

Brun-Otto Bryde

Das Verfassungsprinzip der Gleichheit



Band 2

Hallesche Universitätsreden

Herausgegeben vom

Rektor der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Brun-Otto Bryde

Das Verfassungsprinzip der Gleichheit

Festvortrag, gehalten anlässlich der Absolventenfeier
des Juristischen Bereichs der
Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
am 6. Juli 2012

Prof. Dr. Brun-Otto Bryde (Jg. 1943) ist seit 1987 Professor für Öffentliches Recht und Wissenschaft von der Politik an der Justus-Liebig-Universität Gießen; 2001–2011 war er Richter am Bundesverfassungsgericht.

Die Reihe wurde wiederbegründet unter dem 262. Rektor der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Prof. Dr. Udo Sträter

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnd.d-nb.de> abrufbar.

XLII

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2012

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-041-3

Das Verfassungsprinzip der Gleichheit

VON BRUN-OTTO BRYDE

Für den Verfassungsrechtler wie den (ehemaligen) Verfassungsrichter geht das Thema „Gleichheit“ weit über den Art. 3 GG hinaus – Gleichheit ist ein Verfassungsprinzip und nicht nur ein Grundrecht*.

1776 hat die amerikanische Unabhängigkeitserklärung es als evidente Wahrheit verkündet, dass „alle Menschen gleich geschaffen sind“, und 1789 hat die französische Menschenrechtserklärung festgestellt, dass die Menschen „frei geboren sind und gleiche Rechte haben“. Seither ist Gleichheit ein fundamentales Prinzip des demokratischen Verfassungsstaates. Dabei hat es im Wertesystem des Verfassungsstaates eine bemerkenswerte Stellung: es ist gleichzeitig besonders allgemein akzeptiert und besonders streitig.

Unstreitige Grundlage sowohl der Demokratie wie des Rechtsstaats ist, dass alle Menschen Träger derselben Menschenrechte und Menschenwürde sind. Der Weg von der grundlegenden Anerkennung dieses Prinzips in den Deklarationen von Ende des 18. Jahrhunderts bis zu seiner Durchsetzung war allerdings lang und schmerzhaft. Auch wenn wir in deutschen Übersetzungen von Unabhängigkeitserklärung und Menschenrechtserklärung meist von „Menschen“ sprechen – philologisch wegen der Doppelbedeutung von „men“ und „hommes“ durchaus zulässig – so kann man sie auch als eine Gewährleistung von Rechten nur an Männer lesen, denn nur diese waren ursprünglich begünstigt:

* Der Vortragsstil wurde beibehalten. Die rechtsvergleichenden Hinweise beruhen teilweise auf Forschungen, die auch in einem Handbuchbeitrag eingegangen sind: B.-O. Bryde/Michael Stein, General Provisions Dealing with Equality, in: Routledge Handbuch of Constitutional Law (Mark Tushnet et. al. eds., 2012).

Olympe de Gouges kam für ihren Einsatz für Frauenrechte in der französischen Revolution aufs Schafott. Politische Rechte für Frauen setzten sich nach einem langsamen Beginn Ende des 19. Jahrhunderts in einigen Einzelstaaten im Westen der USA, in Neuseeland, Australien und Skandinavien erst im 20. Jahrhundert durch, in der Schweiz erst 1971. Trotz ihrer hohen Rhetorik fanden sich die Revolutionäre auch mit dem Fortbestand der Sklaverei ab. Die Verneinung der Gleichberechtigung aus rassistischen Gründen hatte dann in Nazi-Deutschland einen fürchterlichen Höhepunkt, die Rassentrennungsgesetzgebung der amerikanischen Südstaaten, die Schwarze zu Menschen 2. Klasse machte, überlebte bis in die 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts und in Australien haben die Aborigines erst seit 1962 ein generelles Wahlrecht. Ein hoffentlich nicht nur vorläufiges Ende der Differenzierung der Rechte von Menschen nach der Rasse bedeutete erst das Ende des Apartheid-Systems in Südafrika 1994. Heute besteht ein breiter internationaler Konsens, dass eine Differenzierung von Menschen nach Stand, Rasse und Geschlecht in ihrer Ausstattung mit Rechten, insbesondere mit politischen Rechten, nicht mehr akzeptabel ist.

Aber jenseits dieses generellen Konsenses beginnt die Kontroverse. Diese betrifft insbesondere die Frage, wie weit der Verfassungsstaat über die formelle Rechtsgleichheit hinaus auch für die tatsächliche Gleichstellung sorgen darf oder muss, und wenn ja, bis zu welcher Grenze. Das ist ein sehr aktuelles Thema: trotz der Beseitigung rechtlicher Diskriminierungen gibt es nach wie vor faktische und gesellschaftliche Diskriminierungen von Bevölkerungsgruppen, und in einer vielfältiger gewordenen Gesellschaft stellen sich dabei andere Probleme als in einer Gesellschaft, die eine hohe Übereinstimmung in Religion, Kultur und Lebensentwürfen aufweist. Gleichberechtigung ist also trotz Verschiedenheit zu gewährleisten.

