

Schriften zur Rechtslehre

Heft 16

Die Interpretation des
Gleichheitssatzes als Willkürverbot
oder als Gebot der Chancengleichheit

Von

Dr. Heinrich Scholler



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

HEINRICH SCHOLLER

**Die Interpretation des Gleichheitssatzes
als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit**

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 16

**Die Interpretation des
Gleichheitssatzes als Willkürverbot
oder als Gebot der Chancengleichheit**

Von

Dr. Heinrich Scholler



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Meiner Frau

Vorwort

Die Angst vor der Gleichheit prägt die Interpretation dieses Grundrechts bis zum heutigen Tag. Ein von der Verfassung schrankenlos gewährleistetes Menschenrecht ist in Rechtsprechung und Schrifttum so entschärft worden, daß nur bei äußerster Willkür eine Verletzung dieses Grundrechts angenommen wird.

Andererseits werden die Gerichte geradezu überschwemmt mit Rechtsmitteln, welche sich auf die Verletzung des Gleichheitssatzes berufen. Hinter diesem oft als ärgerlich beklagten Mißstand übersieht man allzu leicht ein brennendes Rechtsproblem der Gegenwart: Die Verwirklichung der Idee der Gleichheit in unserer Zeit.

Die Zurückhaltung der Rechtsprechung bei der Handhabung dieses Grundrechts steht in so auffälligem Widerspruch zur Häufigkeit und Beliebtheit der damit begründeten Ansprüche oder Querelen, daß sich hier eine immer größere Kluft zwischen Juristenrecht und Laienverständnis oder sagen wir Rechtsgefühl aufzutun droht. Schon zeigen Entwicklungen in Rechtsprechung und Schrifttum, daß sich eine Wandlung im Verständnis des Gleichheitssatzes anbahnt. Unter dem Schlagwort der Chancengleichheit wird eine radikalere Konkretisierung des Gleichheitssatzes gefordert. Die vorgelegte Arbeit möchte als ein Versuch verstanden sein, der Idee der Gleichheit als Chancengleichheit nachzugehen. Dabei war eine Begriffserklärung und eine knappe Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Chancengleichheitsidee, wie eine Betrachtung der methodischen und rechtstheoretischen Interpretationsprobleme voranzustellen. Die Arbeit sollte nicht bei einer Kritik an der „Willkür-Rechtsprechung“ stehen bleiben. Es sollte deshalb versucht werden, den Chancengleichheitsgedanken einerseits mit der Ermessenslehre in der Verwaltung, andererseits mit der alten, aber auch wieder modernen Vorstellung von Prozeßgleichgewichten in Verbindung zu bringen. Daß letzten Endes eine solche Neuorientierung der Interpretation des Gleichheitssatzes auch ein verändertes Staatsbild bedingt und sich beides wechselseitig beeinflusst, dürfte leicht einsehbar sein. Damit sind aber auch schon die Grenzen dieser Untersuchung wie der Interpretation schlechthin aufgezeigt, die vor der Verfassungsumwandlung einhalten und die Aufgabe dem Gesetzgeber überlassen müssen.

