

Hans von Gleichenstein

# Theorie des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes

Ein systemtheoretischer Ansatz

308 Seiten · broschiert · € 49,90  
ISBN 978-3-95832-338-4

© Velbrück Wissenschaft 2023

# Einleitung: Das Paradox des Gleichheitssatzes

Justitia wird seit alters her als eine Frau mit verbundenen Augen und einer Waage in der Hand symbolisiert.<sup>1</sup> Ohne Ansehen der Person und nach sorgfältiger Abwägung übt sie Gerechtigkeit aus.\* Und der Maßstab der Abwägung heißt: *Gerechtigkeit verlangt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln*. In dieser Formulierung eine juristische Binsenweisheit, seit der Antike gebetsmühlenhaft wiederholt, für jeden einsichtig, von niemandem bestritten und als Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 GG in den Kanon der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgenommen. Also ganz einfach? Im Gegenteil: Sobald man genauer hinschaut, stößt man auf Fragen, die sich, je mehr man fragt, umso schwieriger beantworten lassen: Was heißt, wie geht *Vergleichen*? Wer vergleicht? Und vor allem: Was ist das Gleiche/Ungleiche, an das das Recht sich zu halten hat? Muss es nicht etwas *außerhalb* des Rechts sein? Aber wie kann etwas *Außerrechtliches* dem Recht sagen, was Recht ist? Man sieht: Wie kaum ein anderes Rechtsprinzip hat es diese Grunddefinition von Gerechtigkeit in – und außer! – sich. Es wendet sich nämlich auf sich selbst an. Es verlangt *von* Recht und – als eine der wesentlichsten Maximen des Rechts – damit *von sich selbst*, was dieses per se gar nicht kann und darf. Die Rechtsparabel von den 11 vererbten Kamelen macht es deutlich:

*Ein alter reicher Beduinenscheich schrieb sein Testament und verteilte darin seinen Reichtum, eine große Kamelherde, unter seinen drei Söhnen. Achmed, der älteste Sohn, sollte die erste Hälfte seines Vermächtnisses erben. Ali, der zweite Sohn, sollte ein Viertel bekommen, Benjamin, der jüngste Sohn, sollte ein Sechstel bekommen. Als der Vater gestorben war, zeigte sich, daß nur elf Kamele übrig waren. Achmed, natürlich, verlangte davon sechs, wogegen sich die beiden anderen Brüder sofort heftig zu Wehr setzten. Als alle Einigungsversuche gescheitert waren, wendeten sie sich an den Kadi ...*

\* Wie die folgenden Überlegungen zeigen sollen, geht es beim Gleichheitssatz um die Möglichkeit gleicher Teilhabe *konkreter Individuen* an *realen* sozialen Systemen nach den Kriterien der jeweiligen Systemrationalität. Dem fühlt sich auch der Verfasser dieses Buches verpflichtet, wenngleich im weiteren Text aus Gründen der Lesbarkeit auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) in der Regel verzichtet wird.

1 Das Schwert, das sie in der Regel in der anderen Hand hält und das das mit Härte durchzusetzende Recht symbolisiert, soll hier außer Betracht bleiben. Die Todesstrafe ist in den meisten zivilisierten Ländern abgeschafft.

*Der Kadi entschied: Ich werde euch eines meiner Kamele zur Verfügung stellen. Mit Gottes Willen, gebt es mir zurück, sobald ihr könnt. Nun, da sie zwölf Kamele hatten, war die Entscheidung einfach. Achmed bekam seine Hälfte, nämlich sechs Kamele, Ali bekam ein Viertel, also drei Kamele, während Benjamin ein Sechstel, zwei Kamele, bekam. Und in der Tat, das zwölfte Kamel blieb übrig, es wurde gefüttert und danach dem Kadi zurück gegeben.<sup>2</sup>*

