

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von *Dr. Alfred Flemming*, Rechtsanwalt in Frankfurt – *Dr. Rainer Hamm*, Rechtsanwalt in Frankfurt – *Prof. Dr. Rudolf Nirk*, Rechtsanwalt beim BGH – *Dr. Fritz Ostler*, Rechtsanwalt in München – *Dr. Hans-Jürgen Rabe*, Rechtsanwalt in Hamburg – *Prof. Dr. Konrad Redeker*, Rechtsanwalt in Bonn.

Heft **40**
Seite 2505–2560
41. Jahrgang
5. Oktober 1988

Schriftleitung: *Prof. Dr. Hermann Weber*, Rechtsanwalt, Palmengartenstraße 14, 6000 Frankfurt 1

Staatsrechtslehrertagung 1988 in Tübingen

Vom 5. bis 8. 10. 1988 findet in Tübingen die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer statt. Erster Beratungsgegenstand dieser Tagung ist „Der Gleichheitssatz“. Die Berichterstatter sind Professor *Dr. Reinhold Zippelius* (Erlangen) und Professor *Dr. Georg Müller* (Zürich). Zweiter Beratungsgegenstand ist das Thema „Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht“. Die Berichterstatter sind hier Professor *Dr. Reinhard Mußnug* (Heidelberg), Professor *Dr. Wilhelm Hufen* (Regensburg) und Professor *Dr. Hermann Hill* (Speyer). Die Aufsätze der vorliegenden NJW-Ausgabe erörtern die Themen der beiden Beratungsgegenstände: *Gusy* und *Birk* befassen sich mit dem Gleichheitssatz, *Karpen* untersucht die Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht.

Aufsätze

Privatdozent *Dr. Christoph Gusy*, Mainz

Der Gleichheitssatz

Der Grundrechtsschutz der Gleichheit erhält seine besondere Schubkraft aus zwei Umständen. In tatsächlicher Hinsicht ist die Forderung nach Gleichheit stets ein Anliegen der Aufstrebenden. Je dynamischer ein Gemeinwesen ist, desto weniger finden traditionale Vorrechte ihre Rechtfertigung in sich selbst; und um so größere Wirksamkeit erzielen Gleichheitsforderungen. In rechtlicher Hinsicht erschließen Gleichheitsrechte den gesamten Bereich des Staatshandelns, also auch den Leistungsbereich, wo die Freiheitsrechte kaum Wirkungen zeigen.

I. Gleichheit im Verfassungsrecht

1. Gleichheit und Gleichberechtigung

„Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“ Deutlicher noch als Art. 3 I GG sagt dessen Abs. 2 aus, was das Grundanliegen der Bestimmung ist. Es geht um *Gleichberechtigung*, also um *rechtliche Gleichheit*; ein Gedanke, der in Abs. 1 mit der Formulierung von der Gleichheit „vor dem Gesetz“ jedenfalls anklingt. „Gleichheit“ besteht, wenn mindestens zwei Phänomene gemeinsame *Eigenschaften* aufweisen¹. Stimmen sie hinsichtlich ihrer sämtlichen Eigenschaften überein, so sind sie vollständig gleich (= Identität). Stimmen sie

hinsichtlich einzelner Eigenschaften überein, so sind sie unvollständig gleich (= relative Gleichheit). Rechtliche Gleichheit ist in diesem Sinne lediglich die Übereinstimmung hinsichtlich einer einzigen Eigenschaft, also eine überaus relative. Daneben gibt es eine unübersehbare Vielzahl möglicher Gleich- oder Ungleichheiten, die rechtlich neutral sind, die also völlig unabhängig von der rechtlichen Gleich- oder Ungleichheit bestehen.

Dem Grundgesetz ist die daraus resultierende Differenz zwischen realer Gleichheit und Gleichberechtigung durchaus geläufig. Wo Gleichberechtigung angeordnet wird, ist es self-executing². Wo hingegen Gleichheit in einem umfassenderen Sinne angestrebt wird, zeigt es lediglich Ziele auf und überantwortet deren Verwirklichung durch Verfassungsaufträge den zuständigen Staatsorganen³. Daß zwischen beiden Anliegen keine spannungsfreie Harmonie besteht, zeigt die Diskussion um das Projekt eines Gleichstellungsgesetzes: Darf der Gesetzgeber, um Gleichheit herzustellen, die Gleichberechtigung einschränken? Dies hängt letztlich davon ab, ob Art. 3 GG die Gleichheit auch um den Preis einer partiellen Selbstaufgabe der in ihm angeord-

1) Ausf. *Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 29 ff., 230 ff., 235 ff.

neten Gleichberechtigung „intendiert“. Bis zur bejahenden Antwort auf diese Frage ist es jedenfalls tendenziell unzutreffend, Art. 3 I GG als „allgemeinen Gleichheitssatz“ zu bezeichnen. „Gleichheit“ – und erst recht „allgemeine Gleichheit“ – ist bis dahin kein Anliegen dieser und verwandter² Verfassungsnormen, sondern lediglich ein höchst besonderes Ziel weniger Einzelbestimmungen³. Solange jene bejahende Antwort offen ist, ist eben nicht *allgemeine Gleichheit*, sondern *allgemeine Gleichberechtigung* der Inhalt des Art. 3 I GG.

2. Vom Sinn der Gleichberechtigung

Die Menschen sind nach Art. 3 GG nicht gleichberechtigt, weil sie gleich sind; sondern vielmehr, obwohl sie verschieden sind. Dabei war die Idee rechtlicher Gleichheit in den meisten Epochen nicht verwirklicht und schon gar nicht unbestritten. Im Gegenteil: Zahlreiche Denker, und erst recht eine hohe Zahl der „Großen“, argumentierten entgegengesetzt: Dem Besseren gehört das bessere Recht. Freiheit oder Zugang zur Herrschaft sollten gerade nicht gleich, sondern nach Abstammung, Leistung oder Verdiensten ungleich zugeteilt werden⁴. Dagegen setzt sich die Idee der Gleichberechtigung als Folge der Emanzipation der jeweils Benachteiligten nur sehr schrittweise durch: Zunächst die *rechtliche Gleichheit* gegen den Ständestaat; sodann die *politische Gleichheit* gegen die Zuteilung politischer Rechte nach Einkommen und Vermögen, also den Zensus; schließlich die *allgemeine Gleichberechtigung* vor dem Gesetzgeber und dem Gesetz, die nicht mehr nur als Gleichheit der Staatsbürger gegenüber den „besonderen Organen“ der Staatsgewalt gelten, sondern als gesamtgesellschaftliches Konstitutionsprinzip sozialer Machtverteilung zugleich den Zugang zur Herrschaft im Verbändestaat regulieren soll⁵. Jede Stufe der Verwirklichung von Gleichberechtigung ist so Ausdruck und Ergebnis spezifischer politischer Auseinandersetzungen. Eben daraus resultieren die überaus heterogenen Formulierungen früherer und heutiger Gleichheitssätze wie auch das aktuelle Nebeneinander von allgemeinen und besonderen Gleichheitsanordnungen⁶, welche weder zufällig noch rein sprachlicher Natur sind, sondern ihre Entstehungsbedingungen mehr oder weniger exakt widerspiegeln. Historisch ist es gerade nicht „der“ Gleichheitssatz; es sind vielmehr die Gleichheitsnormen, welche Rechtfertigungsbedürfnisse begründeten.

a) Der nach wie vor einflussreichste Begründungsansatz dürfte die von Leibholz aus vereinzelt früheren Ansätzen vorgenommene *Zuordnung von Gleichheit und Gerechtigkeit* sein⁷. Ausgehend von dem Befund, daß jede Rechtsordnung notwendig Differenzierung und damit Ungleichheit bedeutet, verliert danach ein Gleichheitssatz, welcher anordnet, alles gleich zu behandeln, in der differenzierten Rechtsordnung seinen Sinn. Sinnvoll sei demgegenüber, wenn er die Bedingungen der Ungleichheit festlegt. Zu diesem Zweck könne er zwar möglicherweise Gerechtigkeit nicht selbst herstellen, wohl aber deren Gegenteil, die Willkür, verhindern. Deshalb ist der *Gleichheitssatz als Willkürverbot* zu deuten⁸. Seine besondere Aktualität erhält dieser Ansatz dadurch, daß die vorausgesetzte Gerechtigkeit nicht absolut gesetzt, sondern als offen qualifiziert und damit den jeweiligen, zeitbedingten und – geprägten Anschauungen angepaßt gesehen wird⁹. Das Gleichheitsgebot läßt so Raum für die positive Idee jeder Epoche, steht jedenfalls deren Verwirklichung tendenziell nie auf Dauer entgegen. So gerät es zu einem Gebot gerechter und eben nicht mehr gleicher Behandlung. Ganz auf dieser Linie liegt dann auch der unmittelbare Zugriff mancher Gerichtsentscheidungen auf die Gerechtigkeit ohne Rücksicht auf Vergleichbarkeiten bzw. deren Gleichheit oder Ungleichheit¹⁰. Damit wird der Gleichheitssatz *statt* zum *Gleichheits-* zum *Differenzierungsgebot*. Dieser Umstand und eine aus den Schwierigkeiten der Bestimmung von „Willkür“ als Abwesenheit von Gerechtigkeit resultierende Inhaltsarmut begrün-

den auch die Kritik an jenem Ansatz¹¹ und damit auch der ihr zugrundeliegenden Rechtfertigung der Gleichheit als Annäherung an die Gerechtigkeit.