im September 1969

Heinrich Scholler

Inhaltsverzeichnis

I. Materielle und funktionelle Struktur der Chancengleichheit	13
1. Ausgangspunkt der liberalen Rechtsanwendungsgleichheit	13
2. Das Sozialstaatsprinzip	13
3. Begriff der Chancengleichheit	14
a) Chancengleichheit als Teil egalitärer Gleichheiten	14
b) Chancengleichheit als Recht auf Glück	16
c) Chancengleichheit und Freiheit	17
4. Chance und Verwaltungsrecht	18
a) Die Verrechtlichung der Chancen im Prozeßrecht	18
b) Die Verrechtlichung der Chance im Verwaltungsrecht	19
5. Die funktionelle Seite der Chancengleichheit	26
a) Der gemeinverträgliche Gemeingebrauch	27
b) Die Anstaltsnutzung	28
c) Negative und positive Chancengleichheit	29
6. Chancengleichheit als prozessuale Waffengleichheit	30
II. Die Interpretation des Gleichheitssatzes als methodisches und rechts- theoretisches Problem	33
1. Die stereotype Konkretisierung des Gleichheitssatzes als Willkürverbot	33
2. Kritische Stimmen zur Leerformelinterpretation	33
3. Rechtstheoretische Gründe für die Schwierigkeit der Konkretisierung des Gleichheitssatzes	34
a) Der Wertrelativismus	34
b) Präponderanz der Gesetzgebung	34
c) Demokratischer Relativismus	35
III. Die Unzulänglichkeit der Willkürinterpretation	36
1. Die Konkretisierung zu besonderen Gleichheitsgeboten (Gleichheits- sätzen)	36
a) Besondere Gleichheitsgebote auf der Ebene der Verfassung oder des Gesetzes	36
b) Das Verhältnis des allgemeinen Gleichheitssatzes zu den besonderen Gleichheitssätzen	38
2. Exemplikative Erörterungen des Interpretationsproblems an Hand der höchstrichterlichen Rechtsprechung	38
a) Der Gleichheitsgedanke und das Sonderopfer im Enteignungsrecht	38
b) Abgabengleichheit und Steuergleichheit	40

c) Der Gleichheitssatz in der sozialrechtlichen Rechtsprechung	40
d) Der Gleichheitssatz im Kultus- und Bildungswesen	44
e) Gleichheit oder Chancengleichheit auf wirtschaftlichem Gebiet	47
IV. Die Entwicklung des Chancengleichheitsgedankens	51
1. Der Gleichheitssatz und die Chancengleichheit im Zivilrecht	51
a) <i>Justitia commutativa</i> und <i>distributiva</i> im Privatrecht	51
b) Waffen- und Chancengleichheit im Arbeitsrecht	52
2. Die Chancengleichheit auf der Ebene des politischen Kampfes	53
a) Wahlgleichheit als Chancengleichheit	53
b) Parteienfinanzierung und Chancengleichheit	54
3. Einwände gegen die Chancengleichheit	55
a) Rechtsphilosophische Bedenken	55
b) Der weite Ermessensspielraum bei darreichender Verwaltung	57
c) Der Vorwurf der mangelnden Justitiabilität	57
V. Verwaltung und Chancengleichheit	59
1. Legislatives und administratives Ermessen	59
2. Geschichtliche Entwicklungslinien	62
3. Die Bedeutung einer formalen Gleichheit für die moderne Verwaltung	64
a) Das Fehlen einer dogmatischen Rechtfertigung	64
b) Die Bedeutung des Gleichheitsgebotes für die Verwaltung	65
c) Chancengleichheit als Aufgabe der Verwaltung	69
VI. Einzelfragen der Gleichbehandlung durch die Verwaltung	76
1. Gleichheit und Prioritätsgrundsatz	76
a) Der Gleichheitssatz im Rahmen des Beurteilungsspielraumes	77
b) Die Frage der Beschwer	78
c) Prioritäts- oder Losentscheidung	79
d) Geltung des Prioritätsgrundsatzes	80
e) Demokratische Verwaltungsstrukturen und Prioritätsgrundsatz	82
2. Chancengleichheit und Verwaltungsverfahren	84
a) Der Musterentwurf für ein Verwaltungsverfahrensgesetz (EVwVerfG 1963)	84
b) Untersuchung einiger Grundsätze des EVwVerfG 1963	85
VII. Prozeßgleichgewichte und Chancengleichheit	89
1. Der staatsrechtliche Gleichgewichtszustand	89
2. Ungleichgewichte Staat — Gesellschaft und das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht	89
a) Der Begriff des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts	90
b) Verfassungsrechtliche Probleme eines „dynamischen“ Gleichheitssatzes	90
3. Chancengleichheit oder Diskriminierung durch Globalsteuerung	92
a) Ungleichheit der Chancen als Mittel der Globalsteuerung?	93

b) Privilegierung durch Globalsteuerung?	94
c) Korrekturmöglichkeit oder Umstrukturierung?	94
4. Die Interpretation des Prozeßgleichgewichtes als Rechtfertigung	95
5. Gewaltenteilung und Gewaltenbalancierung	97
6. Parität als Balance oder Chancengleichheit	98
VIII. Der Standort der Chancengleichheit unter dem Aspekt der Staatsstruktur	100
1. Identität von rechtsstaatlichem Gesetz und Gleichheit im liberalen Rechtsstaat	100
2. Persönliche Rechtsgleichheit und Privilegierungsverbot als Sinngestalt des demokratischen Staatsbildes	100
3. Formale Gleichheit und Chancengleichheit als Strukturmerkmale der pluralistischen Gesellschaft	101
Verzeichnis der benutzten Literatur im Auszug	104