Natürlich geht es in der Parabel nicht um Gleichheit, der Scheich behandelt seine Söhne im Testament nach dem Kriterium der Seniorität.<sup>3</sup> Worauf es hier ankommt, ist aber das Folgende: Gemeinsam ist dem Gleichheitssatz wie dem Richter in der Parabel, dass sie anscheinend das System verlassen müssen, in dem sie doch gefangen, auf das sie doch beschränkt sind und in dem sie eine Lösung herbeizuführen haben, die sie *mit logischer Notwendigkeit* nur *außerhalb* von diesem finden können. Wie der Richter in der Parabel, der außerhalb des ihm vorgelegten rechtlichen Sachverhalts und unter Verlassen seiner Rolle als Richter sein eigenes Kamel beisteuert und damit das *Rechtsproblem* löst, verlangt der Gleichheitssatz als wesentlichstes Kriterium von Gerechtigkeit die Bezugnahme auf Kriterien außerhalb des Rechts. Die Gleichbehandlung ist ein rechtliches Postulat, das Gleiche aber, an dem sich diese Gleichbehandlung zu orientieren hat, liegt außerhalb.

Oder müsste man, statt das Recht den Maßstab seiner selbst außerhalb seiner selbst suchen und finden zu lassen, den Zugang zum selben, damit erst vage umrissenen Thema mit einer anderen Geschichte illustrieren, die das Problem des Gleichheitssatzes von der Gegenseite her – gewissermaßen autopoietisch – angeht, nämlich der Fabel vom Baron

- 2 Zitiert nach der Internet-Seite von Prof. Dr. Gunther Teubner, der diesen Text seinem Auftritt im Internetportal der Goethe-Universität Frankfurt voranstellt (Zugriff am 08.12.2021 unter [https://www.jura.uni-frankfurt.de/41076121/Prof\\_em\\_Dr\\_Gunther\\_Teubner](https://www.jura.uni-frankfurt.de/41076121/Prof_em_Dr_Gunther_Teubner)). Die Parabel, die das Grundproblem der nachfolgenden Überlegungen ins Bild setzt, war thematischer Aufhänger für den Sonderband der Zeitschrift für Rechtssoziologie, *ZfRSoz* 21 (2000) Heft 1, in dessen *Forum* Aufsätze soziologischer, juristischer, philosophischer und theologischer Autoren versammelt sind. Bemerkenswert ist dabei, dass in Teubners im Internet veröffentlichter Parabel das Kamel dem Kadi wohlgenährt zurückgegeben wird, während Luhmann diese Frage in seinem dortigen Beitrag ausdrücklich als nicht entscheidbar offenlässt, weil das Kamel ein Paradoxon symbolisiert. Siehe aber auch schon Lynn (1986).
- 3 Wollte man die Parabel als Gleichheitstopos erzählen, so müsste der Scheich seinen Söhnen z.B. jeweils ein Drittel seines Kamelbestands unter der Auflage, dass ein Kamel einem unbenannten Weisen überlassen werden müsse, vermachen und es müssten bei seinem Tod nur noch 12 Kamele vorhanden sein, dem der Kadi sein eigenes beisteuert, damit das Testament auflagengemäß erfüllt werden kann.

Münchhausen, der sich mitsamt seinem Pferd am eigenen Schopf aus dem Sumpf zieht?<sup>4</sup> Das Bild findet man bei Nietzsche in dessen Kritik des freien Willens als *causa sui* in *Jenseits von Gut und Böse*, der es als »eine Art logischer Notzucht und Unnatur« verspottet, wenn jemand versucht, »mit einer mehr als Münchhausen'schen Verwegenheit, sich selbst aus dem Sumpf des Nichts an den Haaren ins Dasein zu ziehn.«<sup>5</sup> Ist es vielleicht das, was der Gleichheitssatz verlangt? Dann wäre das Postulat, Gleiches *im* Recht wie Gleiches *außerhalb* des Rechts zu behandeln, nichts anderes als die Tautologie des Barons von Münchhausen, eine logische Unmöglichkeit? Das Recht würde wie der schlaue Münchhausen Archimedes beim Wort nehmen und dabei den Punkt, an dem es den rettenden Hebel ansetzte, in sich selbst verlegen. Aber ist Descartes' »cogito ergo sum« nicht auch ein münchhausenscher Zirkelschluss, eine Tautologie, ein Paradoxon, und dennoch einleuchtend? Es wird sich zeigen, dass die Beantwortung der eingangs gestellten Fragen tatsächlich genau darauf hinausläuft: auf die Auflösung von Paradoxien.