b) *Gleichberechtigung* läßt sich *aus dem Demokratiedanken* begründen. Dabei kann hier offen bleiben, ob jede Demokratie notwendig auf der Gleichheit basieren muß oder nicht. Jedenfalls basiert die spezifische Form demokratischer Herrschaft, welche etwa auch das Grundgesetz anordnet, auf der Ablehnung des Gedankens eines rechtlich privilegierten Zugangs einzelner Personen zur Herrschaft. Diese Ablehnung resultiert aus der Inhaltsleere der dafür gegebenen Begründungen. Wenn dem Besten das bessere Recht zustehen soll, so wird dieser Satz gegenstandslos, wenn die Kriterien für die Ermittlung des „Besten“ für begründungsbedürftig gehalten werden. Hier stellt sich alsbald das Problem mangelnder Beweisbarkeit derartiger Vorzugsregeln¹². Sind sie nicht beweisbar, so können sie nur durch autoritäre Setzung seitens der tatsächlichen Machthaber ersetzt werden. Damit legitimieren diese Machthaber sich durch praktische Aufhebung der Begründungspflicht letztlich selbst, was das Ende der Demokratie bedeuten würde. Oder aber die nicht begründbaren Privilegien werden abgeschafft, so daß mangels beweisbarer Vorzugswürdigkeit des einen oder anderen nur die gleiche Teilhabe aller an der Herrschaftsausübung übrig bleibt. Eben dies ist der Grundgedanke der pluralistischen Demokratie¹³, die so gleichberechtigte Teilhabe an der Staatsgewalt voraussetzt. Basiert jedenfalls die spezifische Erscheinungsform der grundgesetzlich vorgesehenen Demokratie auf dem Gedanken der Gleichberechtigung, so kann letzterer mit ersterer begründet werden.

c) *Gleichberechtigung* läßt sich aber auch *aus dem Gedanken der Freiheit* begründen¹⁴. Deren Sinn besteht gerade darin, die Konkurrenz von Anschauungen und Ideen zu ermöglichen und deren Über- bzw. Unterlegenheit zu erproben. Die Leistungsfähigkeit des Wettbewerbs ist um so größer, je unverzerrter die Wettbewerbsbedingungen sind. Verzerrungen treten ein durch rechtliche Benachteiligungen, aber auch Bevor-

2) Etwa: Art. 3 I–III GG mit Art. 117 GG; 12a II 2, 3 GG, 33 I–III GG; 38 I 1 GG.

3) Etwa: Art. 6 V; 106 III 3 Nr. 3; 107 II GG.

4) Zur Geschichte *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, S. 31 ff.; *Hill*, Gleichheit und Artgleichheit, 1966; *Ebel*, Jura 1986, 561; 1987, 302; *Gerlach*, Jura 1988, 237.

5) Dazu eingehend *Becker*, Gewaltenteilung im Gruppenstaat, 1986, S. 240 ff.

6) S. etwa neben den genannten Bestimmungen des GG (Fußn. 2, 3) Art. 103 WRV; ferner Art. 118 BayVerf.; 6 BerlVerf.; 2, 46 BremVerf.; Präambel S. 8 HbgVerf.; Art. 1, 33 S. 2 HessVerf.; Art. 4 I NdsVerf.; Art. 24 II 2 NRWVerf.; Art. 17–19 RhPfVerf.; Art. 12 SaarVerf.; Art. 3 I SchlHVerf.; zur Gleichheit im europäischen Gemeinschaftsrecht *Feige*, Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, 1973.

7) *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925 (zit. nach 2. Aufl. [1959]), S. 53 ff., 72 ff., insb. S. 57 f., 219, 232, 249; die beiden letzten Zitate betreffen das Grundgesetz; ebenso etwa *Kaufmann*, VVDStRL 3 (1927), 10 ff.; zur Verfassungsrechtsprechung anhand dieses Kriteriums *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 29 ff.

8) *Leibholz*, ebda., S. 88 ff.

9) Insb. ebda., S. 57 f.

10) *BVerfGE* 42, 64 (72 ff.) = NJW 1976, 1391; *BVerfGE* 49, 148 (165 ff.) = NJW 1979, 151; *BVerfGE* 49, 304 (309 ff.) = NJW 1979, 305; *BVerfGE* 58, 163 (167 ff.) = NJW 1982, 983; dagegen zu Recht *Geiger* in: *BVerfGE* 42, 64 (79 ff.) = NJW 1976, 1391; richtig etwa *BVerfGE* 67, 90 (94 ff.) = NJW 1984, 2147.

11) Krit. daher aus der Sicht der Praxis *Eyermann*, in: Festschr. f. BayVerfGH, 1972, S. 45; Schweiger ebda. S. 55.

12) Dazu allg. *Podlech*, AöR 95 (1970), 185 ff.; für die Demokratiediskussion *Kelsen*, in: *Leser* (Hrsg.), Demokratie und Sozialismus, 1967, S. 60 ff.; zu Demokratie und Gleichheit auch *Herzog*, DVBl 1970, 113.

13) Dazu *Gusy*, ÖstZÖR 1986, 290 ff.

14) Dazu näher *Mayek*, Die Verfassung der Freiheit, deutsch 1971, S. 105 ff.; s. auch *Kriegl*, in: *Benda-Maihofer-Vogel*, Hdb. d. VerFR, 1983, S. 145 ff.

zugungen einzelner Konkurrenten. Freier, unverzerrter Wettbewerb impliziert so gleiche Freiheit, also Gleichheit der Wettbewerbsregeln. In diesem Sinne ist eine für alle gleiche Rechtsordnung das Medium zur optimalen Herstellung gleicher Freiheit. Wird so das Anliegen der Freiheit am besten durch gleiche Freiheit verwirklicht, so rechtfertigt die Idee der Freiheit zugleich diejenige der Gleichberechtigung.

d) Die hier aufgezeigten Rechtfertigungen der Gleichberechtigung weisen dieser nur eine instrumentelle Funktion zu. Sie trägt ihren Wert nicht in sich, sondern verwirklicht lediglich außerhalb ihrer selbst liegende Ziele. Insbesondere besteht angesichts der genannten Rechtfertigungen kein zwingender Zusammenhang zwischen Gleichberechtigung und (außerrechtlicher) Gleichheit. Aufgrund ersterer kann sich letztere einstellen; diese Folge ist allerdings keine notwendige oder gar logische Konsequenz jener Voraussetzung. Vielmehr zeigt gerade der Kontext von Gleichberechtigung und gleicher Freiheit: Basiert Freiheit auf der Verschiedenheit und bringt sie ihrerseits nahezu notwendig Verschiedenheit hervor, so ist auch der Konnex von gleicher Freiheit, Gleichberechtigung und Gleichheit ein allein zufälliger. Die Herstellung von Gleichheit schließt demnach die Gleichberechtigung nahezu notwendig aus. Dann gilt aber auch notwendig: *Herstellung von Gleichheit ist nicht das Ziel, sondern die Schranke der Gleichberechtigung.*

II. Bindungen der Legislative aus Art. 3 GG

Daß der Gesetzgeber an Art. 3 GG gebunden ist, ist heute im Unterschied zu früheren Auseinandersetzungen durch Art. 1 III GG entschieden. Umstritten und vielfach offen ist allerdings, wie die Legislative gebunden ist; *welche Rechtsfolgen sich also für sie insbesondere aus Art. 3 I GG herleiten lassen.*

1. Gleichheitsbindung als limitierte Selbstbindung

a) Wörtlich genommen würde Art. 3 I GG gegenüber der Legislative nahezu stets leerlaufen. Daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, begründet kaum konkrete Bindungen, da die Gesetze regelmäßig nicht auf das Merkmal „Mensch“ abstellen. Nur in solchen Ausnahmefällen (etwa: §§ 1 BGB, 211f. StGB) wäre das beim Wort genommene Grundrecht anwendbar. *Die Entscheidung für die Bindung des Gesetzgebers ist so notwendig die Entscheidung gegen die wörtliche Auslegung.* Gesetze knüpfen regelmäßig nicht an alle, sondern lediglich an einzelne Menschen an. Nur so ist es der Rechtsordnung möglich, Diebe anders zu behandeln als Bestohlene, Verkäufer anders als Vermieter und mitbestimmungspflichtige anders als nicht-mitbestimmungspflichtige Unternehmen zu behandeln. Maßgeblicher Tatbestand solcher Gesetze ist nicht der Mensch als solcher, sondern in einer je spezifischen Eigenschaft oder Rolle. Praktisch ist eine Rechtsordnung nur auf diese Weise möglich: Wo alle und alles gleichbehandelt werden müssen, wird das Gesetz sinnlos. Die notwendige Differenzierung und damit Ungleichbehandlung nimmt jedes Gesetz schon allein dadurch vor, daß es in seinen Tatbestand nur einzelne Rollen aufnimmt und dadurch andere ausschließt. Erst auf diese Weise haben nur Verkäufer den Kaufpreisanspruch, Vermieter nicht¹⁵.