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung u. Arbeitslosenversicherung
BayBS	Bayerische Bereinigte Sammlung
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayOLG (Z)	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Entscheidungen in Zivilsachen)
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfG (E)	Bayerisches Verfassungsgericht (Entscheidung)
BayVerwG (E)	Bayerisches Verwaltungsgericht (Entscheidung)
BayVGH (E)	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Entscheidung)
BayWG	Bayerisches Wassergesetz
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
Betr.	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH (Z)	Bundesgerichtshof (Zivilsachen, Entscheidungen)
BK	Bonner Kommentar
BTDr	Bundestags-Drucksache
BWGÖD	Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentl. Dienstes
DBG	Deutsches Beamtengesetz
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dsiöd	Der Schwerbeschädigte im öffentl. Dienst
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EVwVerfG	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes

FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
FVGE	Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungsgerichte
GBO	Grundbuchordnung
GG	Bonner Grundgesetz
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NDBZ	Neue Deutsche Beamtenzeitung
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
n. F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
RdNr.	Randnummer
RefE	Referentenentwurf
RdA	Recht der Arbeit
RdL	Recht der Landwirtschaft
RiA	Das Recht im Amt
RWS	Recht - Wirtschaft - Schule
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinischer Anzeiger
SGB	Die Sozialgerichtsbarkeit
StT	Der Städtetag
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung
VVdStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WHG	Bundeswassergesetz
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

I. Materielle und funktionelle Struktur der Chancengleichheit

1. Ausgangspunkt der liberalen Rechtsanwendungsgleichheit

Die Konkretisierung des Gleichheitssatzes ist abhängig von Staatsbegriff und Staatsbild¹. Art. 3 Abs. 1 GG zeigt dies, indem er entgegen Art. 1 Abs. 3 GG von Gleichheit vor dem Gesetz als der Rechtsgleichheit² spricht. Demgegenüber ist auch der Gesetzgeber selbst dem Gleichheitssatz unterworfen³. Die Idee der Rechtsanwendungsgleichheit ist Ausdruck des liberalen Rechtsstaates, der nach Wegfall des demokratisch-politischen Moments, dessen erster großer Verfechter Robert von Mohl war⁴, als formaler Rechtsstaatsgedanke fortlebte.

Reiner Rechtsstaatsbegriff, wie wir ihn bei Otto Mayer⁵ dann sehen, ist Ausdruck der „wohlgeordneten Verwaltung“, gekennzeichnet durch Mehrwert, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, unter welchem sich, oder vor welchem die Gleichheit zur Entfaltung kommt.

2. Das Sozialstaatsprinzip

Hat die Verankerung des sozialen Rechtsstaates in Art. 20/28 GG auch eine Änderung der Gleichheitskonzeption mit sich gebracht? Das GG enthält Ansatzpunkte hierzu in dem Postulat der Gleichberechtigung von Mann und Frau⁶ Art. 3 Abs. 2 GG, dem Verfassungsauftrag zur Gleich-

¹ Dem aristotelischen Staatsbild entspricht eine proportionale Gleichheitsvorstellung (*Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 5, 5, 1130 b 30—1131 a 1; *Thomas von Aquin*, *Summa theologiae*, II, II qu. 61 1 co.), während dem rationalen namentlich bei Descartes, ein mathematisches Staatsbild auf Basis der Substanzgleichheit entspricht. Vgl. hierzu *W. Böckenförde*, *Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin 1957, S. 24, 39.

