

Gleichheit vor dem Gesetz in Österreich – eine Gesamtdarstellung

Michael Sachs*

Rezension zu *Magdalena Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, Wien/New York (Springer – Forschungen aus Staat und Recht, Band 147) 2008, XXIV, 956 S., 139,95 €,
ISBN: 978-3-211-23876-9

Die zu besprechende Studie von *Pöschl* ist die überarbeitete Fassung ihrer Innsbrucker Habilitationsschrift aus dem Jahre 2004. Sie widmet sich der „Gleichheit vor dem Gesetz“, also zumal, dann aber doch nicht nur dem allgemeinen Gleichheitssatz, der nach den einleitenden Worten der Studie „das schillerndste und zugleich das rätselhafteste Grundrecht“ ist, das die österreichische Verfassung zu bieten hat, eine Einschätzung, die wohl nicht auf Österreich beschränkt werden muss, sondern jedenfalls auch für das Grundgesetz zutrifft. *Pöschls* Ansatz besteht nun darin, „dieses Grundrecht gleich zu behandeln wie jede andere Rechtsnorm auch, es also mit den herkömmlichen Methoden auszulegen“ (Vorwort, VII). Für die Verf. ist „der Gleichheitssatz ... nicht vom Himmel gefallen, sondern – so wie jede andere Verfassungsnorm auch – eine Bestimmung, die einen Wortlaut, eine Geschichte und einen Schutzzweck hat und die Teil der Verfassung ist; ...“ (S. 4).

Durch den Rückgriff auf die herkömmlichen Interpretationsmethoden, zumal die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und der systematischen Zusammenhänge innerhalb einer Verfassungsordnung erhält *Pöschls* Arbeit eine spezifisch österreichische Prägung, die es ausschließt, die gewonnenen Ergebnisse unbesehen auf die Gleichheitssätze anderer Rechtsordnungen zu übertragen. Dies gilt namentlich für Fragen, die sich speziell im Hinblick auf die nähere Gestaltung der österreichischen Gleichheitsgarantien stellen: so etwa für die Frage der Geltung des nur auf die „Bundesbürger“ bezogenen Art. 7 Abs. 1 Satz 1 B-VG auch für Ausländer, für die Frage des Verhältnisses von Art. 14 EMRK zu anderen verfassungsrechtlichen Garantien der Gleichheit (S. 650 ff.) oder gar für die aus deutscher Sicht etwas überraschende Frage, ob der Gleichheitssatz dogmatisch die Funktion der allgemeinen Verhaltensfreiheit übernehmen könnte (S. 583 ff.). Andererseits gibt es allgemeine gleichheitsrechtliche Grundprobleme, die über nationale Grenzen hinausweisen; für die deutsche Rechtsordnung gilt zudem, dass der Verfassungstext und seine historische Entwicklung doch Gemeinsamkeiten mit ihren österreichischen Pendants aufweisen, die die Überlegungen von *Pöschl* auch jenseits nur rechtsvergleichender Betrachtung interessant erscheinen lassen.

Pöschl stellt ihrer Arbeit Hinweise zu Problemstellung und Gang der Untersuchung voraus (S. 1 – 7), ein ausführlicher Überblick über die historische Entwicklung seit

* Prof. Dr. Michael Sachs lehrt Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität zu Köln.

der Französischen Revolution und insbesondere seit 1848 schließt sich an (S. 9 – 131). In einem Abschnitt „Allgemeine Probleme“ (S. 133 – 203) werden sodann grundsätzliche Verständnismöglichkeiten des Gleichheitssatzes diskutiert. Die folgende ausführliche Bestandsaufnahme der österreichischen Judikatur, vor allem des Verfassungsgerichtshofs (S. 205 – 313), eröffnet eine Fülle von interessanten Einsichten in aus deutscher Sicht ähnliche, aber auch recht unterschiedliche gleichheitsrechtliche Fragestellungen.

Pöschl versteht ihre Darstellung der Gleichheitsjudikatur eher als Anschauungsmaterial ihrer eigenen Analyse des allgemeinen Gleichheitssatzes, dessen Gehalt im Einzelnen sie neben der vorab behandelten Entstehungsgeschichte vor allem dem österreichischen Verfassungssystem entnehmen will (S. 313). Naheliegenderweise stehen dabei spezielle Gleichheitsgarantien im Vordergrund, deren zunächst von den Fragen des allgemeinen Gleichheitssatzes unabhängige Behandlung dazu führt, dass *Pöschls* Arbeit als eine Darstellung der gesamten Gleichheitssätze der österreichischen Verfassungsordnung eingestuft werden kann. Anknüpfend an Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BVG, Art. I Abs. 1 BVG-RD (zur Durchführung der Rassendiskriminierungskonvention) und EG/EU-rechtliche Diskriminierungsverbote hinsichtlich der Staatsangehörigkeit wird die zentrale Bedeutung der persönlichen Rechtsgleichheit für die Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes festgestellt (S. 315 – 545). Unter der Überschrift „Gleichheit und Freiheit“ (S. 547 – 678) wird sodann das Auslegungspotential der Freiheitsrechte für den allgemeinen Gleichheitssatz erschlossen; dabei wird als Teil der österreichischen Verfassungsordnung auch der gegenüber den weiteren Konventionsgarantien akzessorische Art. 14 EMRK einbezogen, dessen Behandlung natürlich – ebenso wie die „integrativ(e)“ Berücksichtigung von Vorgaben des Gemeinschaftsrechts im jeweiligen Kontext (S. 7) – von vornherein über die nationalen Grenzen hinausweist.