Das an den Gesetzgeber gerichtete Gleichbehandlungsgebot kann, will es nicht leerlaufen, an dieser Eigenschaft der Gesetzgebung nicht vorbeigehen. Sie ist daher weit auszulegen. So verstanden bedeutet das Gebot: *Gesetzliche Ungleichbehandlungen* der Menschen sind zulässig, wenn sie an unterschiedliche Rollen anknüpfen. Das so formulierte *Differenzierungskriterium* – eben dasjenige der unterschiedlichen Rolle – enthält kein Gebot der Ungleichbehandlung, sondern läßt

eine solche lediglich zu. Die Legislative kann Menschen in verschiedenen Rollen gleich, sie kann sie aber auch ungleich behandeln. Zugleich entsteht daraus eine spezifische Verteilung der *Begründungslast*¹⁶. Eine Ungleichbehandlung ist zulässig, wenn sie aus unterschiedlichen Rollen begründet werden kann¹⁴. Der so formulierte Grundrechtsinhalt läßt sich auch in die bekannte Terminologie umformulieren. Danach hat der Gesetzgeber Menschen in gleichen Rollen gleich zu behandeln; er kann solche in unterschiedlichen Rollen entsprechend der Eigenart der jeweiligen Rolle unterschiedlich behandeln. Noch einfacher, aber auch vereinfachender entspricht dem die Aussage, wonach vom Gesetz Gleiches gleichzubehandeln ist und Ungleiches seiner jeweiligen Eigenart entsprechend verschieden behandelt werden darf¹⁷.

b) Wann aber rechtfertigt ein Differenzierungskriterium eine Differenzierung¹⁸? Jeder Mensch befindet sich in einer potentiell unbegrenzten Vielzahl von Rollen. Vollständige Übereinstimmung aller Rollen und Eigenschaften (= Identität) gibt es in der Wirklichkeit nicht. Wäre demnach die Legislative berechtigt, Verschiedenes stets verschieden zu behandeln, so ließe das Gleichbehandlungsgebot ihr gegenüber stets leer. Maßgeblich kann demnach nicht allein sein, auf welche Unterschiede das Gesetz tatsächlich abstellt; sondern auf welche es abstellen darf. Ausschlaggebend hierfür ist der Gesetzeszweck. Dieser legt fest, was das Gesetz regeln will und welche Ungleichbehandlungen zu seiner Verwirklichung geboten sind. Damit determiniert er die Auswahl unter allen möglichen, in Betracht kommenden Differenzierungskriterien. Der *Zweck des Gesetzes ist zugleich das Differenzierungsziel*. Der Gesetzgeber darf auf ein Differenzierungskriterium abstellen, wenn es seinerseits aus dem Differenzierungsziel begründbar ist. Die einzelne Differenzierung unterliegt so einem doppelten Begründungsgebot: zunächst aus dem gesetzlichen Differenzierungskriterium und sodann aus dem Differenzierungsziel.

Differenzierungsziel und -kriterium als Begründungsmaßstäbe können sehr wohl dazu führen, daß hinsichtlich ein- und derselben tatsächlichen Ungleichheit einzelne rechtliche Differenzierungen zulässig, andere hingegen unzulässig sind. So kann es etwa zulässig sein, im Verfahren der Abgabenerhebung solche Unternehmen, die kraft Gesetzes gemeinnützig sind, und solche, die allein freiwillig gemeinnützig tätig werden, unterschiedlich zu behandeln¹⁹; nicht hingegen, sie auch hinsichtlich der endgültigen Abgabenhöhe unterschiedlich einzustufen²⁰. Schon dieses Beispiel zeigt zugleich, daß eine die Ungleichbehandlung rechtfertigende Ungleichheit nicht notwendig eine „natürliche“ sein muß, sondern auch eine rechtlich konstituierte sein kann.

Der Rückgriff auf den Gesetzeszweck begründet zugleich die *Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers* für die Auswahl des maßgeblichen Differenzierungskriteriums²¹. Die Legislative unterliegt bei der Auswahl der von ihr zu verfolgenden Ziele

15) Die Terminologie dieses Erklärungsansatzes ist insb. Stein, StaatsR, 10. Aufl. (1986), S. 242ff., verpflichtet; wohl eher der Formulierung als dem Gehalt nach anders Podlech (o. Fußn. 1), S. 90ff., 151ff.

16) Podlech, ebda., S. 85ff.

17) Ähnlich lautete ursprünglich die Arbeitsfassung des Parlamentarischen Rates für das an den Gesetzgeber gerichtete Gleichheitsgebot; s. JöR 1, 68, 71, 72; so oder ähnlich auch BVerfGE 1, 14 (52) = NJW 1951, 877; BVerfGE 2, 336 (340) = NJW 1953, 1097; BVerfGE 3, 58 (135) = NJW 1954, 58; BVerfGE 4, 144 (155) = NJW 1955, 625; BVerfGE 9, 334 (337) = NJW 1959, 1627; BVerfGE 11, 64 (71) = NJW 1960, 1125; BVerfGE 21, 6 (9) = NJW 1967, 387; BVerfGE 21, 227 (234) = NJW 1967, 1315; BVerfGE 22, 254 (263) = NJW 1967, 2151; BVerfGE 45, 376 (387) = NJW 1978, 101; Überblick über die neueste Entwicklung bei Maaß, NVwZ 1988, 14.

18) Zum folgenden eingehend Hesse, AöR 76 (1951/52), 172ff.

19) BVerfGE 23, 327 (337).

20) BVerfGE 23, 327 (343ff.).

21) Dies betonen insb. Ipsen, Grundrechte II, 1954, S. 157ff.; Rupp, in: BVerfG u. GG II, 1977, S. 371ff.; Hesse, AöR 109 (1984), 182ff.

nur sehr weitmaschigen verfassungsrechtlichen Bindungen. Insbesondere folgen solche Bindungen nicht aus Art. 3 I GG. Sie können sich lediglich aus einzelnen anderen Verfassungsnormen oder sonstigen Grundrechten ergeben. Setzt Gesetzgebung ihrerseits notwendig Wertung voraus, so ist der Satz richtig, wonach die Feststellung der im Einzelfall maßgeblichen Differenzierungsziele und -kriterien nur aufgrund von Wertungen erfolgen könne²². Ist hingegen das Gesetz erlassen, so bedarf es zur Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Ungleichbehandlungen nicht mehr der Wertung, sondern der Auslegung. Nach Art. 3 I GG ist demnach eine Ungleichbehandlung zulässig, wenn sie aus dem gesetzlich angeordneten Differenzierungskriterium und dieses aus dem Differenzierungsziel begründet werden kann. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeit rechtlicher Gleich- oder Ungleichbehandlung steht somit nicht im Grundgesetz; dieses sagt nur, daß Gleiches gleichzubehandeln ist. Was nach der jeweiligen gesetzlichen Regelung gleich ist und was ungleich, bestimmt es hingegen nicht. Diese Festlegung überläßt das Grundgesetz der Legislative. Damit ist die Gleichheitsbindung des Gesetzgebers zentral Selbstbindung. Das Gesetz ist an seinen eigenen, zulässigen Zweck und die zu dessen Verfolgung gesetzlich vorgesehenen, zulässigen Mittel gebunden. Gestaltungsfreiheit besteht bei der Zwecksetzung; geringere bei der – aus dem Zweck zu begründenden – Auswahl der Differenzierungskriterien. Nur auf dieser Grundlage dürfen dann Ungleichbehandlungen vorgenommen werden. Dieser Schritt ist durch die ersteren vollständig gebunden. Daß diese Bindung besteht, folgt aus Art. 3 I GG; worin sie besteht, aus den Gesetzen. Die Grundlage der Selbstbindung steht außerhalb, der Maßstab der Selbstbindung innerhalb des Gesetzes.

