



University of Zurich
Zurich Open Repository and Archive

Winterthurerstr. 190
CH-8057 Zurich
<http://www.zora.uzh.ch>

Year: 2001

Rechtsgleichheit (Grundbegriffe unserer Rechtskultur III)

Kley, A

Kley, A (2001). Rechtsgleichheit (Grundbegriffe unserer Rechtskultur III). *Reformatio*, 50(4):237-242.
Postprint available at:
<http://www.zora.uzh.ch>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich.
<http://www.zora.uzh.ch>

Originally published at:
Reformatio 2001, 50(4):237-242.

Andreas Kley

Rechtsgleichheit

Gleichheit! - Gleichheit?

"Wenn die Gleichheit der Stände, über die man jetzt so viel schreibt und spricht, etwas Wünschenswertes ist, so muß sie notwendig etwas jener Gleichheit Analoges haben, die man nach Aufhebung des Rechts des Stärkeren durch weise Gesetze eingeführt hat. Es ist daher ein gar sonderbares Argument, das man zur Verteidigung der Ungleichheit beibringt, wenn man sagt, die Menschen würden mit ungleichen Kräften geboren. Denn hierauf kann man antworten: eben deswegen, weil die Menschen mit ungleichen Kräften geboren werden, und der Stärkere den Schwächeren verschlingen würde, hat man sich in Gesellschaften vereinigt, und durch Gesetze eine größere Gleichheit eingeführt. (...) Überhaupt wäre es wohl besser, zu sagen: Gleichgewicht der Stände, als: Gleichheit"¹.

Georg Christian Lichtenberg (1742-1799) verfasste diesen Text während der französischen Revolution und liess sich von ihr auch inspirieren. Lichtenberg sieht dementsprechend das Gesetz als Mittel, um gesellschaftliche Gleichheit herzustellen². Die Menschen fügen sich zu einer Gesellschaft zusammen, welche die schädlichen Formen der Ungleichheit fortwährend beseitigt. Er übersieht indes keineswegs die Tatsache, dass das Ideal der Gleichheit in schroffem Gegensatz zur Realität der Ungleichheit der Menschen steht. Es sollte sich dann rasch erweisen, dass Gleichheit ein ständiges Auf-Dem-Weg-Sein bedeutete, sich nicht aber als ein idealer Endzustand ein für allemal erreichen liess.

Die Idee der Gleichheit war schon seit jeher mit den verschiedensten Vorstellungen verbunden. In der französischen Menschenrechtserklärung von 1789 war die egalitäre Komponente gegenüber der Freiheit noch eher schwach ausgerichtet. Dies lag am Bürgertum, das durch den Dritten Stand und die hinzukommenden Adligen und Kleriker in der Nationalversammlung stark vertreten war, wogegen die Frauen und die Un-

¹ Lichtenberg, Aus den Sudelbüchern, K 296, Band 2, S. 451.

² Vgl. meinen ersten Beitrag "Gesetzmassigkeitsprinzip" zu den Grundbegriffen der Rechtskultur, ZeitSchrift - Ausgabe 2000/6, S. 359 ff.

terschichten in der Nationalversammlung keine Stimme hatten. Das Bürgertum wollte vor allem Freiheit und Eigentum sichern; die Herstellung von Gleichheit war nicht sein hauptsächlichstes Anliegen. So blieb in der Nationalversammlung das Anliegen der Besserstellung der sozial Schwachen und der Frauen unerledigt und so sollte es noch während längerer Zeit bleiben. Anatole France gab dieser Frage 1894 in seinem Roman "Die rote Lilie" einen ironischen Ausdruck. Er schrieb über den Stolz der französischen Bürger, die arbeiten dürfen unter der majestätischen Gleichheit des Gesetzes, das Reichen wie Armen gleicherweise verbietet, unter Brücken zu schlafen, auf den Strassen zu betteln und Brot zu stehlen. Die westlichen Staaten haben in der Tat die formale Gleichheit nach dem zweiten Weltkrieg mit der Sozialstaatlichkeit ergänzt. Damit werden die grössten sozialen Ungleichheiten ausgeebnet und es wird auch wirtschaftliche Gleichheit angepeilt, damit die Menschen faktisch ihr Gleichsein erfahren können.

Freilich war der formale Gleichbehandlungsgedanke bereits schon von erheblicher Wirkung: Er war gesetzt worden und liess sich auf Dauer nicht mehr allein auf das Bürgertum beschränken. Sein Entwicklungspotential und seine gestaltende Kraft ist bis heute ungebrochen. Es ist interessant die progressiven und die retardierenden Momente dieser Leitidee im Laufe der Geschichte des politischen Denkens aufzugreifen.