² *Schnabel*, *Deutsche Geschichte im 19. Jh.*, I, 3. Aufl., Freiburg 1947, S. 110; *Aldag*, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, Berlin 1925, S. 14—20.

³ *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Karlsruhe 1967, S. 163/166; *Böckenförde*, a.a.O., S. 39 ff.; *Lerche* betont die Verabschiedung des Gleichheitssatzes im Enteignungsrecht und hält allenfalls einen sehr viel engeren Gleichheitsbegriff für vertretbar (*Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln 1961, S. 183 ff.). Nicht der Erforderlichkeitsgedanke, sondern das gewandelte Staatsbild sind hierfür verantwortlich.

⁴ *E. Angermann*, *Robert von Mohl*, Neuwied 1962; *Schneuner*, *Juristentagsschrift* 1960, II, 229; *E. v. Hippel*, *Staatslexikon V*, Sp. 804.

⁵ *Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., München 1924, I, S. 65 ff.

⁶ BGHZ 30, 50 (Höfe-Ordnung); BVerfGE 3, 239; zum Begriff der Gleich-

stellung des unehelichen mit dem ehelichen Kinde⁷ Art. 6/V GG. Es erhebt sich nun die Frage, ob auch die Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3/I GG eine dem Wandel des Staatsbegriffes entsprechende Modifikation erfahren hat; mit anderen Worten: ist die herrschende Willkürinterpretation des Art. 3/I GG dem sozialen Rechtsstaatsdenken adäquat oder nicht.

3. Begriff der Chancengleichheit

Ein anderer Zugang zu der Fragestellung eröffnet sich vom Begriff der Chancengleichheit her. Die begriffliche Zusammenziehung von Chance und Gleichheitsidee hat eine substantielle und eine funktionelle Seite.

Substantiell will der Begriff, ähnlich wie andere dieser Art (z. B. Lasten- oder Steuergleichheit, Rechtsschutzanwendungsgleichheit) eine Hinführung des Gleichheitssatzes auf die Chance bewirken. Wie der Begriff der Gleichheit nie absolut, sondern nur relativ zur Freiheit verstanden werden kann, so kann auch der Begriff der Chancengleichheit nur in seiner Zuordnung⁸ zur Freiheit begriffen werden. Verstehen wir die Chancengleichheit als Verdichtung des Gleichheitssatzes im Sinne einer „Égalité des Conditions“⁹, so reiht sich die Chancengleichheit in eine Reihe anderer egalitärer Gleichheitspostulate ein.

a) Chancengleichheit als Teil egalitärer Gleichheiten

Zu diesen anerkannten egalitären Statusgleichheitspostulaten gehören nach Dürig¹⁰ Rechtsgleichheit, Rechtsschutzgleichheit, Rechtliches Gehör,

wertigkeit der Geschlechter: BVerfGE 15, 345; 17, 12; 17, 38; 17, 50. Das Gericht wendet sich aber ausdrücklich gegen „Gleichmacherei“: 3, 240; 5, 12.

⁷ Becker, Zum RefE, NDV 1966, 301; Göppinger, Betrachtungen zum RefE, FamRZ 1966, 418. Der Entwurf über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder vom 7. Dezember 1967 (BTDrucks. V 2370) geht in der Begründung (S. 19) auf das Problem der Gleichstellung und der Schaffung gleicher Bedingungen ein und sieht darin etwas Verschiedenes, weil schematische Gleichstellung für das uneheliche Kind nicht Chancengleichheit ist (BTDrucks. V 2370, S. 19). In diesem Zusammenhang wird vor allem die Amtsvormundschaft erwähnt (vgl. BRDrucks. 351/68 vom 4. 10. 1968 und BRDrucks. des Rechtsausschusses 351/1/68 vom 26. 9. 1968). Zur Bedeutung des Art. 6 Abs. 5 GG gegenüber dem Gesetzgeber, vgl. nunmehr den Beschluß des BVerfG v. 29. 1. 1969, NJW 1969, Heft 12, Pressemitteilungen.

⁸ Das BVerfG gebraucht den Begriff der Zuordnung zur Abgrenzung von Freiheit und Freiheitsschranke im Rahmen der Wechselwirkungstheorie (BVerfGE 20, 162 = NJW 1966, 1603 ff.). Hier wird der Begriff Zuordnung anders verstanden.