c) Die Gestaltungsfreiheit der Legislative bei der Auswahl der Differenzierungsziele wird durch Art. 3 I GG nicht begrenzt. Gleichwohl ist sie verfassungsrechtlich limitiert. Hier erlangen die besonderen Gleichheitsgrundrechte ihre eigenständige Bedeutung²³. Sie schränken die Auswahlkompetenz des Gesetzgebers ein. Ist grundsätzlich jede Rollenverschiedenheit geeignet, Ungleichbehandlungen zu begründen, so machen davon Art. 3 II, III; 12a II; 33 I–III; 38 I 1 GG Ausnahmen. Sie statuieren Ungleichheiten, mit deren Vorliegen oder Nichtvorliegen eine Ungleichbehandlung nicht begründet werden darf. Dabei wirken sie nicht als absolute Gleichbehandlungsgebote, sondern als Begründungsverbote für Ungleichbehandlungen. Deutlich zeigt dies schon der Wortlaut des Art. 3 III GG, indem „wegen“ der dort genannten Eigenschaften niemand benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Aus anderen Gründen dürfen derartige Differenzierungen vorgenommen werden; und zwar auch dann, wenn das maßgebliche Unterscheidungskriterium im Ergebnis mit demjenigen des Art. 3 III GG zusammenfällt.

So werden Heimatvertriebene und andere, ehemals rassisch Verfolgte und andere²⁴, Frauen und Männer aus jeweils hinsichtlich der genannten Merkmale neutralen Gründen unterschiedlich behandelt. Dies ist zulässig, solange die Unterscheidung nicht „wegen“ der verpönten Kriterien geschieht. Das Problem der Diskriminierungsverbote als Begründungsverbote liegt darin, daß die maßgebliche Begründung nicht bloß aus einer begrifflichen Umformulierung der unzulässigen Kriterien bestehen darf, welche mit bloß anderen Worten das Gleiche meint²⁵.

2. Gleichheit als Systemgerechtigkeit?

Die dargestellte gesetzesinterne Selbstbindung an den eigenen Zweck wird quasi externalisiert durch das Postulat der Systemgerechtigkeit. Demnach ist nicht nur das jeweilige Gesetz an seinen Zweck gebunden; vielmehr sollen auch andere, spätere Gesetze nicht nur ihrem eigenen, sondern zugleich dem Sinn der früheren Regelung verpflichtet sein²⁶. Die

Grundidee der Selbstbindung durch Systemgerechtigkeit basiert auf der relativen Inhaltsleere des Art. 3 I GG. Sagt dieser nur, daß Gleiches gleich behandelt werden muß, nicht hingegen, was gleich ist, so bietet sich für die Bestimmung des letzteren eine Anknüpfung an die jeweils aktuell vorhandene Rechtsordnung an. Diese nimmt ihrerseits eine Vielzahl von Gleich-, aber auch Ungleichbehandlungen vor, so daß das neue Recht bereits eine Vielzahl von Anhaltspunkten für die Bestimmung der Kriterien von „gleich“ und „ungleich“ vorfindet. Das daraus abgeleitete „System“ soll dann das neue Recht auf die Verwirklichung der schon vorgegebenen Systemgerechtigkeit verpflichten.

Jene Herleitung setzt allerdings voraus, daß die Legislative verpflichtet ist, ein nach einheitlichen Systemgedanken zu ordnendes Recht zu erlassen²⁷. Daß sie hierzu berechtigt ist, steht außer Frage. Eine Verpflichtung dazu kann sich aber nur ergeben, wenn die legislative Gestaltungsfreiheit, welche als Grundlage der Auswahlkompetenz hinsichtlich der Differenzierungskriterien und damit der Bestimmung von „gleich“ und „ungleich“ dient, nur bei den früheren Regelungen bestand, bei den späteren hingegen wegfällt. Ein derartiger Wegfall kann aber so lange nicht in Betracht kommen, wie der Gesetzgeber berechtigt ist, mit einem neuen Gesetz ein neues System zu beginnen. Ein solches Recht auf gesetzgeberischen Neuanfang wird durch Art. 3 I GG gerade nicht ausgeschlossen, denn dieser überantwortet dem Parlament das Recht auf Differenzierung²⁸. Aber auch die Gleichheitsrechte in Verbindung mit dem alten Gesetzesrecht schließen den Neuanfang nicht aus. Das alte Recht ist nämlich gegenüber dem neuen nicht vor-, sondern gleichrangig. Deshalb wird es auch nach den allgemeinen Regeln derogiert. Insbesondere erlangt das alte Gesetz keinen gegenüber dem neuen höheren Rang in der Normenhierarchie, der alte Zweck keinen Vorrang gegenüber dem neuen. Die Gestaltungsfreiheit der Legislative kann i. S. des Art. 3 I GG nicht „besser“ oder „schlechter“, „verfassungsnäher“ oder „verfassungsferner“ ausgeübt werden. Sie kann nur ausgeübt werden, ist dann aber auch abänderbar, weil sie eine Freiheit ist. Oder sie kann nicht ausgeübt werden, wenn etwa die Legislative freiwillige Selbstbindungen eingeht; auch dies ist zulässig, weil die Gestaltungsfreiheit eine Freiheit ist. Läßt Art. 3 I GG die Gleichrangigkeit der Gesetze untereinander unberührt, so kann es daraus auch keine Bindung eines Gesetzes an ein anderes geben. Ein Gebot der gesetzesexternen Systemgerechtigkeit läßt sich so aus den Gleichheitsrechten nicht begründen²⁹. Davon unberührt ist die Frage, ob ein Bürger im Einzelfall einen konkreten Vertrauensstatbestand auf Beibehaltung einer bestimmten Rechtslage genießen kann. Ein solcher Vertrauensstatbestand folgt aber nicht aus Art. 3 GG.

3. Zum Auftragsgehalt des Art. 3 GG

Insbesondere Art. 3 II GG wird in jüngerer Zeit vielfach als Auftrag zum Erlaß von „Anti-Diskriminierungsgesetzen“ verstanden³⁰. Ausgangspunkt hierfür ist vielfach eine teleologi-

22) Hesse, AöR 76 (1951/52), 174.

23) Zu weiteren Grenzen v. Armin, DÖV 1984, 85.

24) Zu § 11 BEG s. Gubelt, in: v. Münch, GG I, 3. Aufl. (1985), Art. 3 Rdnr. 90.

25) S. nur BVerwGE 46, 17 (21 ff., 24) = NJW 1972, 1534 einerseits, und Limbach, JZ 1972, 564 f. andererseits.

26) Überblick bei Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, S. 49 ff.

27) Zur Problematik der Rechtsordnung als System Peine, Das Recht als System, 1983.

28) S. o. II 1b.

29) Battis, in: Festschr. f. Ipsen, 1977, S. 11; Peine (o. Fußn. 27), passim.; dort auch zu weiteren Argumenten.

30) Hohmann-Dennhardt, Ungleichheit und Gleichberechtigung, 1981, Garbe-Emden, Gleichberechtigung durch Gesetze, 1984, S. 81 ff.; Hofmann,

sche Deutung, welche hinsichtlich der Grundrechtswirkungen nach der *Bindungswirkung* und der *Wirkungsrichtung* unterscheidet. Letztere benennt praktisch nichts anderes als die Rechtsfolgen der Grundrechte. Soweit diese „negativ“ darin gesehen werden, daß die Legislative verpflichtet sei, rechtliche Ungleichbehandlungen nicht mit Geschlechtsunterschieden zu begründen, so entspricht dies den überkommenen Ansätzen³¹. Das gilt auch noch für den Handlungsauftrag an das Parlament, solche verfassungswidrigen Ungleichbehandlungen zu beseitigen³². In beiden Fällen geht es um die Herstellung der von Art. 3 II GG angeordneten Gleichberechtigung. Weiter gehen jedoch Folgerungen, dem Artikel eine „positive Wirkungsrichtung“ in dem Sinne zu entnehmen, daß das Parlament verpflichtet sei, durch Gesetz außerrechtlichen Benachteiligungen entgegenzuwirken. Dies soll geschehen etwa durch Statuierung von Mindestrechten auch in nicht-staatlichen Bereichen („Quotenregelungen“), durch die Verhängung von Sanktionen für außerrechtliche Benachteiligungen oder durch rechtliche Bevorzugungen zum Ausgleich außerrechtlicher Benachteiligungen.