Gleichheit lässt sich immer "kühner" denken ...

Die Gleichheit fand mit und nach der französischen Revolution ihren Niederschlag als Rechtsgleichheit in den geschriebenen Staatsverfassungen. So bestimmt etwa Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung von 1999: "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich". Damit fand die Idee der Gleichheit und die sich dahinter verbergenden Vorstellungen von Freiheit eine ausdrückliche Anerkennung. Nur, was beinhaltet diese Rechtsgleichheit?

Es liegt an den Verfassungsgerichten der Staaten, diese Rechtsgleichheit genauer zu bestimmen. Das schweizerische Bundesgericht verwendet die folgende Standard-Formel: "Eine Regelung verletzt den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung [...],

wenn [sie] Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. *Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird.* Vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht. Die Frage ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen"³. An dieser Definition fällt ihr tautologischer Charakter und der verwendete Rückgriff auf höhere Prinzipien wie die "vernünftige Gründe" auf. Das ist, wie zu zeigen sein wird, unvermeidlich und nicht zu überwinden.

Nur wenige Juristen wissen, dass schon Aristoteles eine ähnliche Formulierung gebrauchte, als er die Gerechtigkeit und die Gleichheit näher beschrieb. Er untersucht in seiner "Politik" die Theorien der Oligarchie und der Demokratie, die es alle mit irgend einer Gerechtigkeit zu tun hätten. "So scheint etwa die Gleichheit gerecht zu sein, und sie ist es auch, aber nicht unter allen, sondern nur unter den Ebenbürtigen. Und ebenso scheint die Ungleichheit gerecht zu sein, und sie ist es auch, aber unter den Unebenbürtigen. Wird diese Beziehung weggelassen, so kommt es zu einer falschen Auffassung"⁴. Gleichheit ist ein relationaler Begriff: Er bezieht sich auf die "Ebenbürtigen", d.h. auf Personen, die nach bestimmten Merkmalen definiert werden und die dadurch einen "Stand" oder eine "Gruppe" ausmachen. Nach über 2000 Jahren Geschichte wissen wir heute über die Gleichheit nicht mehr. Beachtlich ist freilich, dass die Merkmale, an welche die Gleichbehandlung anknüpft, im Laufe der Zeit ändern, wie das Bundesgericht in seiner Formel deutlich macht. So hatte Aristoteles die Sklaverei noch gerechtfertigt; sie wurde in Russland oder in den USA um etwa 1865 abgeschafft.

Einer dieser Bezugspunkte der Gleichheit, das in den letzten 100-150 Jahren einem fundamentalen Wandel unterlag, ist das Geschlecht. Das Bundesgericht hatte 1887 im

³ Siehe Bundesgerichtsentscheid (BGE) 123 I 7 f., zitiert nach Jahrgang, Band und Seitenzahl.

⁴ Aristoteles, Politik, Text nach der zweiten Auflage in der Bibliothek der alten Welt des Artemis Verlags, Zürich und München 1972, erschienen im Deutschen Taschenbuch-Verlag, 7. Aufl., Januar 1996, 1280a 10, S. 116.

Falle der Frauenrechtlerin Emilie Kempin-Spyri (1853-1901) entschieden, dass ein kantonales Gesetz, welches Frauen von der Vertretung vor Gericht ausschloss, mit der Rechtsgleichheit vereinbar sei: "Wenn nun die Rekurrentin zunächst auf [die Rechtsgleichheit] abstellt und aus diesem Artikel scheint folgern zu wollen, die Bundesverfassung postuliere die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete des gesamten öffentlichen und Privatrechtes, so ist diese *Auffassung eben so neu als kühn*; sie kann aber nicht gebilligt werden. (...) [Die Rechtsgleichheit] darf ... nicht in dem, zu geradezu unmöglichen Konsequenzen führenden Sinne aufgefasst werden, dass derselbe schlechthin jede Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung einzelner Personenklassen verbiete, sondern derselbe schliesst *nur solche rechtliche Verschiedenheiten aus, welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen*. Nun erscheint aber nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden *Rechtsanschauung* die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der innern Begründung keineswegs entbehrende"⁵.