Vor allem aber sind alle westlichen Gesellschaften durch die Zunahme sozialer Ungleichheit gekennzeichnet. Am stärksten in den USA: zu Beginn der Präsidentschaft von Ronald Reagan – ein passendes Datum, da die Marktreformen unter Reagan und Thatcher am Beginn einer Entwicklung bewusster Entsolidarisierungspolitik zur Überwindung des Wohlfahrtsstaats der Nachkriegszeit stehen – verdiente das oberste 1 % der Bevölkerung 9 % des Volkseinkommens, heute sind es 25 %. Auch in Deutschland ist der Unterschied bei Einkommen und den Vermögen

gewachsen. Der Anteil mittlerer Einkommen ist gesunken, während der Anteil derjenigen, die mehr als das Doppelte des Durchschnittseinkommens verdienen, um über ein Drittel, der Anteil derjenigen, die weniger als die Hälfte verdienen, um fast zwei Drittel gestiegen ist. Die untere Hälfte der Bevölkerung hat gar kein Nettovermögen. Die oberen 10 % verfügen demgegenüber über mehr als 61 % und das oberste 1 % hält fast ein Viertel des gesamten Vermögens in Händen.

Diese Ungleichheit lässt sich auch immer weniger mit Chancengleichheit für alle rechtfertigen. Auch hier sind die Zahlen deutlich. Die Durchlässigkeit der Gesellschaft nimmt ab, die Wahrscheinlichkeit, dass Kinder aus armen Familien wieder arm sein werden – und die Kinder von Millionären Millionäre – nimmt in allen westlichen Gesellschaften zu.

Das ist allerdings in erster Linie ein Thema politischer und nicht verfassungsrechtlicher Auseinandersetzung: mit welchem Nachdruck der Sozialstaat sozialen Ausgleich verfolgen sollte, oder ob es reicht, Chancengleichheit herzustellen und den Rest dem Markt zu überlassen, und welche Politik, zum Beispiel welche Bildungs- und Familienpolitik, zur Herstellung von Chancengleichstellung geeignet ist, ist legitimer Gegenstand politischen Streits. Aber die Verfassung macht für diese Auseinandersetzung Vorgaben und zieht der politischen Aktion Grenzen. Es reicht, an die juristische Auseinandersetzung um Quoten oder die Antidiskriminierungsgesetzgebung zu erinnern, um zu illustrieren, dass diese Auseinandersetzung auch mit juristischen Argumenten geführt wird.

Bei meinem Vortrag geht es mir daher nicht nur um juristische Dogmatik, und ganz sicher nicht nur um eine Dogmatik des Gleichheitssatzes, aber auch nicht nur um Politik, sondern um die Verfassung: eine zunehmende soziale Ungleichheit setzt nämlich alle Verfassungsprinzipien unter Stress, nicht nur den Sozialstaat, sondern auch die Demokratie und die Grundrechte.

Damit ist die Gliederung dieses Vortrags vorgegeben:

Nach einem Überblick über Gleichheit als Grundrecht werde ich mich der Gleichheit im Sozialstaat und der demokratischen Gleichheit widmen.

1. Gleichheit als Grundrecht

Weil Gleichheit ein Grundprinzip des demokratischen Verfassungsstaates ist, gibt es auch in fast allen modernen Verfassungen verfassungsrechtliche Gleichheitsgarantien, die als Grundrecht normiert sind und auch den Gesetzgeber binden.

Das war allerdings ein langer Weg.

Die Gleichheitsforderungen des 18. Jahrhunderts waren revolutionär und wandten sich gegen die bestehende Rechtslage: diese war nämlich gerade nicht auf Gleichheit gegründet, sondern sah Sonderrechte je nach Stand vor. Nachdem diese beseitigt und Gleichheit der Bürger (genau genommen allerdings nur die Gleichheit weißer männlicher Besitzbürger) hergestellt war, ändert das Gleichheitspostulat zunächst einmal seine Stoßrichtung. Da nunmehr die Bürger selbst an der Gesetzgebung beteiligt waren und Gesetze allgemeine Regeln für alle aufstellten, wurde Gleichheit mit Gesetzesvorbehalt und Gesetzesvorrang identifiziert: wurden die allgemeinen, von den Bürgern selbst gegebenen Gesetze eingehalten, galt auch Gleichheit als gesichert. In der Formulierung von Art. 3 Absatz 1 GG, der seinem Wortlaut nach nicht die Gleichheit gegenüber dem Gesetzgeber, sondern nur die Gleichheit „vor dem Gesetz“ garantiert, kann man diese alte, in der Weimarer Republik herrschende Auffassung noch erkennen.