Die politisch durchaus umstrittenen Wirkungen derartiger Rechtsnormen sollen hier dahinstehen. In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist jener Auftragsgehalt des Grundrechts nur zu bejahen, wenn die Formel von der „Gleichberechtigung“ zugleich Gleichheit impliziert. Der Wortlaut der genannten Bestimmung gibt dafür mit ungewöhnlicher Eindeutigkeit nichts her. Er ordnet die rechtliche Gleichheit tatsächlich verschiedener Geschlechter an; geht also von tatsächlichen Unterschieden aus und postuliert deren Gleichheit lediglich in einer einzelnen, nämlich der rechtlichen Dimension. Eben kraft dieser Gleichberechtigung des Verschiedenen dürfen die Grundrechtsadressaten des Art. 3 III GG niemanden „wegen“ der Geschlechtszugehörigkeit bevorzugen oder benachteiligen. Jene Adressaten sind die Zweige der Staatsgewalt (Art. 1 III GG), welche das gleiche Recht setzen und gleich anwenden sollen. Mit der damit angeordneten Gleichberechtigung ist allerdings ein Sonderrecht für ein Geschlecht unvereinbar. Die *Entstehungsgeschichte* des Grundrechts, die mehr von Gleichberechtigung als von Gleichheit handelt³³, stützt diesen Befund. Dafür sprechen aber auch *systematische Argumente*. Art. 3 II, III GG sind als self-executing-norms ausgestaltet, deren Rechtsfolgen durch bloßes Außerkrafttreten entgegenstehenden Rechts eintraten (Art. 117 I GG)³⁴. Gesellschaftliche Zustände bleiben davon unberührt. Dies zeigt schon der Unterschied zu Art. 6 V GG, der eine dauernde Anpassungspflicht der Legislative statuiert, dabei allerdings sowohl hinsichtlich seiner Voraussetzungen als auch seiner Rechtsfolgenanordnung wesentlich offener formuliert ist. Die hier geschuldete Anpassung ist eben nicht self-executing und tritt auch nicht von selbst ein³⁵. Der Grund hierfür liegt exakt darin, daß letztere Bestimmung an gleiche – rechtliche wie außerrechtliche – Lebensbedingungen anknüpft, die von Staat und Recht kaum beeinflußt werden können; erstere hingegen nur an rechtliche Umstände anknüpfen. Die Komplexität einer effektiven Regulierung außerrechtlicher Tatbestände läßt sich aber nicht in das schlichte Schema einer Subsumtion unter die Kriterien „verfassungsgemäß“ und „verfassungswidrig“ fassen. Aber auch der systematische Gedanke einer möglichen Drittwirkung des Art. 3 III GG führt als Verfassungsauftrag zur Herstellung gesellschaftlicher Gleichheit nicht weiter: Fehlt die Drittwirkung, so fehlt der Verfassungsauftrag; gilt sie, so ist der Verfassungsauftrag zur Herstellung von Gleichberechtigung erfüllt. Auch gegenüber Privaten sind dann Frauen und Männer gleichberechtigt und brauchen nicht noch einmal gleichberechtigt gemacht zu werden. Schließlich sind dann die *teleologischen Erwägungen* zirkulär: Wenn die Rechtsfolge des Art. 3 II, III GG in der Gleich-

berechtigung besteht, so ist es sinnwidrig, diese unter Hinweis auf ihr eigenes telos aufzuheben. Eine Rechtfertigung für Anti-Diskriminierungsgesetze findet sich also in Art. 3 GG nicht³⁶.

Es bleibt demnach dabei: *Herstellung von Gleichheit durch ungleiches Recht ist nicht Ziel, sondern Grenze des Gleichberechtigungsgebots*³⁷. Dieses läßt Anti-Diskriminierungsrichtlinien oder Frauenförderpläne unter Wahrung der Gleichberechtigung zu, wenn die Gleichberechtigungsforderungen erfüllt sind; also etwa bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, sofern an zulässige Differenzierungskriterien angeknüpft wird. Aber auch insoweit sind entstehende Entscheidungsspielräume durch Art. 3 II GG begrenzt. Für private Arbeitgeber besagt Art. 119 EWGV nichts anderes: Nicht Frauenförderung, sondern Gleichberechtigung ist das Gebot.

III. Bindungen der Exekutive aus Art. 3 GG

1. Fremd- und Selbstbindungen der Vollziehung

Die Exekutive ist wie die Legislative verpflichtet, Gleiches gleich zu behandeln; demnach darf sie Differenzierungen nur vornehmen, wenn diese durch solche Ungleichheiten gerechtfertigt sind, an welche die Vollziehung zulässigerweise anknüpfen darf. Diese Rechtfertigungspflicht läßt sich als *Gebot der Begründbarkeit von Ungleichbehandlung* beschreiben. Die so formulierte materiellrechtliche Pflicht besagt, daß überhaupt ein rechtfertigender Grund vorhanden sein muß. Sie ist zu unterscheiden von der Frage, ob die Vollziehung formell verpflichtet ist, ihren Entscheidungen eine Begründung beizufügen, wie es etwa § 39 VwVfG statuiert. Ob und inwieweit eine formelle Entscheidungsbegründung geboten ist, besagt das Gebot der Begründbarkeit noch nicht. Eine Differenzierung ist jedenfalls schon zulässig, wenn überhaupt ein Grund für die Ungleichbehandlung vorhanden ist; und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese dem Betroffenen mitgeteilt worden ist oder nicht. Das formelle Gebot, Entscheidungen eine Begründung beizufügen, mag aus sonstigen Normen folgen³⁸; aus Art. 3 GG folgt es nicht.

Die Gleichheitsbindung der Vollziehung unterscheidet sich signifikant von derjenigen der Gesetzgebung. Ergeben sich für letztere nur sehr limitierte Bindungen, da sie bei der Auswahl der Differenzierungskriterien wegen ihrer Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Differenzierungsziele nur sehr spärlichen grundgesetzlichen Grenzen unterliegt, so ist die Exekutive bei ihrer Zwecksetzungskompetenz nicht nur an das Verfassungsrecht, sondern zugleich an das Gesetz gebunden. Soweit das Gesetz den Gestaltungszweck vorgegeben hat, steht der Vollziehung keine eigene Auswahlfreiheit hinsichtlich der Differenzierungskriterien mehr zu. Das Gesetz schreibt viel-

Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG, 1986, S. 78 ff.; *ders.*, JuS 1988, 249 ff.; zu „Frauenquoten“ in politischen Parteien *Lange*, NJW 1988, 1174.

31) S. o. II 1 c; dazu kann im Einzelfall auch zählen, früher begründete und daher nicht mehr durch Aufhebung rückgängig zu machende rechtliche Benachteiligungen durch rechtliche Bevorzugungen auszugleichen; *BVerfG*, NJW 1987, 1541.

32) Dies ist der materiellrechtliche Hintergrund der prozessualen Verfassungswidrigkeitserklärung; dazu *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 107 ff.; *Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 188 ff.

33) JöR 1, 66, 70 (Frau *Dr. Selbert*; *Dr. v. Mangoldt*; *Kaufmann*), 71 (Frau *Dr. Weber*), 72 (eingehend Frau *Dr. Selbert*, *Dr. Schmid*).

34) *BVerfGE* 3, 225 (229 ff.).

35) *BVerfGE* 25, 167 (172 ff.) = NJW 1969, 597.

36) Zurückhaltend zum Auftragsgehalt des Art. 3 GG auch *Podlech* (o. Fußn. 1), S. 200 ff.; zum Gleichberechtigungsgesetz *Schmitt Glaeser*, DÖV 1982, 383; *Benda*, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, 1986, S. 100 ff.; *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, S. 244 ff.; 390 ff.

37) s. o. I 2 d.

38) Insoweit zutr. *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1986, S. 37 ff., der zu Recht Art. 3 GG nicht unter die Begründungsgebote zählt.

mehr die Anknüpfungspunkte von Gleichheit und Ungleichheit vor. Dadurch wird die Rechtsanwendungsgleichheit der Verwaltung zur Fremdbindung. Solche Fremdbindung kann uneingeschränkt bestehen, wenn das Gesetz sämtliche maßgeblichen Anknüpfungspunkte selbst regelt; sie kann aber auch eingeschränkt sein, wenn im Rahmen des Gesetzes Gestaltungsfreiräume bestehen. Sie fehlt völlig, wenn sich die Legislative der Regelung einer Materie enthält und die Vollziehung unbeschadet des Gesetzesvorbehalts zum Handeln berechtigt ist. Gleichheitsbindung der Exekutive als Selbstbindung setzt demnach eigene Zwecksetzungskompetenz voraus³⁹. Das Auftreten der Gleichheitsbindung in der Form der Fremd- bzw. der Selbstbindung orientiert sich an der Kompetenzverteilung zwischen der ersten und der zweiten Gewalt. Demgegenüber determiniert die Selbstbindung die Kompetenzverteilung zwischen der zweiten und dritten Gewalt im gesetzefreien Raum: Je weiter der Gestaltungsfreiraum der Vollziehung durch fehlendes oder unbestimmtes Recht gezogen ist, desto größere Bedeutung kommt der Selbstbindung *intra legem* bei der Gesetzesausführung zu⁴⁰. Sie eröffnet zusätzliche Kontrollmaßstäbe und -zuständigkeiten der Justiz.

