzierungskriterium her: Nur solche Kriterien darf ein Gesetz der Gleich- oder Ungleichbehandlung zugrunde legen, die durch das Differenzierungsziel begründet werden können³⁶. Alle Kriterien, die nicht auf diese Weise zu legitimieren sind, sind verfassungswidrig. Der

allgemeine Gleichheitssatz verbietet somit Ungleichbehandlungen, die mit einem unzulässigen Differenzierungszweck begründet sind oder einem zulässigen Zweck nicht begründet werden können.

Dementsprechend fordert die Rechtsprechung für jede Ungleichbehandlung einen „sachlich einleuchtenden Grund“³⁷. Insoweit stellt Art. 3 I GG ein „Willkürverbot“ dar. Danach darf weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt werden³⁸. Gleichheit als Ausprägung formaler Gerechtigkeit soll durch die Vermeidung von Willkür angestrebt werden. Was nach der gesetzgeberischen Zielsetzung als gleich erscheint, muß auch in der Durchführung gleich behandelt werden. „Willkür“ liegt demnach stets dann vor, wenn sich für die Gleich- oder Ungleichbehandlung aus dem Differenzierungsziel kein sachlich einleuchtender Grund herleiten läßt.

Die Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 3 I GG verläuft demnach in drei Stufen:

- (1) Feststellung einer Ungleichbehandlung und des dafür maßgeblichen Kriteriums;
- (2) Ermittlung des Ziels der Ungleichbehandlung aus dem Gesetzeszweck;
- (3) Prüfung, ob dieses Ziel das Kriterium zu begründen vermag.

d) Für die Entscheidung des Beispiels 4 muß somit der Regelungszweck des Gesetzes ermittelt werden, um festzustellen, ob dieser einen „sachlich einleuchtenden Grund“ für die Differenzierung zwischen Deutschen und Ausländern darstellt

Das BVerwG hat in einem ähnlichen Fall (höhere Schankerlaubnissteuer für Ausländer)³⁹ hierzu auf das öffentliche Interesse abgestellt, welches bei Gastwirten eine besondere Überwachung notwendig mache. Diese Überwachung lasse sich bei Inländern mit Wohnsitz im Inland, die der Rechts- und Lebensordnung im Bundesgebiet stärker verbunden sind als Ausländer, sachgerechter und einfacher durchführen als bei Personen, denen diese Verbundenheit mit der inländischen Rechts- und Lebensordnung fehlt. Dadurch sei zumindest für die Ausübung des Gastwirtsgewerbes eine Unterscheidung von Inländern und Ausländern sachlich gerechtfertigt und halte sich im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens. Indem der Senat jedoch zugleich auf die Unterschiede des Gaststättengewerbes gegenüber anderen Gewerben hinwies, wird das Erfordernis deutlich, daß in anderen Bereichen die Anforderungen an „sachlich einleuchtende Gründe“ höher sein werden⁴⁰. Auch die jüngere Rechtsprechung des BVerfG⁴¹ hält den Unterschied zwischen Deutschen und Ausländern nicht ohne weiteres für einen zureichenden Grund für weitreichende Ungleichbehandlung.

3. Gefahren des Willkürverbots

Beispiel 5: Die Ehe zwischen F und M ist geschieden. Da sie sich über ihr Einfamilienhaus im Werte von ca. 150000 DM nicht einvernehmlich auseinandersetzen konnten, wird auf Betreiben der F die Zwangsversteigerung durchgeführt. Da zum Termin nur die sonst vermögenslose F und der M erschienen sind, wird das Haus entsprechend dem Gebot des M für 2000 DM sofort zugeschlagen. F, die dadurch praktisch ihre gesamte Habe verloren hat, fühlt sich dadurch in ihren Rechten verletzt. Das BVerfG hat einen Verstoß gegen das Willkürverbot bejaht⁴².

Setzt der allgemeine Gleichheitssatz nach der dargestellten Auslegung aufgrund der Notwendigkeit eines Vergleichs

33) Eingehend dazu Stein, StaatsR, 7. Aufl. (1980), S. 241 f.; weiterführend Erichsen, VerwArch 1980, 289 ff.

34) Zu deren Bedeutung bei der Gleichheitsprüfung Rupp, in: BVerfG und GG II, 1976, S. 371 ff.

35) Podlech (o. Fußn. 12), S. 113-117.

36) Dazu Stein (o. Fußn. 33), S. 240 f.