Dass auch der Gesetzgeber ungleich handeln konnte, wurde erst allmählich erkannt, vor allem hinsichtlich der Diskriminierung von Bevölkerungsgruppen: das 14. Amendment in den USA versprach nach dem Bürgerkrieg „equal protection of the laws“ und zielte zunächst auf den Schutz der befreiten Sklaven gegen diskriminierende Gesetze in den Südstaaten, war also deutlich gerade gegen den Gesetzgeber gerichtet. Auch Deutschland hat im Nationalsozialismus Erfahrung mit einem Gesetzgeber gemacht, der mit formal allgemeinen Gesetzen Gleichheit

radikal verneinte. Angesichts der Übernahme der alten Formulierung von der Gleichheit „vor“ dem Gesetz wurde nach 1949 die Debatte über die Gleichheitsbindung des Gesetzgebers zwar wieder aufgenommen, aber sie wurde vor diesem Hintergrund sehr rasch im Sinne einer Bindung auch des Gesetzgebers entschieden. Als ich studiert habe, musste man bei Klausuren über Art. 3 Abs. 1 GG noch ausführlich die Bindung des Gesetzgebers begründen, wenn Studenten dafür heute mehrere Seiten verwenden würden, würde man ihnen wohl eine falsche Schwerpunktsetzung vorwerfen.

In der Verfassungsvergleichung unterscheiden sich Gleichheitsgarantien vor allem danach, ob sie ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot aufstellen – wichtigstes Beispiel sind die USA, nur die Diskriminierung bestimmter Gruppen verbieten – so in Skandinavien und Kanada, oder – wie Art. 3 GG in Deutschland und heute den meisten Verfassungen – beides kombinieren, also sowohl ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot wie spezifische Diskriminierungsverbote kennen.

Auch wenn allgemeines Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot beide demselben Ziel der Gewährleistung von Gleichheit dienen, sind sie dogmatisch unterschiedlich konstruiert:

Diskriminierung ist im Prinzip verboten, Diskriminierungsverbote können daher ähnlich wie Freiheitsrechte geprüft werden: wird eine Diskriminierung festgestellt, ist sie nur verfassungsgemäß, wenn sie sich ausnahmsweise rechtfertigen lässt.

Ein vergleichbares Regel-Ausnahme-Verhältnis, das die juristische Arbeit sehr erleichtert, gibt es beim allgemeinen Gleichheitssatz nicht. Ralf Dahrendorf hat in seinem Essay „Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen“ geschrieben: wir sind nur vor dem Gesetz gleich, nach dem Gesetz nie, und er hat die Entstehung der Ungleichheit unter den Menschen mit der Existenz von Recht erklärt. Jedes Gesetz, das eine Rechtsfolge an einen Tatbestand knüpft, behandelt logisch zwingend diejenigen, die unter den Tatbestand fallen, anders, als diejenigen, bei denen das nicht der Fall ist. Man kann den Gesetzgeber daher nicht für jede Tatbestandsbildung unter einen vergleichbaren Rechtfertigungszwang stellen, wie beim Eingriff in Freiheitsrechte oder Diskriminierungsverbote.

Während also die Arbeit mit Diskriminierungsverboten juristisch verhältnismäßig leicht ist, ist – wie Sie sicher wissen und auch selbst schon bei der Bearbeitung von Fällen erlitten haben – der allgemeine Gleichheitssatz eines der dunkelsten Kapitel der Grundrechtslehre. Die Tatsache, dass man zwanglos und ohne große geistige Anstrengung bei jedem Gesetz eine Ungleichbehandlung behaupten, und meist auch vortragen kann, wie das Gesetz sich ein wenig gleicher gestalten lassen könnte, führt dazu, dass der Gleichheitssatz das am häufigsten in Karlsruhe gerügte Grundrecht ist. Es bedeutet aber auch eine ständige Versuchung für das Verfassungsgericht, sein eigenes Urteil über rationales Gesetzgeben an die Stelle der Auffassung des Gesetzgebers zu setzen.

Ich kann nicht behaupten, dass es dieser Versuchung nie erliegt. Einer meiner beiden Dissents – der zum Nichtrauchergesetz – war diesem Thema gewidmet (BVerfGE 121, 317, 378). Auch bei einigen weiteren der wenigen Entscheidungen, in denen ich in meiner Amtszeit im Senat in der Minderheit blieb, ohne das durch eine abweichende Meinung zu dokumentieren, beruhte das darauf, dass ich dem Gesetzgeber einen größeren Spielraum bei dem schwierigen politischen Geschäft, Typen zu bilden, Grenzen festzulegen und Kompromisse zu machen, geben wollte als meine Kolleginnen und Kollegen.