Maßstab der Selbstbindung sind die Modalitäten der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung, welche staatlichen Entscheidungen zugrundeliegen. Diese Differenzierungsziele und -kriterien sind nicht die Entscheidungen selbst, sondern das hinter ihnen stehende *Entscheidungsprogramm*⁴¹. Damit lassen sich jedenfalls analytisch zwei Handlungsebenen unterscheiden: Die *Ausführungsebene* der Einzelfallentscheidungen und die *Programmierungsebene* hinter diesen Entscheidungen. Voraussetzung der Selbstbindung ist demnach einerseits das Vorhandensein eines generalisierbaren Entscheidungsprogramms; andererseits dessen Erkennbarkeit für Dritte, insbesondere mögliche Betroffene und Gerichte. Da Art. 3 I GG lediglich sagt, daß Gleiches gleich zu behandeln ist, nicht hingegen, was gleich ist, ergeben sich die Maßstäbe der Selbstbindung nicht aus dem Grundgesetz. Sie folgen vielmehr erst aus dem Entscheidungsprogramm der Vollziehung selbst. Hierdurch erlangt das Programm, auch wenn es ursprünglich nur mit „Innenwirkung“ erging, seine „mittelbare“ Außenwirkung⁴². Die analytische Trennung von Ausführungsebene und Programmierungsebene ist nicht notwendig eine rechtliche. Die Forderung, wonach aus dem Gleichheitsgebot ein Rechtsnormvorbehalt für die Entscheidungssteuerung herzu-leiten sei⁴³, hat sich nicht durchgesetzt. Daraus entsteht das Problem der Formulierung des Entscheidungsprogramms aus wenig bekannten Einzelfallentscheidungen. Soweit dessen Festlegungen nicht von einer – instanziiell regelmäßig der Ausführungsebene übergeordneten – Behörde im Wege der Normsetzung gezogen sind, läßt sich das maßgebliche Programm nur aus Entscheidungsbegründungen nachgeordneter Stellen formulieren. Fehlt eine Formulierung durch die Vollziehung, so geht die Feststellungskompetenz praktisch von der Exekutive auf die Justiz über, welche im gerichtlichen Verfahren eigene Ermittlungen anstellen und – mangels anderer Festlegungen der Exekutive – das Programm selbst fixieren kann. Dadurch erlangt die dritte Gewalt nicht nur eine Feststellungs-, sondern zugleich eine Gestaltungskompetenz. Wer das Programm ermittelt und formuliert, stellt es letztlich auf. Exekutive Zurückhaltung auf der Programmierungsebene begründet so nur eingeschränkt einen Gewinn an Flexibilität und Entscheidungsfreiheit. Diese ist ihrerseits stets mit der Hypothek eines Verlusts der eigenständigen Gestaltungskompetenz durch Fremdbindung an zumindest faktisches Richterrecht belastet. In diesem Sinne mag der Rechtsnormvorbehalt kein rechtliches Gebot sein; ein praktisches Gebot exekutiver Kompetenzwahrnehmung insbesondere im Hin-

blick auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen vorgeordneten Behörden einerseits und Gerichten andererseits ist er allemal.

Grenze der Selbstbindung ist die Zwecksetzungskompetenz der Vollziehung. Ist sie an einmal gesetzte Ziele gebunden, so ist sie umgekehrt berechtigt, neue Ziele zu setzen. Keine Probleme entstehen hier, sofern die Ausführungs- und die Programmierungsebene auch förmlich getrennt sind. Neue Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften schaffen ein neues Programm. Fallen demgegenüber beide Entscheidungsebenen praktisch zusammen, so entsteht das bekannte Problem des Rechtsübergangs bei rechtlicher Eigenprogrammierung⁴⁴. Jede Einzelentscheidung, die ein neues Programm zugrunde legt, verstößt zugleich gegen das alte. Aus ihr selbst ist demnach nicht zu erkennen, ob sie aus der Perspektive des alten Rechts rechtswidrig ist oder den Übergang zu neuem Recht darstellt. Auch hier zeigt sich: Die mangelhafte formale Trennung zwischen der Ausführungs- und der Programmierungsebene schafft nicht nur ein Gewinn an Entscheidungsfreiheit und Flexibilität, sondern kann auch enge Grenzen ziehen.

2. Verfahrensrechtliche Dimensionen der Gleichberechtigung

Daß die Grundrechte auch ihre verfahrensrechtliche Dimension aufweisen, ist inzwischen geklärt⁴⁵. Die diesbezügliche Diskussion hat sich allerdings nahezu ausschließlich auf die Freiheitsrechte konzentriert⁴⁶. Demgegenüber sind die Gleichheitsrechte auch dort nicht herangezogen worden, wo dies schon deshalb nahelag, weil die Freiheitsrechte kaum eigenständige Rechtsfolgen begründen, nämlich im Leistungsbereich⁴⁷. Hier erlangt Art. 3 GG jedenfalls dann Bedeutung, wenn eine Verwaltungsentscheidung mehr als nur einen Betroffenen hat, also insbesondere im *Vergabeverfahren*⁴⁸. Dabei kommt dem Recht auf Gleichbehandlung schon deshalb prägende Bedeutung zu, weil stagnierende Ressourcen nicht mehr in jedem Fall die Berücksichtigung aller Bewerber zulassen. Die daraus entstehenden verfahrensrechtlichen Probleme erweisen sich als um so schwieriger, als hier das Verwaltungsverfahren einerseits den grundrechtlich intendierten Zustand materieller Gleichberechtigung sicherstellen soll; andererseits das geltende Verwaltungsverfahren von einer Zweipoligkeit des Verfahrens (Behörde – Adressat) ausgeht und Dritte zwar als Drittbetroffene einbeziehen kann, aber auf Konkurrentenverhältnisse nicht zugeschnitten ist. Hier

39) Dies ist der verfassungsrechtliche Grund für den Satz: „Keine Gleichheit im Unrecht“; dazu etwa *Randelzhofer*, JZ 1973, 536; differenzierend *Götz*, NJW 1979, 1478; dazu *Starck*, in: *v. Mangoldt-Klein*, GG, 3. Aufl. (1985), Art. 3 Rdnrn. 184 ff.

40) Hierzu *BVerwGE* 72, 300 (315 ff.) = NVwZ 1986, 208; zum Problem *Gusy*, DVBl 1987, 497.

41) So zu Recht *Schewing*, VVDStRL 40 (1972), 157 ff.; eingehend *Wallerath*, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, S. 93 ff.

42) Widersprüchlich insoweit etwa *BVerwG*, NJW 1979, 2059, das zunächst die Außenwirkung der Subventionsrichtlinie verneint, sodann allerdings bei der Anwendung des Art. 3 I GG unter sie subsumiert, richtig *OVG Bremen*, NVwZ 1988, 447.

43) Zum Problem *Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, 1969, S. 100 ff.; dafür *Kloepfer*, JZ 1984, 693 ff.

44) Zum Problem *Wallerath* (o. Fußn. 41), S. 59 ff.; zum Ganzen *Erichsen*, VerwArch 1980, 289.

45) *Wahl-Pietzcker*, VVDStRL 41 (1973), 191.

46) Überblick bei *Starck* (o. Fußn. 39), Art. 1 Rdnrn. 1302 ff.; demgegenüber betont das *BVerfG* die verfahrensrechtlichen Bindungen der Justiz aus Art. 3 GG in einem Maße, welches an die amerikanische due-process-Regel erinnert.

47) So ist in der ausf. Darstellung von *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaates, 1981, die Gleichheitsdimension nicht eigenständig thematisiert.

48) Grdl. nach wie vor die Darstellung bei *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, 1977, S. 129 ff.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988.

steht das geltende Verfahrensrecht einer Verwirklichung seiner eigenen, grundrechtlich vorgegebenen Ziele eher entgegen.