37) Seit BVerfGE 1, 117 (140 f.); Nachw. bei Leibholz-Rink, aaO (o. Fußn. 31).

38) Diese Deutung geht zurück auf Leibholz (o. Fußn. 15), S. 88 ff.

39) BVerwGE 22, 66 (71).

40) Abl. zu Recht Podlech, DÖV 1966, 205 f.

41) BVerfGE 51, 1 = JuS 1979, 912 Nr. 12.

42) Nach: BVerfGE 42, 64 = JuS 1976, 744 Nr. 2.

„gleicher“ oder „ungleicher“ Behandlung stets das Vorhandensein mehrerer Phänomene als tatsächliche Grundlage des Vergleichs voraus, so wird dieses Kriterium hier aufgegeben. Das *BVerfG* stellt vielmehr auf die Deutung des allgemeinen Gleichheitssatzes als Willkürverbot ab:

Welche materiellen Schranken das im allgemeinen Gleichheitssatz enthaltene Willkürverbot allem staatlichen Handeln ziehe, lasse sich angesichts der Vielfalt möglicher Lebenssachverhalte abstrakt nicht erschöpfend umreißen. Vielmehr sei allen Staatsorganen ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt, dem Art. 3 I GG nur gewisse, äußerste Grenzen ziehe. Diese seien dann überschritten, wenn sich für eine bei der Auslegung und Anwendung einer einfach rechtlichen Norm getroffene Abwägung sachlich zureichende, plausible Gründe nicht mehr finden lassen. Nicht subjektive Willkür führe zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit, sondern objektive, d. h. die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit einer Maßnahme im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, deren sie Herr werden soll. Ein solcher Fall liege hier vor, da wegen des Unterbleibens der Aufklärung der *F* über die Tragweite des sofortigen Zuschlags die Versteigerung an einem erheblichen Verfahrensmangel gelitten habe, welcher dem Zuschlag entgegengestanden habe. Dafür ließen sich keine Gründe finden, die vor den das Grundgesetz beherrschenden Gedanken bestehen könnten. Der Zuschlag sei daher willkürlich und verstoße gegen Art. 3 I GG⁴³.

Statt der Willkür als ungerechtfertigter Gleich- oder Ungleichbehandlung wird hier Willkür als „objektive, d. h. tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit einer Maßnahme im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, deren sie Herr werden soll“, qualifiziert. Das Verbot willkürlicher Differenzierung wird hier zum allgemeinen Willkürverbot mit dem Ziel der Herstellung allgemeiner Gerechtigkeit durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung⁴⁴. Zu Recht ist diese Entscheidung im abweichenden Votum heftig kritisiert worden⁴⁵. Sie ist isoliert geblieben, das Gericht ist später von ihr abgewichen⁴⁶.

Maßgeblich sind in solchen Fällen vielmehr die jeweils einschlägigen materiellen Grundrechtsgarantien, insbesondere auch Art. 104 II, 19 IV, 103 I, 101 GG. An ihnen ist eine Verletzung verfahrensmäßiger Mindeststandards zu messen.

IV. Der aktuelle Problemstand

1. Gleichheit als Systemgerechtigkeit?

Die Herstellung eines allgemeinen Gerechtigkeitsgebots aus Art. 3 I GG stimmt zwar mit den historischen Interpretationsansätzen überein, die das Willkürverbot begründet haben, dennoch ist diese Auslegung bislang vereinzelt geblieben. Nichtsdestoweniger zeigt die dargestellte Entscheidung eine charakteristische Tendenz: Art. 3 I GG wird in Rechtsprechung und Literatur in vielen Bereichen konkretisiert, etwa als „Grundsatz der Steuergerechtigkeit“⁴⁷, „Grundsatz der Gebührengerechtigkeit“⁴⁸ oder der „Wehrgerechtigkeit“⁴⁹. Solche Ausdifferenzierungen weisen die Tendenz auf, vorhandene Normkomplexe, soweit sie als „gerecht“ empfunden werden, zu perpetuieren. Sie erhalten so als Ausdruck der jeweiligen *Sachgerechtigkeit* eine erhöhte Geltungswirkung. Der Gesetzgeber kann dann vorhandene Vorschriften kaum noch wieder aufheben; seine Gesetze verfestigen sich so konstitutionell⁵⁰. Neue Gesetze müssen dann nicht mehr nur mit dem geltenden Verfassungsrecht, sondern zugleich mit einem Bestand an einfachgesetzlichen Normen übereinstimmen. Besonders deutlich wird dieses Phänomen in den Bemühungen, die „Systemgerechtigkeit“⁵¹ als Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes zu postulieren. Entsprechend dieser Form der „Folgerichtigkeit, der inneren Konsequenz einer gesetzlichen Regelung“, soll der Gesetzgeber an selbst

gesetzte Vorgaben in der Weise gebunden sein, daß: „Wer A sagt, ... auch A¹ sagen“ muß⁵².