Die Gefahr einer Weiterentwicklung der Gleichheitskontrolle zu einer umfassenden Rationalitäts- und Systemgerechtigkeitskontrolle ist dabei nicht nur ein deutsches Problem: ähnliche Tendenzen lassen sich auch in anderen Verfassungsstaaten beobachten: in Italien entnimmt das Verfassungsgericht dem dortigen Art. 3, der sprachlich noch enger als der deutsche Art. 3 GG ist, nämlich ein reines Diskriminierungsverbot, ein generelles Gebot rationaler Gesetzgebung und setzt dieses umfassend zur Kontrolle des Gesetzgebers ein. In Österreich übernimmt der Gleichheitssatz die Funktion eines Auffanggrundrechts, die bei uns die allgemeine Handlungsfreiheit hat, und auch in Indien nimmt die Gleichheitskontrolle einen immer breiteren Raum ein – und gleichzeitig die Kritik an richterlichen Übergriffen in die Politik zu. Dogmatisch sind allgemeine Gleichheitssätze wohl das offenste Tor für richterliche Politik. Allerdings gibt es – wie bereits erwähnt – auch Gegenbeispiele: der kanadische Gleichheitssatz ist fast wörtlich so formuliert wie der Italiens, aber der kanadische Supreme Court versteht ihn bisher als Diskriminierungsverbot.

Wegen der Notwendigkeit, dem Gesetzgeber einen hinreichenden Spielraum zu geben, war auch nach der Durchsetzung der Gleichheitsbindung des Gesetzgebers völlig herrschende Lehre, dass der Gesetzgeber nur auf Willkür überprüft werden kann, wenn es für eine gesetzliche Unterscheidung überhaupt keinen vernünftigen Grund gibt. Das hat das Bundesverfassungsgericht seit 1980 aufgegeben, als es zum ersten Mal die neue Formel einsetzte (BVerfGE 55, 72). Trotz meines Plädoyers für richterliche Zurückhaltung bei der Anwendung des Gleichheitssatzes halte ich das im Prinzip für richtig. Die bis dahin geltende Kluft zwischen streng angewandten Diskriminierungsverboten der Absätze 2 und 3 und bloßer Willkürkontrolle bei allen anderen Gleichheitsproblemen wird deren Vielgestaltigkeit nicht gerecht.

In Ländern, in denen es nur einen allgemeinen Gleichheitssatz gibt, wie vor allem in den USA, hat die Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt, die eine mehr oder weniger strenge Prüfung erfordern, letzteres insbesondere bei so genannten „suspekten“ Unterscheidungen. Die meisten Staaten folgen heute aber dem deutschen Modell: auch unter dem Einfluss von Diskriminierungsverboten des Völker- und Europarechts verbindet die Verfassung einen allgemeinen Gleichheitssatz mit einem mehr oder weniger umfassenden Katalog von spezifischen verbotenen Diskriminierungen.

Das könnte ein *argumentum e contrario* nahe legen: wenn die Verfassung selbst festlegt, welche Unterscheidungen suspekt sind, so könnte man argumentieren, dann bedürfen Unterscheidungen, die nicht darunter fallen, auch keiner besonderen Rechtfertigung, sondern unterliegen nur einer Willkürkontrolle.

Das war in der Tat in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik herrschende Lehre und ist wohl gedanklich auch heute noch einflussreich. Bei der Behandlung von Ausländern zum Beispiel gibt es eine Tendenz, nachdem man erst einmal festgestellt hat, dass die Ausländereigenschaft nicht unter das Diskriminierungsverbot der „Herkunft“ und damit nicht unter Art. 3 Abs. 3 fällt, auch jede Ungleichbehandlung ohne weitere Prüfung für erlaubt zu halten. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber erkannt, dass es auch im Anwendungsbereich des Abs. 1 des allgemeinen Gleichheitssatzes mehr oder weniger „suspektere“ Differenzierungen gibt. Es verwendet daher unterschiedliche Maßstäbe, vom

Willkürmaßstab, der keinesfalls aufgegeben ist, sondern nach wie vor Ausgangspunkt für die Masse der Fälle sein muss, bis zur strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Frage, wann welcher Maßstab gilt, war lange verwirrend, das Gericht bemüht sich jedoch seit geraumer Zeit um Präzisierung der Fälle, in denen eine über den Willkürmaßstab hinausgehende Prüfung notwendig ist. Der Erste Senat hat das jüngst in den Entscheidungen zur Ausbildungsförderung (BVerfGE 129, 49, 68) und zum bayerischen Erziehungsgeld (1 BvL 14/07 v. 7.2.2012) noch einmal lesenswert zusammengefasst.

Besonders wichtig ist dabei ein strenger Maßstab bei Differenzierungen, die denen des Abs. 3 nahe kommen. Das Gericht verwendet die expliziten Verbote des Abs. 3 also gerade nicht als *argumentum e contrario*, sondern eher als Ausgangspunkt einer Analogie. Das hat das Gericht zunächst für Transsexuelle so formuliert (BVerfGE 88, 87 96). In meiner Zeit im Senat haben wir das dann auch für die sexuelle Orientierung in den Entscheidungen zur Altersversorgung (BVerfGE 124, 199) und Erbschaftssteuer (BVerfGE 126, 400) bei Lebenspartnerschaften bestätigt. Auch die Entscheidungen über die Gleichbehandlung von Ausländern zum Kindergeld (BVerfGE 111, 160) und jüngst zum bayerischen Erziehungsgeld (1 BvL 14/07 v. 7.2.2012) gehören in diese Linie. Mit dieser Ausweitung von Tatbeständen, die wie Diskriminierungsverbote geprüft werden, hält das Gericht dabei auch den Schulterchluss mit der internationalen Rechtsentwicklung, in der verbotene Diskriminierungen ja heute auch über die klassischen Fälle – Rasse und Geschlecht – hinausgehen.