Die "kühne" Auffassung hatte sich erst im nächsten Jahrhundert durchgesetzt, wie das folgende Beispiel zeigt. Im Jahr 1923 gestattete das Bundesgericht nachgerade *tollkühn* auch den Frauen die Berufung auf die Rechtsgleichheit⁶. Es sah den Ausschluss der Frauen von der Möglichkeit zur Erlangung einer Rechtspraktikantenbewilligung als mit der Rechtsgleichheit unvereinbar an. Erst 1971 erhielten die Frauen das politische Stimmrecht und 1981 verankerte der Verfassungsgeber die Geschlechtergleichheit.

Das Programm der Gleichheitsforderung ist mit der Geschlechtergleichheit keineswegs erfüllt, zumal diese selbst noch weit davon entfernt ist, eine Realität zu sein. Heute stellen sich Gleichheitsfragen bei den verschiedenen religiösen Gruppen, die nach der Anerkennung ihrer anderen Bedürfnisse verlangen, so etwa im Bestattungs- und

⁵ BGE 13, 4 f.

⁶ BGE 49 I 14 (16).

Schulwesen sowie vor allem in der Behandlung der Ausländer. Verlangt beispielsweise die Rechtsgleichheit, dass den Muslimen ein Gräberfeld zur Verfügung gestellt wird, das ihren religiösen Vorstellungen voll entspricht (vor allem die Unantastbarkeit der Gräber)? Müssen die niedergelassenen Ausländer nicht das politische Stimmrecht erhalten, wenn man sie schon nicht einbürgern will? Inwiefern kann man die Asylbewerber im Vergleich zu den niedergelassenen Ausländern noch zusätzlichen Beschränkungen unterwerfen? Darf ihnen eine Erwerbsarbeit untersagt werden? Inwiefern dürfen Ausserkantonale - z.B. im Hinblick auf die Jagd - benachteiligt werden, gerade auch wenn es sich um Asylbewerber handelt? Muss gleichgeschlechtlichen Paaren nicht auch der Zugang zu einer mindestens eheähnlichen Gemeinschaft ermöglicht werden? Diese und zahlreiche weitere Fragen zeigen an, dass das Programm der Gleichheit noch keineswegs erschöpft ist. Stets zeigen sich neue Merkmale der Differenzierung, die auf ihre innere Berechtigung hinterfragt werden. Das verstärkte Gruppen-Gleichheitsbewusstsein zeigt sich gerade darin, dass die neue Bundesverfassung in Art. 8 Abs. 2 auch ein Diskriminierungsverbot enthält. Gleichheit lässt sich immer noch kühner denken Sie ist ein unerschöpfliches Programm

Gleichheit als republikanische Idee

Lichtenberg begründet den Zusammenschluss der Menschen zu Gesellschaften mit der Ermöglichung von Gleichheit. Es ist interessant, dass gerade in den bürgerschaftlich regierten oberitalienischen Stadtstaaten, für die sich der Begriff "Republik" eingebürgert hatte, die Gleichheit eine grosse Rolle spielte. Sie war ein Zwillingsbegriff zur Freiheit. Für den bedeutenden Vertreter des Florentiner Bürgerhumanismus Leonardo Bruni (1370 oder 1374 -1444) war die Freiheit in erster Linie ein Abwehrrecht gegen Behördenwillkür und gegen unrechtmässige Übergriffe von Mitbürgern. Mit Freiheit in diesem Sinn meinte er die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz. Die Freiheit im Sinne der Rechtsgleichheit umfasste für Bruni aber auch den gleichen Anspruch aller Bürger, öffentliche Ämter zu bekleiden, sofern sie über Tugend und Rechtschaffenheit verfügen. Am deutlichsten geht dies aus seiner Grabrede für Nanni Strozzi (1428) her-

vor, die er nach dem Modell der Perikles-Rede von Thukydides schrieb: "Die Freiheit ist für alle gleich, ist einzig durch das Gesetz beschränkt und kennt keine Furcht der Menschen. Die Hoffnung, Ämter zu bekleiden und emporzusteigen, ist für alle gleich, vorausgesetzt nur, dass man Fleiss und Talente besitzt und ein ehrbares und würdiges Leben führt. Unsere Stadt verlangt nämlich Tugend und Rechtschaffenheit von ihren Bürgern. Wer immer darüber verfügt, wird als genügend adlig angesehen, um das Gemeinwesen zu regieren. ... Dies ist wahre Freiheit, dies heisst Unparteilichkeit der Stadt: von niemandem Gewalt oder Unrecht zu fürchten, Rechtsgleichheit unter den Bürgern und gleichen Zugang zum Gemeinwesen zu haben. All dies kann es aber unter der Herrschaft eines einzelnen oder weniger nicht geben."⁷