Hier verfestigen sich einfach-gesetzliche Normbestände, Vergünstigungen werden unaufhebbar, rechtspolitisch Erwünschtes wird leicht als verfassungsrechtlich geboten dargestellt. Solche Ausweitungen des Gleichheitssatzes beziehen aus Art. 3 I GG jedoch keine rationalen Kriterien: Die in diesem Zusammenhang zitierte „Einheit der Rechtsordnung“ enthält solche Maßstäbe ebensowenig wie „Folgerichtigkeit und Einheit als Emanationen und Postulate der Rechtsidee“⁵³.

2. Gleichheit als Begründungsgebot?

Ist eine derartige Ausweitung des Gleichheitssatzes daher abzulehnen, so stellt sich sein Inhalt als Verbot dar, ohne sachlich einleuchtenden Grund Gleich- oder Ungleichbehandlungen vorzunehmen. Der positive Gehalt dieser Vorschrift gebietet somit die Begründung des Staatshandelns⁵⁴. Mit der Anführung sachlicher Gründe für einzelne Maßnahmen ist den Anforderungen des Art. 3 I GG Genüge getan. Das *Willkürverbot* wird so zum *Begründungsgebot*. Die jeweils angeführten Gründe müssen „sachlich einleuchtend“ bzw. „vernünftig“ sein. Nur solche Begründungen genügen den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes. Für das Ausreichen solcher Gründe sind jedoch rationale Kriterien nicht zu ermitteln; ist der Grund nur unzutreffend, indem er etwa auf Tatsachen beruht, die sich nachträglich als falsch herausstellen, so verstößt die Maßnahme nicht gegen Art. 3 I GG; erst wenn „bei einer Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken“ „sich keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonst wie einleuchtend sind“, ist die Verfassungswidrigkeit festzustellen. Zwischen beiden Kategorien besteht jedoch kein rational herleitender Unterschied, vielmehr ist dieser nur mit den subjektiven Wertungen des jeweils Entscheidenden zu begründen.

Die verbindliche Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes unterfällt der Kompetenz des *BVerfG*, das somit letztverbindlich über das Einleuchten der jeweiligen sachlichen Gründe entscheidet. Trotz vielfacher Betonung des politischen Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers hängen so die Grenzen der Entscheidungsfreiheit der Legislative von kaum vorhersehbaren Gerichtsentscheidungen ab. Dabei besteht die Gefahr, daß die entscheidenden Richter ihre eigenen subjektiven Wertungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen und so den politischen Prozeß einengen, wie schon das *RG* unter Berufung auf den allgemeinen Gleichheitssatz den wirtschaftspolitischen Freiheitsraum der Legislative in seiner Eigentumsrechtsprechung beschnitten hat.

3. Art. 3 I GG als Gebot sozialer Differenzierung?

Ein weiteres Problem der Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes zeigte sich schon im Beispiel 1. War Gleichheit ursprünglich das Fanal des Bürgertums im Kampf gegen Privilegien des Adels, so enthält der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG eine sozial affirmative Tendenz: Das *Sozialstaatspostulat* als Rechtstitel zur Herstellung eines sozialen

43) *BVerfGE* 42, 72 = JuS, aaO (o. Fußn. 42).

44) Abl. zu Recht *Weitzel*, JuS 1976, 724f. m. Nachw.

45) *Geiger*, *BVerfGE* 42, 79 ff.

46) *BVerfGE* 46, 325 = JuS 1978, 266 Nr. 4; *BVerfGE* 49, 220; 49, 252 = JuS 1979, 287 Nr. 1 (1. Ents.); *BVerfGE* 51, 150.

47) *BVerfGE* 13, 290 (295); 26, 302 (313) = JuS 1970, 46 Nr. 9.

48) *VGH Kassel*, NJW 1977, 452 (453) m. Nachw.

49) *BVerfGE* 48, 127 (163) = JuS 1979, 56 Nr. 1.

50) Charakteristisch dafür ist *BVerfGE* 48, 127 = JuS, aaO (o. Fußn.