Eine zweite wichtige Fallgruppe für eine strengere Prüfung sind Ungleichbehandlungen, die die Ausübung von Grundrechten erschweren, also zum Beispiel die Ausübung eines Berufs behindern oder das Eingehen einer Ehe erschweren. Diese Fallgruppe ist deshalb interessant, weil häufig ein Gegensatz zwischen Freiheit und Gleichheit angenommen wird, und zwar im Sinne eines Nullsummenspiels: je mehr Gleichheit, desto weniger Freiheit. Das ist zu schlicht, auch wenn es wie auch zwischen anderen Verfassungsprinzipien zu Spannungen kommen kann, bedingen Freiheit und Gleichheit einander.

Das Grundgesetz erlaubt den Menschen unter dem Prinzip der Freiheit unterschiedliche Lebensentwürfe, kulturelle und religiöse Entwicklung

und berufliche Entfaltung. Gesetze, die das im Interesse einer Homogenisierung verhindern wollten, würden in der Tat Freiheit einschränken. Aber die Gleichheitsgebote des Grundgesetzes sichern auch dagegen, dass an diese Verschiedenheit negative Folgen geknüpft werden und dass gesetzgeberische Distinktionen die Entfaltung grundrechtlicher Freiheit behindern, und können so Freiheit gerade fördern.

2. Soziale Gleichheit

Damit komme ich zu meinem zweiten Teil, der sozialen Gleichheit.

Das Hauptfeld politischer Auseinandersetzungen über Gleichheit sind nämlich gar nicht mehr so sehr Gleichheitsverstöße des Gesetzgebers, sondern die Frage, wie weit der sozialstaatliche Gesetzgeber faktische Diskriminierungen und ungleiche Lebenschancen bekämpfen darf oder sogar muss. Die Abschaffung rechtlicher Diskriminierungen führt ja nicht auch zur tatsächlichen Gleichstellung und häufig ist nicht der Staat, sondern sind Wirtschaft und Gesellschaft für solche Diskriminierungen verantwortlich.

Bevor ich Verfassungsrichter wurde, war ich Mitglied in dem Ausschuss der Vereinten Nationen, der die Einhaltung der Konvention gegen Rasediskriminierung überwacht. Dabei fanden wir nach dem Ende der Apartheid fast nirgendwo mehr gesetzliche Diskriminierungen gegen Minderheiten – letztes Überbleibsel waren osteuropäische Gemeindeordnungen, die die Ansiedlung von Roma verboten. Massive gesellschaftliche Diskriminierung bestimmter Gruppen gibt es hingegen überall auf der Welt, auch in Europa zum Beispiel von Roma und Migrantengruppen auch noch nach mehreren Generationen. Die Konvention verlangt von den Mitgliedstaaten aber auch Vorkehrungen gegen solche tatsächlichen Ungleichheiten, zum Beispiel bei dem Zugang zu Arbeit und Wohnung. Bei dem hitzigen Streit über die Antidiskriminierungsgesetzgebung wurde in der Regel nicht thematisiert, dass der Erlass einer solchen Gesetzgebung eigentlich seit Mitte der 60er Jahre völkerrechtliche Pflicht der Bundesrepublik gewesen wäre.

Rechtliche Benachteiligungen für Frauen gibt es noch in vielen Ländern, zum Beispiel auf der arabischen Halbinsel, aber jedenfalls in westlichen Staaten sind sie beseitigt, ohne dass dies tatsächliche Ungleichheiten beseitigt hätte.

Durch die Änderung des Art. 3 Abs. 2 GG im Zuge der Verfassungsreform 1994 wurde klargestellt, dass der Gesetzgeber auch die tatsächliche Gleichstellung zu fördern hat und durch die, vor allem europäischen Vorgaben verpflichtete, Antidiskriminierungsgesetzgebung wird heute jedenfalls eine Schutzpflicht des Staates gegen gesellschaftliche Diskriminierung anerkannt.

Eine über den Schutz benachteiligter Gruppen hinausgehende Fürsorge des Staates für gleiche Lebenschancen der Menschen ist in den meisten Staaten – soweit dies überhaupt als verfassungsrechtliches und nicht bloß politisches Problem angesehen wird – nicht Gegenstand von Gleichheitsgrundrechten, sondern von sozialen Grundrechten und Sozialstaatsprinzip.

Sozialstaat und Menschenwürde verlangen, wie wir es im Hartz-IV-Urteil (BVerfGE 125, 175) ausgeführt haben, zumindest für alle ohne Unterschiede die Sicherung des Existenzminimums. Aber soziale Gleichheitsgarantien gehen darüber hinaus. Für einige zentrale Leistungen der Gesellschaft für den Einzelnen, insbesondere Gesundheit und Erziehung, gewährt der Sozialstaat prinzipiell den gleichen Zugang für alle.