Zum Thema „Gleichheit und Solidarität“ (S. 659 – 737) wird versucht, aus dem noch recht neuen Behindertengrundrecht des Art. 7 Abs. 1 Satz 3 B-VG die Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Sozialstaat herauszuarbeiten. Den Schluss bildet ein Abschnitt über „Gleichheit und Rechtsstaat“ (S. 739 – 877), der nach den bereits vorab behandelten Freiheitsrechten vor allem auf Rechtsstaatsgrundsätze wie die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Bestimmtheit des Gesetzes, den Vertrauensschutz und prozessuale Garantien bezogen ist.

Ergänzend zu den den Einzelabschnitten durchweg angefügten Zusammenfassungen, stellt das abschließende Resümee ... (879 – 896) noch einmal knapp die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit zusammen, wobei auch ein Vorschlag für den Ablauf der Gleichheitsprüfung gemacht wird.

Der gewaltige Umfang der Arbeit, ihr Material- und Gedankenreichtum schließt es aus, dem vorgelegten Werk in einer notwendig sehr begrenzten Stellungnahme auch nur entfernt gerecht zu werden. Insgesamt lässt sich ohne Zweifel feststellen, dass es sich bei der Schrift *Pöschls* um eine überaus informative Arbeit handelt, die sich stets auf der Höhe der (auch in Deutschland) geführten Diskussion bewegt und dem an Fragen des Gleichheitssatzes interessierten Leser ein wahre Fülle von neuen Einsichten und Anregungen beschert. Dazu gehört etwa der Hinweis darauf, dass – ganz entgegen der heute gängigen Unterordnung der Gleichheit gegenüber der Freiheit – im 19. Jahrhundert ein so maßgeblicher Staatsrechtslehrer der Epoche wie *Rotteck* der Gleichheit klar die Priorität vor der Freiheit einräumte (S. 22). Bemerkenswert ist auch die aus den historischen Abläufen gewonnene Annahme, dass mit der Formulierung „vor dem Gesetz gleich“, die als solche (also in grammatischer Auslegung) in Deutschland bis heute eher entgegengesetzt im Sinne bloßer Rechtsanwendungs-gleichheit verstanden wird, auch die Bindung der Gesetzgebung gemeint gewesen sei, im Sinne ihrer Verpflichtung, „allen Bürgern … gleiche Rechte zuzuerkennen“ (S. 125).

Besonderes allgemeines Interesse verdienen sicherlich die Überlegungen, die *Pöschl* im Rahmen des Abschnitts „Allgemeine Probleme“ zu drei Modellen des Gleichheitssatzes anstellt. Abzulehnen ist aus ihrer Sicht das Modell 1, das das Prinzip oder die Präsumtion der Gleichbehandlung beinhaltet (S. 140 – 151). Soweit sie sich dabei auf eine formale Gleichbehandlung, also eine rechtlich unterschiedslose Behandlung, bezieht, richtet sich ihre Ablehnung freilich gegen eine kaum ernstlich in Betracht zu ziehende Position; es ist eher selbstverständlich, dass der Verzicht auf jegliche Differenzierung, der letztlich den Verzicht auf jegliche Regelung überhaupt bedeuten müsste, weder ein Wert an sich noch durch den Gleichheitssatz geschützt sein kann. *Pöschl* erkennt freilich durchaus, dass ein solcher formaler Gleichbehandlungsbegriff nicht der allein mögliche ist. Sie stellt ihm dementsprechend den Begriff einer materiellen Gleichbehandlung gegenüber, die sich an den für die einzelnen Betroffenen ungleichen, d.h. wohl als unterschiedlich schwer empfundenen Belastungen orientiert. Dieser materielle Begriff der Gleichbehandlung wird aber im folgenden wegen sonst zu befürchtender Konfusionen wieder ausgeblendet. So bleiben die Erwägungen dieses Teilabschnitts letztlich ein Scheingefecht.