49) – Kriegsdienstverweigerung; abl. *Gusy*, JuS 1979, 254 ff.

51) Darstellung bei *Rupp* (o. Fußn. 34), S. 380 ff.

52) *Denninger*, JZ 1966, 768.

53) Abl. *Battis*, in: *Festschr. f. H. P. Ipsen*, 1977, S. 26 ff.

54) Grdl. *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 174f., ferner *Podlech* (o. Fußn. 12), S. 191–196.

Ausgleichs kollidiert häufig mit dem Gleichheitssatz, der eine formal gleiche Behandlung aller sozialen Schichten fordert. Ein Rechtssatz, der gegen sozialgestaltende Maßnahmen, die vielfach notwendig Wohlhabende stärker treffen als ärmere Schichten, geltend gemacht werden kann, stabilisiert so wirtschaftliche Vorteile der Bessergestellten. So wird der allgemeine Gleichheitssatz zu einem Instrument sozialer Differenzierung⁵⁵. Diese Konsequenz ist eine Folge der Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz, welche die gesetzliche Sozialgestaltung erschwert⁵⁶. Solange insoweit die wechselseitige Zuordnung von Sozialstaatsprinzip und Gleichheitsgebot nicht vollständig geklärt ist, wandelt sich mithin die emanzipatorische Wirkung des Gleichheitspostulats im Ständestaat für den klassen- wie schichtendifferenzierten Staat in ihr Gegenteil. Eine zentrale Fragestellung für die Zukunft wird daher die Definition der Rolle der Gleichheit im Sozialstaat sein, den nicht Standes-, sondern Schichtenunterschiede kennzeichnen. Eine Zuordnung von Gleichheitssatz und Sozialstaatsgebot steht weiterhin aus⁵⁷.

V. Freiheit und Gleichheit

Das Verhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit wird vielfach als Gegensatz dargestellt⁵⁸. Danach soll Freiheit der Gleichheit, Gleichheit der Freiheit entgegenstehen. Ein Gegensatz wurde offenbar nicht stets empfunden. So forderte etwa das Bürgertum in der französischen Revolution „Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit“. Seine Devise war demnach „Freiheit und Gleichheit“, nicht Freiheit oder Gleichheit⁵⁹.

Das Maß an Freiheit in der Gesellschaft kann auf zweifache Weise festgestellt werden. Einerseits kann man, ausgehend vom autonomen Individuum, diejenige Gesellschaft als freieste bezeichnen, in der dieses Individuum ohne Rücksicht auf andere das größtmögliche Maß an subjektiver Beliebigkeit entfalten kann. Je größer der potentielle Freiraum für den Einzelnen, desto freier ist das Gemeinwesen⁶⁰. Nach dieser Vorstellung, die etwa den Liberalismus des frühen 19. Jahrhunderts prägte, sind Freiheit und Gleichheit tatsächlich Gegensätze. Jede Maßnahme zur Herstellung von Gleichheit gefährdet die Freiheit als potentiell schrankenlose individuelle Beliebigkeit. Dagegen kann die Freiheit in einem Gemeinwesen auch danach gemessen werden, in welchem Umfang jedermann oder zumindest der Mehrheit tatsächliche soziale Entfaltungschancen zur Verfügung stehen. Je mehr Menschen tatsächlich Freiheit genießen, desto freier ist das Gemeinwesen⁶¹.

Hier sind Freiheit und Gleichheit keine Gegensätze, sie ergänzen sich vielmehr. Je gleicher die Chancen aller sind, desto größer ist die allgemeine Freiheit. In einem so konzipierten, aber nicht existenten Gemeinwesen ist weder „völlige Freiheit“ auf Kosten der Gleichheit noch „absolute Gleichheit“ auf Kosten der Freiheit möglich oder erwünscht. Freiheit und Gleichheit sind komplementäre gesellschaftliche Gestaltungselemente. Die Anwendung dieses Modells in der Realität bringt zwar notwendig Verkürzungen der Freiheit bisher Privilegierter mit sich, stellt jedoch die Masse der Unterprivilegierten und damit die Mehrheit der Bevölkerung besser.

55) Krit. zu Recht Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969, S. 36 ff.

56) Das erkannte schon Heller, Rechtsstaat oder Diktatur, 1930, S. 9-10.

57) Dazu für das Gebührenrecht ansatzweise Gusy aaO (o. Fußn. 17).

58) Etwa von Herzog (o. Fußn. 8), S. 383.

59) Zur weiteren Entwicklung Hesse, AöR 77 (1951/52), 170 f.