Wie weit der Sozialstaat darüber hinaus Lebenschancen angleicht, ist in erster Linie eine Frage der Politik. Aber auch die Politik stößt hier häufig in einer Marktwirtschaft unter den Bedingungen der Globalisierung an ihre Grenzen. In einer freiheitlichen Gesellschaft mit liberaler Wirtschaftsordnung wird es immer erhebliche Einkommens- und Vermögensunterschiede geben. Aber das Sozialstaatsprinzip ist gegenüber dieser Entwicklung nicht neutral, sondern weist als Staatszielbestimmung eine Richtung, ohne dem Gesetzgeber zu konkrete Vorgaben zu machen.

Zu seinem Kern gehört jedenfalls traditionell, dass es auf soziale Gerechtigkeit und sozialen Ausgleich zielt und vor allem zugunsten der

Schwächeren in der Gesellschaft wirkt. Dazu gehört auch das Ziel, eine zu disparate Einkommens- und Vermögensverteilung zu vermeiden. Diese Dimension des Sozialstaatsprinzips wird allerdings nicht mehr allgemein akzeptiert. Tatsächlich ist es dem europäischen Sozialstaat bis in die 70er Jahre gelungen, Ungleichheit abzubauen, seither nimmt sie – wie beschrieben – zu, ein Prozess, der sich ohne Gegensteuerung beschleunigen dürfte. Sozialer Ausgleich ist aber im Grundgesetz nicht nur im Sozialstaatsprinzip, sondern auch in dessen Konkretisierung in Art. 14 Abs. 2 GG, der Sozialpflichtigkeit des Eigentums, zum verfassungsrechtlichen Ziel erhoben.

Der Sozialstaat wird zwar in erster Linie „unten“, zum Beispiel durch die Garantie von Mindesteinkommen ansetzen, aber für einen auf sozialen Ausgleich zielenden Sozialstaat darf auch die Eindämmung wachsender Einkommens- und Vermögensdisparitäten durch stärkere Belastung „oben“ nicht tabu sein. Da die Marktgesetze nicht auf Ausgleich zielen, dies nach herrschenden ökonomischen Lehrmeinungen auch nicht dürfen, wenn sie Allokationseffizienz nicht verfehlen wollen, ist das Steuersystem das gegebene und marktkonformste Ausgleichsmittel, das jedenfalls ungleich sinnvoller ist als regulatorische Instrumente wie die Beschränkung von Managergehältern.

Der Sozialstaat wird daher das Steuersystem im Prinzip progressiv auszugestalten und von dem, der mehr verdient, nicht nur absolut, sondern auch relativ einen größeren Beitrag zu verlangen haben. Der Steuerprogression sind allerdings ökonomische und pragmatische Grenzen gesetzt. Sie darf sinnvollerweise nicht so hoch werden, dass Leistungsanreize zu niedrig oder Anreize zur Steuerhinterziehung zu groß werden. Progressive Steuersysteme haben darüber hinaus das Problem, dass Steuersubventionen ungleich wirken. Je progressiver die Steuersätze ausgestaltet sind, desto größer die Vorteile von Steuersubventionen.

Dieser Zusammenhang setzt sinnvoller Progression Grenzen: Aber das Modell eines einheitlichen Steuersatzes, das eine Umverteilung und den Ausgleich einer wachsenden Ungleichheit von vornherein ausschließt, ist mit einem auf sozialen Ausgleich zielenden Sozialstaat kaum zu vereinbaren.

Dem sozialen Ausgleich dienten auch die Besteuerung hoher Vermögen durch eine Vermögenssteuer und die Begrenzung des generationenübergreifenden Aufbaus von Vermögen durch Erbschaftssteuer.

Die Aussetzung der Vermögenssteuer in der Bundesrepublik war ein symbolisch wichtiger Angriff auf den Art. 14 Abs. 2 GG zu Grunde liegenden Gedanken einer besonderen Sozialpflichtigkeit großer Vermögen. Umso problematischer ist, dass dieser wichtige Schritt ohne eigentliche politische Entscheidung erfolgt ist. Er erfolgte vielmehr im Zusammenspiel einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung, die ein ganz anderes Thema zum Gegenstand hatte, mit bloßer Untätigkeit des Gesetzgebers, obwohl es für eine Abschaffung der Vermögenssteuer durch aktives Tun keine Mehrheiten gegeben hätte. Das Bundesverfassungsgericht hat die Vermögenssteuer entgegen einer immer wieder verbreiteten Legende nicht für verfassungswidrig, sondern lediglich die zu geringe Bewertung von Immobilienvermögen für gleichheitswidrig erklärt (BVerfGE 93, 121). In der Logik der Entscheidung lag daher nicht die Abschaffung der Steuer, sondern ihre Erhöhung. Durch eine Tenorierung, die zur Erzwingung gesetzlichen Gehorsams zwar verständlich, hinsichtlich des Eingriffs in den politischen Willensbildungsprozess aber gefährlich ist, gab das Gericht den Gegnern der Steuer die Möglichkeit, sie durch bloße Untätigkeit abzuschaffen, obwohl es für ihre Abschaffung keine parlamentarischen Mehrheiten gegeben hätte – im Bundesrat hätte ein Antrag auf Abschaffung damals keine einzige Stimme bekommen, im Bundestag nur eine Hand voll.