Zwar ist das *Recht auf gleichen Zugang zum Verfahren* allgemein anerkannt⁴⁹. Doch ist dessen Verwirklichung nach wie vor mit der Hypothek belastet, daß ein Anspruch auf allgemeine, gleiche Bekanntgabe der Vergabebedingungen nicht generell anerkannt ist, wenn diese lediglich durch Verwaltungsvorschriften statuiert sind. Der Anspruch auf Bekanntgabe im Einzelfall⁵⁰ setzt jedenfalls faktisch bereits Wissen um das Bekanntzugebende voraus; ein Wissen, dessen gleiche Streuung aber nirgends gewährleistet ist. Noch eingeschränkter und schon mit § 25 S. 2 VwVfG kaum zu vereinbaren ist die Begrenzung des Bekanntgabeanspruchs auf anhängige Verwaltungsverfahren. Zum gleichberechtigten Zugang zum Verfahren zählt aber nicht nur die Möglichkeit der Antragstellung, sondern die gleiche Möglichkeit der Stellung eines zulässigen und begründeten Antrags. *Im Verfahren* ist die gleiche Berücksichtigungschance lediglich gegeben, wenn einheitliche, für alle gleiche Vergabekriterien gebildet und gegenüber allen Bewerbern gleichermaßen angewandt werden. Die Erfüllung der erstgenannten Anforderung ist jedenfalls dann nicht gewährleistet, wenn die maßgeblichen Kriterien erst nach Eingang der Anträge und im Hinblick auf deren Inhalt gebildet werden. Die letztgenannte Anforderung wird so wenig beachtet, daß bisweilen sogar eine Selbstbindung der Verwaltung an Jahrzehnte alte Innenrechtssätze mit der Begründung verneint wird, gegen sie würde in der Praxis beständig verstoßen⁵¹. Das Zentralproblem der Rechtsdurchsetzung liegt hier in der mangelhaften Offenlegung der Entscheidungskriterien. Die Entscheidungsbegründung sagt bei Ablehnung regelmäßig nur aus, daß der Betroffene die Anforderungen nicht oder doch weniger gut als der begünstigte Konkurrent erfüllt habe. Welche Anforderungen dies aber waren, wird schon nicht mehr stets mitgeteilt. Damit fehlt die Kontrollierbarkeit der selbstgesetzten Entscheidungsmaßstäbe der Exekutive. Und selbst wenn sie mitgeteilt werden, bleibt offen, in welcher Hinsicht der Abgelehnte jene Kriterien schlechter erfüllte als der Begünstigte. Damit fehlt aber nicht nur die Kenntnis des Entscheidungsmaßstabes, sondern auch diejenige von der Einhaltung und Anwendung jener Maßstäbe. Die dabei auftretenden, mit § 39 I VwVfG kaum zu vereinbarenden Begründungsmängel werden auch nicht durch den Anspruch auf Akteneinsicht kompensiert, da dessen Verwirklichung regelmäßig § 29 II VwVfG entgegengehalten wird⁵². Zur Unbekanntheit der Entscheidungsmaßstäbe kommt so deren Unkontrollierbarkeit. *Vor Gericht* kann der Abgelehnte nur dann auf Vergabe an sich selbst klagen, wenn die Leistung mehrfach zu vergeben ist, etwa Subventionen, oder wenn er bei nur einmal zu vergebenden Leistungen auf Aufhebung der Vergabe an den Begünstigten klagen kann. Dazu kann es aber nur dann kommen, wenn er von der Person des Begünstigten Kenntnis hat. Diese wird ihm regelmäßig nicht durch seinen Ablehnungsbescheid vermittelt, so daß der Betroffene hinsichtlich der Durchsetzung seiner Rechte auf zufällige Kenntnisse angewiesen ist. Erlangt er diese und erhebt er sodann Klage gegen die Vergabe an den Begünstigten, so können zu dessen Gunsten Vertrauensschutzaspekte eingreifen. Zwar ist eine Vergabeentscheidung gegenüber Konkurrentenklagen auch dann nicht bestandskräftig, wenn sie durch Verwaltungsakt erging; denn dieser Entscheidungstenor ist dem Abgelehnten nicht bekanntgegeben worden. Gleichwohl aber kann der Begünstigte im Hinblick auf die Entscheidung Aufwendungen getroffen oder sonstige Vertrauenstatbestände gesetzt haben, etwa mit der Ausführung des Auftrags begonnen haben, was dann dem Abgelehnten im Prozeß entgegengehalten werden könnte.

Die verfahrensrechtliche Verlustliste kann die Defizite nur aufzeigen, sie aber nicht beseitigen. Essentiale eines auch an Art. 3 GG orientierten Verwaltungsverfahrens sind allerdings:

- Nicht nur die *Bildung von Differenzierungskriterien*, sondern auch deren *Bekanntgabe*, um so die Mechanismen der Selbstbindung erst erkennbar zu machen; denn die Bindung erfolgt zwar *durch* das Gleichheitsgrundrecht, aber *an* die von der Vollziehung selbst gewählten Kriterien;
- Die nachvollziehbare und *kontrollierbare Bindung der Exekutive an die selbst gesetzten Grundsätze durch Begründung und Akteneinsicht*; die Akten sind so anzulegen, daß Kontrollierbarkeit nicht ausgeschlossen, sondern ermöglicht wird; die Begründung darf nicht nur die Gründe für die Ablehnung des einen, sie muß auch diejenigen für die Bevorzugung des anderen enthalten;
- Effektiver Rechtsschutz des Abgelehnten im Sinne einer verfahrensrechtlichen Gleichstellung mit dem Begünstigten; hierzu gehört Kenntnis der Anfechtungsmöglichkeiten bei gleichzeitiger Wahrung des Vertrauensschutzes für den Begünstigten.

IV. Bindungen der Justiz aus Art. 3 GG⁵³

Die Gleichheitsbindung der Justiz erfaßt sowohl ihre gesetzesauslegende und -anwendende Tätigkeit als auch ihre eigene Gestaltungskompetenz im Rahmen der Gesetze. Insoweit unterscheidet sie sich nicht von derjenigen der Exekutive, die Gleichheitsbindung als Fremd- wie als Selbstbindung kennt. Gleichheit bei der Rechtsauslegung und -anwendung bezieht sich auf die *cognitiven* Gehalte der Rechtsprechungstätigkeit, also die gesetzlichen Vorgaben, an welche die Rechtsprechung bei ihrer Tätigkeit „gebunden“ ist (Art. 97 I GG). Ist die Justiz insoweit verpflichtet, auf Menschen in gleicher Rolle eine Norm entweder gleichmäßig anzuwenden oder gleichmäßig nicht anzuwenden, so folgt hieraus das Gebot der gleichen Auslegung, also der Gleichheit der Bildung und Anwendung von Auslegungs- bzw. Untersätzen. Die Gerichte sind nicht berechtigt, eine Rechtsnorm einmal so und dann anders und danach wiederum anders auszulegen. Vielmehr sind sie an ihre frühere Auslegung im Rahmen des Art. 3 I GG gebunden. Dies bedeutet nicht, daß Abweichungen von früheren Entscheidungen stets unzulässig seien; sie sind aber besonders begründungsbedürftig; und zwar entweder aus tatsächlichen Ungleichheiten, die zur Unanwendbarkeit der alten Auslegungssätze im neuen Fall führen, oder aber durch neue rechtliche Erkenntnisse, etwa bislang unberücksichtigte Auslegungsgesichtspunkte oder Folgenerwägungen. Ähnliches gilt aber auch für die *volitiven* Elemente richterlicher Entscheidungstätigkeit: Ist die Entscheidung nicht nur Rechtsanwendung, sondern auch Rechtssetzung, so ist der rechtssetzende Gehalt gleichfalls den grundgesetzlichen Gleichberechtigungsnormen verpflichtet. Die Ausfüllung von richterlichen Gestaltungsfreiräumen im Rahmen des Gesetzes hat sich somit an Standards zu orientieren, die unter Berücksichtigung des Art. 3 I GG zu bilden und anzuwenden sind. Hier entsteht die Selbstbindung der dritten Gewalt, die für die Ausfüllung justizieller Gestaltungsfreiräume ebenso gilt wie für die Voll-

49) *Starck* (o. Fußn. 39), Art. 3 Rdnrn. 145 ff. m. w. Nachw.

50) *BVerwGE* 61, 15 (16 ff.) = *NJW* 1981, 535; *BVerwGE* 40, 41 ff.; weiter *OVG Berlin*, DÖV 1976, 53; *LübberWolf*, DÖV 1980, 598 ff.; für Bekanntgabepflicht außenwirksamer Verwaltungsvorschriften *Gusy*, DVBl 1979, 724.

51) *Pietzker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 322 ff., 385 f.; *Jarass*, *WiVerwR*, 2. Aufl. (1984), § 14 Rdnr. 47.

52) Dazu nun *VGH München*, *NJW* 1988, 1615; *Schoenemann*, DVBl 1988, 520.