Kant nahm diese Vorstellung des oberitalienischen Republikanismus auf. Er betonte in "Über den Gemeinspruch" die schier unüberbrückbare Spannung zwischen der Gleichheit der Menschen als den Rechtsunterworfenen und der tatsächlichen Verschiedenheit der Menschen hinsichtlich Eigentum, Herkunft, sozialer Stellung usw. Gleichwohl seien die Menschen als Untertanen einander gleich und daraus gehe die Formel hervor "Jedes Glied desselben muss zu jeder Stufe eines Standes in demselben gelangen dürfen, wozu ihn sein Talent, sein Fleiss und sein Glück hinbringen können; und es dürfen ihm seine Mituntertanen durch ein erbliches Prärogativ nicht im Wege stehen, um ihn und seine Nachkommen ... ewig niederzuhalten"⁸. Deutlicher liesse sich die gegen den Aristokratismus gerichtete republikanische Idee nicht aussprechen.

Die Idee der Rechtsgleichheit ist in der republikanischen Staatsform beheimatet. Die eine ist ohne die andere schlecht vorstellbar. In einer Republik sind das allgemeine aktive und passive Wahlrecht und somit die gleiche Mitwirkung der Bürger bei der Staatswillensbildung verwirklicht. Ferner werden die Wehrpflicht und die allgemeine Steuerpflicht als Ausdruck republikanischer Pflichten und vor allem der Gleichheit verstanden. Gerade die französische Revolution hat diese Tradition nördlich der Alpen weiterverbreitet. Eine so verstandene Gleichheit ist nicht "gleichgültig"⁹, sondern auf

⁷ Susanne Daub, Leonardo Brunis Rede auf Nanni Strozzi, Stuttgart/Leipzig 1996, S. 285 (§ 19, 21).

⁸ Kant, Über den Gemeinspruch, AA 240.

⁹Vgl. Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Unveränderte Aufl., Berlin 1996, S. 17. Dieser Kronjurist des Dritten Reiches verunglimpfte die Gleichheit, indem er von einer "begrifflich

das republikanische Ideal der Selbstregierung der gleichen Bürger in Freiheit und der Mitverantwortung aller (republikanische Tugenden) ausgerichtet.

Gleichheit - eine vitale Utopie

Die Rechtsgleichheit hat eine so grosse Lebenskraft, dass sie fortwährend Ungleichheiten vertreibt. Freilich ist die Ungleichheit die Realität des Alltags und nistet sich immer wieder ein. Das ist heute in Bezug auf die Ausländer und die Asylbewerber der Fall. Lässt der Staat weitere Einwohner durch Einwanderung auf Dauer zu, so muss er über kurz oder lang alle seine Einwohner hinsichtlich der staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten gleichbehandeln. Es ist unerträglich, wenn ein Staat einerseits Bürger und andererseits Einwohner minderen Rechts unterscheidet. Im Ancien Régime kannte man die Hintersassen, die wohl bei den Pflichten voll herangezogen wurden, aber nicht die vollen Rechte erhielten. Das Problem hatte sich vor der französischen Revolution wesentlich verschärft, weil viele Gemeinden sich überhaupt weigerten, neue Bürger aufzunehmen. Die Helvetik führte erstmals die Gleichstellung aller Schweizerbürger herbei. Die Parallelität der Hintersassen zur heutigen Ausländerproblematik ist unübersehbar. Welche Gründe man auch für immer die Ungleichbehandlung anführt, es bleibt eine Ungleichbehandlung, die vor der Rechtsgleichheit immer weniger zu bestehen vermag: Die Nichteinbürgerung im luzernischen Emmen von 2000 hatte gerade deshalb eine so breite Signalwirkung. Die unerschöpfliche Vitalität der Gleichheit hat bis heute dank ihrer utopischen Programmatik die politischen Ordnungen massgeblich mitgestaltet. Dabei verlangt die Idee der Gleichheit politisch nach etwas, das in der Realität gar nicht oder zumindest nur beschränkt vorhanden ist. Was im Vergleich zwischen den Menschen auffällt, ist Ungleichheit. Die Forderung der Gleichheit ist ein politisches Ideal und ein Gegenprogramm zur vorgefundenen Realität und wird solange leben, als es (eben ungleiche) Menschen gibt.

und praktisch nichtssagenden, gleichgültigen Gleichheit" sprach, die auf das Korrelat der Ungleichheit verzichtet habe.