Die Verhinderung zu exzessiver Ungleichheit der Vermögensverteilung ist im Übrigen nicht nur vom Sozialstaat gefordert, sondern auch marktgerecht, da die Marktwirtschaft auf Leistungsanreize für das Individuum setzt, nicht die Privilegierung von ererbtem Status. Ein Staat ohne Vermögenssteuer und ohne (fühlbare) Erbschaftssteuer ist auf dem Weg von der Marktwirtschaft zum Feudalismus.

3. Demokratische Gleichheit

Das ist auch ein Problem für die Demokratie, und damit komme ich zum dritten und letzten Teil.

Für die Demokratie ist Gleichheit ein Grundprinzip. Weil alle Menschen gleich sind, können sie nur gemeinsam politische Herrschaft ausüben. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 5, 85, 197):

die Menschen selbst (gestalten) ihre Entwicklung durch Gemeinschaftsentscheidungen, die immer nur in größter Freiheit zu treffen sind. Das ermöglicht und erfordert aber, daß jedes Glied der Gemeinschaft freier Mitgestalter bei den Gemeinschaftsentscheidungen ist.

Da alle gleich viel zählen, ergibt sich daraus auch das Mehrheitsprinzip: da die Interessen aller gleich gewichtig sind, sind die Interessen von 51 gewichtiger als die von 49. Dieses Modell setzt allerdings eine faktisch nicht vorhandene gleichgelagerte Interessenstruktur voraus. Rousseau hielt eine Demokratie daher nur in kleinen Einheiten, zum Beispiel den Schweizer Kantonen, wo „das glücklichste Volk der Erde sich unter der Eiche versammelt“, für möglich: sobald eine Einheit so groß und differenziert ist, dass sie zum Beispiel sowohl Bauern wie Fischer umfasst, drohe bei dem einfachen Mehrheitsprinzip eine einseitige Durchsetzung von Interessen und die Verfehlung der *volonté générale*.

Die Lösung des Verfassungsstaates für dieses Problem sind Vorkehrungen, die die einseitige Interessendurchsetzung der Mehrheit in Schranken halten. Eine solche Vorkehrung ist der Bundesstaat. Im Bundesstaat muss die angemessene Vertretung der Teileinheiten berücksichtigt werden, was notwendig zu einer Überrepräsentation kleiner Teile führt. Es ist daher unverstänlich, wenn der 2. Senat meines ehemaligen Gerichts im Lissabon-Urteil das Modell einer Demokratie mit einfachem Mehrheitsprinzip auf eine bundesstaatliche Situation anwendet (BVerfGE 123, 267, 373 ff): der Grundsatz *one-man-one-vote*, so wie er dort verstanden wird, gilt in keinem Bundesstaat und lässt sich ganz sicher nicht auf eine transnationale Demokratie übertragen.

Wichtiger ist die verfassungsrechtliche Bindung der Mehrheit an eine Verfassung, insbesondere an Grundrechte, und deren Kontrolle, die heute in den meisten Verfassungsstaaten richterliche Kontrolle ist: auf diese Weise werden die Menschen dagegen gesichert, dass die Mehrheit über besonders wichtige Interessen der Minderheit, einschließlich der kleinsten Minderheit, den einzelnen Grundrechtsträger hinweg geht, dies allerdings um den Preis einer Einschränkung demokratischer Mehrheitsherrschaft.

Aber von diesen Einschränkungen des Mehrheitsprinzips im Verfassungsstaat abgesehen, ist das Gleichheitsprinzip fundamental. Der Grundsatz gleicher Wahl hat daher Lehre und Rechtsprechung ungleich mehr beschäftigt als alle anderen Wahlrechtsgrundsätze.

Dabei will ich nicht viele Worte über den aktuell beim Verfassungsgericht liegenden Streit um die Verfassungsmäßigkeit der Überhangmandate machen. Ich habe mich dazu bereits wiederholt im Sinne einer Verfassungswidrigkeit geäußert. Waren Überhangmandate in der alten Bundesrepublik eher ein Randproblem, so haben die Wahlgeographie nach der Wiedervereinigung und die Ausdifferenzierung des Parteiensystems sie zu einer sehr schwerwiegenden Verzerrung des Erfolgswertes gemacht. Der 2. Senat hat die Regelung bekanntlich 1997 mit einer 4:4 Entscheidung für zulässig erklärt, aber auch die vier das Urteil tragenden Richter beschränkten das auf eine Situation, in der Überhangmandate nicht zu einer wesentlichen Verzerrung führen (BVerfGE 95, 335). Das kann man nach über 20 Mandaten bei der letzten Wahl – und wenn Wahlforscher für die nächste Wahl bis zu 50 Überhangmandate für möglich halten – kaum noch sagen. (Mit seiner Entscheidung vom 25.7. 2012 sieht das Bundesverfassungsgericht es inzwischen genau so).