60) Auf dieser Grundlage basieren weitgehend die Ausführungen von Kimminich, in: BK, 3. Bearb., Art. 14 Rdnrn. 14-17 u. passim.

61) So lautet insbesondere die Devise des „interaktionistischen“ Freiheitsverständnisses von Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 78 ff.

Professor Dr. Walter F. Lindacher, Trier

Grundfälle zur Haftung bei Personengesellschaften*

2. Teil. Zur Haftung bei Personengesellschaften: Anspruchsgrundlagen

II. Gesellschaften bürgerlichen Rechts

2. Deliktshaftung

Fall 13: K kaufte in der Werkstatt „Rasch & Gründlich, Kraftfahrzeugwartung und -reparaturen“, in der anfallende Aufträge je nach Auftragslage arbeitsteilig durchgeführt werden, bei R einen Satz Allwetterreifen und erteilte den einschlägigen Montageauftrag. Beim Montieren wurden von R bei einem Rad die Schraubmutter nicht richtig angezogen, so daß sich bei der Nachhausefahrt des K das betreffende Rad löste. Bei dem hierdurch verursachten Unfall erlitt K eine Platzwunde am Kopf. Da sich die Beteiligten über die Verschuldensfrage einig sind, haben R und G den Wagen kostenlos wieder instand gesetzt, einen Betrag zum Ausgleich des geschätzten merkantilen Minderwertes gezahlt und dem K auch seine sonstigen materiellen Schäden (insbesondere Arztkosten) in Geld erstattet. Als nun K auch ein Schmerzensgeld verlangt, verweigert G die Zahlung. Er ist der Auffassung, daß ein allfälliges Schmerzensgeld nur von R persönlich geschuldet werde, mithin weder von ihm, G, noch aus der Unternehmenskasse zu zahlen sei. Mit Recht?

Fall 14: Ahles (A) betreibt zusammen mit dem lediglich kapitalmäßig beteiligten Bales (B) einen kleineren Getränkehandel. Zum Geschäftsvermögen gehört insbesondere ein VW-Transporter. Bei einer Fahrt zum Zwecke der Auslieferung von Getränken verursachte der im Unternehmen angestellte F unter Mißachtung der Vorfahrtsregelung einen Verkehrsunfall, bei dem der Wagen des D beschädigt wurde. An wen kann sich D halten?

a) Die Haftungslage nach traditioneller, strikt individualistischer Theorie. Anerkennt man bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur Gesellschafter- und keine Gesellschaftsschulden, stellt sich auch im Bereich der Deliktshaftung die Frage, inwieweit jeder einzelne Gesellschafter für sich den die Haftung seines Eigenvermögens auslösenden Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt. Nur wenn sämtliche Gesellschafter Schadensersatz schulden, haftet für die gemeinsame Schadensersatzschuld auch das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen. Das bedeutet im einzelnen:

Fügen sämtliche (einzeln oder zusammen geschäftsführungsbefugten) Gesellschafter im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft einem Dritten einen Schaden zu, schulden sie diesem nach §§ 823 ff., 830, 840 I BGB als Gesamtschuldner Schadensersatz und haften für die gemeinsame Schuld mit ihrem Privat- und dem Gesellschaftsvermögen.

Schädigen einzelne Gesellschafter bei ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft mit Bezug auf eine Gesellschaftsangelegenheit einen Dritten, schulden sie selbst Schadensersatz nach §§ 823 ff. BGB. Als Anspruchsgrundlage gegen die Mitgesellschafter kommt bei strikt individualistischer Sichtweise lediglich § 831 BGB in Betracht¹, der jedoch dort, wo der Schädiger-Gesellschafter im Rahmen gesellschaftsvertraglich eingeräumter Geschäftsführungsbefugnis tätig geworden ist, mangels Vorliegens eines einschlägigen Weisungsrechts der anderen Gesellschafter gerade nicht „paßt“². Lediglich in der - aty-

* Fortsetzung aus JuS 1981, 818.

1) Statt vieler: v. Gamm, in: RGRK, 12. Aufl. (1978), § 714 Rdnr. 9; Jauernig-Stürmer, BGB, 1979, §§ 714-715 Anm. 3b.

2) So zu Recht BGHZ 45, 311 ff., aus dem Schrifttum vor allem Fabricius, in: Gedächtnisschr. f. R. Schmidt, 1966, S. 173 ff. sowie Sellert, AcP 175, 77 (90 ff.).