⁹ Tocqueville, Demokratie in Amerika, Frankfurt 1956, S. 39. Feldhoff verneint, daß für Tocqueville zwischen den egalitären und liberalen Prinzipien ein Kontradiktions- oder Identitätsverhältnis bestanden habe. Er tritt hier

Rechtsanwendungsgleichheit (egalitäres Recht auf: Nichtabweichen, Nicht-unangewendetlassen, pflichtmäßiges Ermessen), Menschenrechtsgleichheit im Rahmen der Menschenwürde, Elementarrechte (Lebenserhaltung, Eheschließung usw.), wirtschaftliche Gleichheit als Gleichheit der Chance (Beruf, Ausbildung, Eigentum, nicht Nivellierung), gleiches Existenzminimum, Opferausgleichssatz¹¹, also ganz verschiedene Basisrechte. Die Chancengleichheit wird von Dürig als berufliche, wirtschaftliche und wohl auch bildungsmäßige Startgleichheit verstanden. Abgesehen von der Garantie eines egalitären Minimumstandards bleibt zwischen dieser Startgleichheit und dem Chancengleichheitsanspruch der Gescheiterten auf den minimum-standard of life ein weiter Spielraum für Differenzierung und Ungleichheiten. Die egalitäre Gleichheit der Basisrechte bleibt aber doch dem Wesen nach eine égalité en droit, denn nur rechtlich gewährleistete Positionen gehören zu diesen „Basisrechten“. Basis-Chancen werden von dieser égalité en droit nicht erfaßt. Soweit der Gesetzgeber Basis-Chancen nicht umformuliert in Rechtspositionen, oder voll ausgestaltete subjektiv-öffentliche Rechte, würden sie weder von einer egalitären, noch einer distributiven Gleichheit, einer Gleichheit des *sum cuique tribuere*, erfaßt und geschützt werden. Neben die egalitär-formalen Basisrechte als einer égalité en droit muß deshalb die égalité en fait¹² treten, um die Einbeziehung von Basis-Chancen in den Gleichheitsschutz gewährleisten zu können. Wieweit égalité en fait zu gewähren ist, das heißt, wie weit der Gesetzgeber korrigierend in die Seinsstrukturen der sozialen Um- und Mitwelt eingreifen muß, um faktische Ungleichheiten auszuräumen, kann selbstverständlich nicht dem Gleichheitssatz entnommen werden. Dieser gibt nur den Imperativ, daß Gleiches gleich zu behandeln sei, nicht dagegen die Wertung, was normativ und wertend als gleich anzusehen ist. Normen außerhalb des Gleichheitssatzes, die speziellen Gleichheitssätze, aber vor allem die auf die Sozialwelt bezogenen und auf sie einwirkenden Normen der Verfassung, wie z. B. das Sozialstaatsprinzip, erteilen hier dem Gleichheitssatz die Weisung, auch eine égalité en fait herzustellen. Eindeutig geschieht dies in Art. 6 Abs. 5 GG, der von der Schaffung gleicher Bedingungen für die unehelichen Kinder spricht. In der Diskussion um die

Laski und Talmon wie auch Dahrendorf entgegen (*Feldhoff*, Die Politik der egalitären Gesellschaft, Köln 1968, S. 53/54 und S. 118).

¹⁰ Dürig, Staatslexikon, Freiburg 1959: Gleichheit, Bd. 3, Sp. 984.

¹¹ Forsthoff, DÖV 1965, 289. Dies verkennt gründlich die Entscheidung des BGH v. 16. 9. 1967, DVBl 1967, 236, die den Aufopferungsanspruch bei Verletzung im Turnunterricht wegen des allgem. Lebensrisikos verneint.

¹² Egalité entre les situations différentes: Jaenicke, Der Begriff der Diskriminierung im modernen Völkerrecht. *Strupp/Schlochauer*, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. I, 1960, S. 387, 690; Zimmermann, Die Preisdiskriminierung im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Frankfurt 1962, S. 44, Anm. 79/80.