Demokratische Gleichheit geht aber über die unter dem Stichwort „Wahlrechtsgleichheit“ diskutierten Fragen hinaus.

Die Partizipation ist nämlich nicht nur unvollkommen, sondern auch nicht durch Chancengleichheit gekennzeichnet. Die schon mehrfach erwähnte wachsende soziale Ungleichheit kann auch die egalitäre Natur des demokratischen politischen Prozesses beschädigen. Unten hindern die Gründe, die zur sozio-ökonomischen Exklusion führen, zum Beispiel Bildungs- und Ausbildungsdefizite, oft auch an folgenreicher politischer Mitwirkung, und oben erlauben wirtschaftliche Ressourcen auch eine privilegierte Einwirkung auf den politischen Prozess. Wenn – wie in den USA – 1% über ein Viertel des Volkseinkommens verfügt, kann man Millionen in politische Kampagnen stecken, ohne es auf dem Konto zu bemerken. Man ist – wie Paul Krugman es kürzlich in der *New York Times* formuliert hat, ich selbst hätte nie gewagt so ein böses Wort in den Mund zu nehmen – auf dem Weg von der Demokratie zur Plutokratie. Wir sind bisher in Deutschland zwar noch von den schlimmsten Auswüchsen der direkten Umsetzung von wirtschaftlicher

in politische Macht verschont: man muss in Deutschland nicht Millionär sein oder die Unterstützung reicher Sponsoren haben, um sich um ein politisches Mandat zu bewerben – die Piraten machen es gerade vor, und bisher hält sich auch in Deutschland noch kein Milliardär oder Oligarch seine Privatpartei, aber festzuhalten gilt, dass zu große Ungleichheit nicht nur ein Thema für die Sozialpolitik ist, sie gefährdet auch die Demokratie.

Ein wichtiger Schauplatz für den Umsatz von wirtschaftlicher in politische Macht ist der Medienmarkt. Demokratien sind durch die Zusammenballung und den politisch einseitigen Einsatz privater Medienmacht bedroht. Umberto Eco hat dazu gesagt „Wenn es heute eine Diktatur gibt, wird es eine mediale und keine politische sein.“ Die Logik der demokratischen Grundrechtsordnung verlässt sich darauf, dass sich im pluralistischen Markt der Meinungen Unsachlichkeiten und Einseitigkeiten gegenseitig ausgleichen. Aber je mehr Medienvielfalt schwindet, ist diese Logik gefährdet. Kommerzieller Wettbewerb reicht nicht aus, inhaltlichen Pluralismus zu garantieren. Wirtschaftlich konkurrierende Medienkonzerne können ihre politische Grundeinstellung teilen, und das ist bei einer Aufteilung von Medienmärkten auf Großkonzerne nicht einmal unwahrscheinlich: In einer Reihe von Ländern mit demokratischer Verfassungsordnung sind die Voraussetzungen einer pluralistischen und gleichgewichtigen Repräsentation unterschiedlicher politischer Meinungen und gesellschaftlicher Interessen als Voraussetzung für einen demokratischen Willensbildungsprozess jedenfalls akut bedroht. Ob die Möglichkeiten des Internets ein Gegenmittel sind, bleibt abzuwarten. Die vom Bundesverfassungsgericht hellstichtig aufgestellte Forderung nach einem pluralistischen öffentlichen Rundfunksystem bleibt daher von zentraler Bedeutung.

Demokratische Gleichheit fordert daher nicht nur wie das Sozialstaatsprinzip den Kampf gegen soziale Exklusion, sondern auch Vorkehrungen, die vor der Umsetzung wirtschaftlicher Macht in politische Macht sichern. Das reicht von vernünftigen Regeln für die Parteienfinanzierung bis zur Garantie von Medienvielfalt.

Ich komme zum Schluss:

Auch nach Beendigung des Richteramtes liegt mir die Zukunft unserer Verfassungsordnung und unseres Gemeinwesens am Herzen. Die wachsende Kluft zwischen Arm und Reich, die sich angesichts zunehmender Verfestigung von Ungleichheit und dem Abbau von Aufstiegschancen immer weniger durch den Verweis auf Chancengleichheit rechtfertigen lässt, ist ein ernstes Problem. Verfassungsgericht und Verfassungsrecht können dieses Problem – wie viele andere Probleme auch – nicht lösen, allenfalls Grenzpfähle setzen und Richtungen weisen. Aber letztlich müssen die Probleme durch demokratische Politik gelöst werden, und dazu müssen wir alle unseren Beitrag leisten.

www.uvhw.de

ISBN 978-3-86977-041-3



9 783869 770413