Die folgenden Überlegungen ziehen die Kamel-Parabel der Lügengeschichte zunächst einmal vor und fragen – vielleicht etwas juristisch-naiv –: Was ist dieses außerhalb des Rechts zu suchende Gleiche bzw. Ungleiche, an dem sich die Gerechtigkeit des rechtlichen Handelns auszurichten hat? Offensichtlich ist es ein Stück sozialer Wirklichkeit, und zwar – wenn der Gleichheitssatz nicht von vornherein reine Tautologie sein soll – nicht im Sinne einer bloßen Abbildung der Wirklichkeit auf analytischer Ebene verstanden, sondern als Einbeziehung von deren Realität selbst.<sup>6</sup> Wie und wo und mit welchen Mitteln aber ist diese zu fassen? Worin bestehen die außerrechtlichen Elemente, die es in das Recht hineinzuholen und/oder zu vergleichen gilt? Wo findet man sie und wie geraten sie ins Recht? Und was geschieht mit ihnen dort? Werden sie gehegt und gepflegt und am Ende gar dem Richter zurückgegeben wie das 12. Kamel? Was liegt näher, als sich bei der Beantwortung dieser Fragen

- 4 Zum Münchhausen-Beispiel vgl. Teubner (2008) S. 346: »Sogar die analytische Jurisprudenz [...] muss zugestehen, dass die Rechtfertigung von Normen durch ihnen zugrundeliegende Normen und Prinzipien unvermeidlich im Münchhausen-Trilemma endet: infiniten Regress, willkürlicher Abbruch oder Zirkularität.« Und Luhmann (1997) S. 174, kommentiert Versuche des 18. Jahrhunderts, verlorene Rationalität wiederzugewinnen, mit der Bemerkung: »Es ist das Jahrhundert der Aufklärung – und des Sentiments. Das Jahrhundert Newtons – und Münchhausens.«
- 5 Deninger (Hg.) (1971) S. 182.
- 6 Boysen weist in v. Münch/Kunig (2012) Art. 3 Rdnr. 23 Fn. 84 darauf hin, dass etwa der Österreichische Verfassungsgerichtshof deutlicher formuliert, wenn er Ungleichbehandlung nur dann für sachlich gerechtfertigt hält, wenn die Differenzierung »aus Unterschieden im Tatsächlichen« erfolgt.

der Wissenschaft zu bedienen, deren ureigensten Gegenstand die soziale Wirklichkeit darstellt und die sich seit eh und je mit der Suche nach einer Theorie dieser Wirklichkeit befasst, der Soziologie?

»Ihrem Wissenschaftskonzept zufolge bezieht sich die Soziologie auf die soziale Realität, wie sie faktisch vorhanden ist. Normative Fragen müssen dann aus dieser Realität heraus entwickelt, also nicht als Idealvorstellungen der Soziologie von außen an die Gesellschaft herangetragen werden.«<sup>7</sup>

Aus Gründen, die sich im Einzelnen aus der folgenden Gedankenführung ergeben sollen, insgesamt also weil in ihr das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in einer für heutige Verfassungsjuristen allein akzeptablen, weil unideologischen, sozusagen säkularisierten Form konzipiert ist, halten sich die weiteren Überlegungen daher nicht an ontologisierende Ansätze wie die Naturrechtslehre oder idealisierende Subjekt-Objekt-Philosophien, sondern greifen zu Luhmanns Systemtheorie im Sinne der zuvor zitierten Formulierung. Wenn man das dortige Wort *Soziologie* durch *verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz* ersetzt, dann ist damit die methodische Vorgehensweise der folgenden Überlegungen genannt, die sehr wohl wissen, dass der Gleichheitssatz als solcher, als Rechtsnorm, aus einer wie auch immer gearteten Wirklichkeit niemals »abgeleitet« werden kann. Wenn sie sich dabei auf Luhmann berufen, so heißt das nicht, dass seiner Kritik gefolgt wird, mit der er sich an genannter Stelle von einer »kritischen« Soziologie auf der Linie von Marx bis Habermas und anderen Vertretern der Kritischen Theorie distanziert. Im Gegenteil: Spätestens wenn es um gesamtgesellschaftliche Gleichheit bzw. Ungleichheit geht, wird diese Linie einbezogen werden müssen, ohne dass damit alte Gegnerschaften mit oder gegen Luhmann erneuert werden sollen.

8 Luhmann (1997) S. 36.