53) Wesentliche Hinweise für die folgenden Ausführungen verdanke ich Herrn Prof. Dr. *Joachim Schulz*, Osnabrück.

ziehung bei der Ausfüllung ihrer Spielräume. Die sich daraus ergebenden Bindungen der Justiz lassen sich so umschreiben:

(1) Die Pflicht zur Bildung von Kriterien für die Herleitung der Entscheidung aus der Rechtsordnung und damit die Auslegung des maßgeblichen Rechts in der Begründung⁵⁴. Art. 3 I GG begründet so eine *Pflicht zur Dogmatik*.

(2) Die Pflicht zur Orientierung an einmal gebildeten Auslegungssätzen. Bei späteren Entscheidungen ist die Rechtsprechung an die früheren Entscheidungssätze gebunden, soweit zu dem ersten Fall keine tatsächlichen oder rechtlichen Unterschiede bestehen, welche es rechtfertigen, aus zulässigen Differenzierungszielen und -kriterien abweichend zu entscheiden⁵⁵. Dies begründet die *Pflicht zur Konsistenz der Dogmatik*.

(3) Abweichungen von einmal gebildeten Auslegungssätzen unterliegen ihrerseits dem Gebot der Begründbarkeit. Sie sind zulässig, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eine andere Entscheidung gerechtfertigt werden kann. Da auch wegen Art. 3 I GG nicht jede Differenzierung unzulässig ist, sondern nur zulässig begründbar sein muß, entsteht keine sklavische Verpflichtung der neuen auf die alte Rechtsprechung. Dies begründet das *Recht zur Fortentwicklung der Dogmatik*.

Das so angewandte Gleichheitsgebot begründet zugleich *Inhalt und Grenzen der sog. Präjudizienbindung*: Ein Gericht ist an frühere Auslegungssätze gebunden, wenn es angesichts des Art. 3 GG nicht berechtigt ist, von ihnen abzuweichen. Das gilt grundsätzlich sowohl in verfahrens- als auch materiellrechtlicher Hinsicht. Damit stellt Art. 3 I GG ein wesentliches Element in der Diskussion um das „Richterrecht“⁵⁶ dar. Die Bildung solcher Rechtssätze, ihre Bindungswirkung und ihre Grenzen können aus dem Gleichheitsgebot neu konturiert werden. Solche Ansätze stehen allerdings weitgehend noch aus.

Auch im Prozeßrecht verpflichtet Art. 3 GG zur Wahrung der Gleichberechtigung, nicht der Gerechtigkeit⁵⁷. Dementsprechend ist eine gleichheitskonforme Rechtsauslegung oder -anwendung auch dann mit dem Grundrecht vereinbar, wenn sie als „ungerecht“ erscheint. In derartigen Fällen mögen andere Verfassungsnormen, insbesondere Art. 103 I GG, weiterführen. Dieser überschneidet sich tatbestandlich allerdings nicht mit der Gleichberechtigung, insoweit ist ein Konkurrenzfall zwischen beiden ausgeschlossen. Auch Art. 3 I GG ordnet nicht „die“ Gerechtigkeit, sondern nur eine höchst unvollkommene Annäherung an diese an, nämlich die Gleichberechtigung. Und das *BVerfG* ist nicht der *deus ex machina* im Staat des Grundgesetzes.

V. Zusammenfassung

Im Unterschied zur Gleichheit kann rechtlicher Schutz der Gleichberechtigung zum Instrument sozialer Differenzierung werden, wenn das Grundgesetz gleichermaßen die Rechte von Armen und Reichen, Ohnmächtigen und Mächtigen, Unterprivilegierten und Privilegierten schützt. Die damit aufgeworfene Frage nach den *Schranken der Gleichberechtigung*, also den *Differenzierungsgeboten* oder -erlaubnissen des Grundgesetzes, bedarf im Hinblick auf ihre Zuordnung zu den hier erörterten Garantien der verfassungsdogmatischen Klärung⁵⁸. Aber auch hier ergeben sich ganz spezifische Grenzen der Gleichberechtigung, die auch im Interesse der Gleichheit eingesetzt werden können. „Der Gleichheitssatz“ folgt auch aus ihnen nicht.

Professor Dr. Ulrich Karpen, Universität Hamburg

Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht

Der Leistungsstaat der modernen Industriegesellschaft stellt an Gesetzgebung und Gesetzesanwendung durch Verwaltung und Gerichte besonders hohe Anforderungen. Die Steuerungs-, Leistungs- und Ausgleichsfunktion des Gesetzes steht im Mittelpunkt des Leistungsrechts. Von einem „Totalvorbehalt“ des Gesetzes kann aber keine Rede sein. Es gibt einen zumindest faktisch begründeten Eigenbereich der Verwaltung, der die letzte Konkretisierung der Staatszwecke gerade im Bereich des leistenden Staatshandelns obliegt. Ihn muß auch die Rechtsprechung beachten, die in jüngster Zeit geneigt zu sein scheint, die Kontrolldichte gegenüber der Exekutive zu steigern.

I. Thematische und begriffliche Vorklärungen

Im verwaltungsrechtlichen Thema der diesjährigen Staatsrechtslehrertagung finden sich die Begriffe Gesetzesgestaltung, Gesetzesanwendung und Leistungsrecht. Sie sind aufeinander bezogen und bestimmen sich wechselseitig. Das Begriffspaar Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung verweist auf die Gewaltenteilung. In der rechtsstaatlichen Demokratie hat das Gesetz seine Position als dominante staatliche Handlungsform bewahrt. Es ist die vom Parlament als unmittelbarer Volksrepräsentation beschlossene Form des Staatshandelns. Die beiden anderen Gewalten – Verwaltung und Rechtsprechung – sind in der Regel vom Gesetz abhängig. Das Verhältnis von Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung bedarf der Untersuchung in analytisch/dogmatischer, methodischer und taktischer Hinsicht¹.

Analytisch und verfassungsdogmatisch ist nach den Inhalten der Staatsfunktionen Gesetzgebung (typisch: Erlass generell-abstrakter Normen) und Gesetzesanwendung als Gesetzesausführung durch die Verwaltung (typisch: Einzelakt) sowie Rechtsprechung (richterliche Entscheidung) zu fragen: Die Vorrangs- und Vorbehaltsproblematik kennzeichnet die abgrenzung der Funktionsbereiche. Das *methodische Interesse* wendet sich dem „inneren Verfahren“ der Staatsfunktionen zu; ihren Zielen und Mitteln, also Wissenschaft und Kunst der Rechtsetzung, der Rechtsschöpfung, Rechtsbildung im Gesetz sowie der Rechtsfindung, der Beurteilung von Fallsachverhalten nach Maßgabe des Gesetzes in administrativer Gesetzesdurchführung und richterlicher Vollzugskontrolle. Das „äußere Verfahren“ des Staatshandelns ist Gegenstand taktischer Untersuchungen, die sich auf Träger, Organe, Verfahren, Rechtsform der Entscheidungen in Gesetzesgestaltung und -anwendung richten: Parlament – Gesetzgebungsverfahren – Gesetz (im förmlichen Sinne), Exekutive – Verwaltungsverfahren – Verwaltungsakt, Judikative – prozessuales Verfahren – Urteil.

Das *Leistungsrecht* ist das wichtigste Mittel zur Verwirklichung der Zwecke des Sozialstaates. Es unterscheidet sich in mannigfacher Hinsicht vom *Eingriffsrecht*, das primäres Realisierungsinstrument des Rechtsstaates ist. Damit gerät die Frage nach Gesetzesgestaltung und -anwendung in das Spannungsfeld des sozialen Rechtsstaates. Die leitende Idee des Rechtsstaates ist die liberale Freiheit, der Schutz des Einzelnen. Insofern Sicherheit und Ordnung, Gefahrenabwehr im Vordergrund stehen, mag von einem „negativen“ Staatszweck gesprochen werden, der mit Hilfe des Eingriffsrechtes

54) Zur Begründungspflicht der Gerichte *Lücke* (o. Fußn. 38), S. 22 ff.

55) Dazu können auch Aspekte zeitlicher Art zählen: zur „Gleichheitsbindung in der Zeit“ *Starck* (o. Fußn. 39), Art. 3 Rdnrn. 172 ff.

56) Zu dieser Diskussion in neuerer Zeit *Hoffmann*, in: *Festschr. f. Wolt*, 1985, S. 184; *F. Müller*, *RichterR*, 1986.

57) S. o. I 2 a m. w. Nachw. (o. Fußn. 10).

58) Richtig *Starck* (o. Fußn. 39), Rdnr. 23, der das Sozialstaatsprinzip als Grenze des Art. 3 I GG bezeichnet. Damit allerdings sind die Probleme nicht gelöst, sondern erst bezeichnet; näher *Battis-Gusy*, *Einf. in das StaatsR*, 2. Aufl. (1986), Rdnrn. 506 ff. m. w. Nachw.

1) Zur Klassifikation s. *Karpen*, *ZG* 1986, 10.