Bei Modell 2 (S. 152 – 194) geht es zum einen um die Beschränkung der Gleichbehandlungspflicht auf „gleiche“, d.h. als gleichwertig angesehene Tatbestände. Die Verf. arbeitet dabei klar heraus, dass die Frage, welche Aspekte für die Einschätzung von Tatbeständen als gleich (behandlungsbedürftig) maßgeblich sind, von Wertungen abhängt, die sie in überzeugender Weise mit Hilfe der Rechtsordnung als Wertungsquelle beantworten will. Als zweites Element dieses Modells behandelt *Pöschl* die Ungleichbehandlung des Ungleichen, also die Frage, ob der allgemeine Gleich-

heitssatz auch dazu verpflichten kann, zwischen wesentlich Ungleichen zu differenzieren. Insoweit räumt *Pöschl* im Ausgangspunkt zutreffend ein, dass die Differenzierungspflicht sich nicht mit logischer Zwangsläufigkeit aus der Pflicht zur undifferenzierten Behandlung ableiten lässt. Sie will aber dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 B-VG mit der Aussage, dass alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich *sind*, entnehmen, dass die Verfassung damit die Behandlung der Staatsbürger als *gleichwertig* anordnen will, was sowohl durch unterschiedslose wie auch durch unterschiedliche Behandlung möglich und gegebenenfalls geboten sei. An dieser Einschätzung, die sie auch entstehungsgeschichtlich bestätigt sieht, hält *Pöschl* fest, obwohl sie durchaus Unterschiede hinsichtlich der Begründungslast zwischen Gleichbehandlungs- und Ungleichbehandlungsgebot sieht, die sie aber nicht als Asymmetrie anerkennen will. Teleologisch argumentiert *Pöschl* mit dem Ziel, auch das Unterbleiben von der Sache nach gebotenen Differenzierungen mittels des Gleichheitssatzes zu erfassen. Mögliche Alternativen der verfassungsrechtlichen Bewältigung dieser Problemlagen (etwa durch ein verselbständigte Willkürverbot oder durch ein Teilelement des Rechtsstaatsprinzips) zieht *Pöschl* nicht in Erwürdigung; dabei hätte ihre Einsicht, dass der in ihrem Sinne weit verstandene „Schutzbereich des Gleichheitssatzes“ auch nicht komparative Rechte umfasst, eine Abtrennung vom Gleichheitssatz wohl doch nahe legen können, weil dieser jedenfalls nach herkömmlichem Verständnis stets mit einem Vergleich zu tun hat.

Zu Modell 3 (S. 194 – 203) folgt *Pöschl* dem Eingriffsmodell von *Huster* mit der Unterscheidung von internen und externen Zwecken und weist dem Gleichheitssatz einen substantiellen Schutzbereich zu, dessen Beeinträchtigung als „Eingriff“ gewertet wird, der gegebenenfalls verfassungsmäßig gerechtfertigt werden kann. Schon zuvor hatte *Pöschl* klar herausgestellt, dass die im Kontext des Gleichheitssatzes ja ganz unterschiedlich behandelte Verhältnismäßigkeitsprüfung nur dann sinnvoll sein kann, wenn dem Gleichheitssatz ein Schutzbereich zugeordnet wird. Diese Einsicht *Pöschls* könnte auch für die deutsche Diskussion wertvolle Anstöße geben.

Einer klareren Erkenntnis der Konsequenzen steht leider entgegen, dass *Pöschl* – wie erwähnt – auch das Gebot, Ugleiches ungleich zu behandeln, diesem Schutzbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes zuordnen will, was dessen präzise Umschreibung erschwert. Die bereits angesprochene weitgehende Verwendung des formalen Gleich- bzw. Ungleichbehandlungsbegriffs führt gerade hinsichtlich der angenommenen Bedeutung des Gleichheitssatzes als Ungleichbehandlungsgebot zu terminologischer Verwirrung, die besser vermieden würde. Dies hätte dadurch gelingen können, dass der von *Pöschl* ja zutreffend angenommene Eingriff in den Schutzgegenstand (Schutzbereich) des Gleichheitssatzes – und nur er – als Ungleichbehandlung bezeichnet wird, die der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf; demgegenüber könnte in allen Fällen, in denen kein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Gleichheits-

grundrecht angenommen wird, stets von Gleichbehandlung gesprochen werden. Wenn man den Gleichheitssatz auch auf die Pflicht erstreckt, „Ungleicher“ ungleich zu behandeln, müsste die unterschiedliche Behandlung maßgeblich verschiedener Tatbestände dann freilich auch als Gleichbehandlung bezeichnet werden, eine Konsequenz, die vielleicht verdeutlicht, dass es doch einleuchtender ist, von vornherein überhaupt nur Differenzierungen als mögliche Verstöße gegen den Gleichheitssatz in Betracht zu ziehen.

Nur auf Differenzierungen bezogen ist auch die maßgebliche Trennung zwischen solchen, die in Unterschiedlichkeiten der verschiedenen behandelten Tatbestände ihre Ursache haben und damit den Schutzgegenstand des Gleichheitssatzes nicht berühren, einerseits, und solchen, die trotz fehlender maßgeblicher Verschiedenheiten der behandelten Tatbestände vorgenommen werden und deshalb als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in das Gleichheitsrecht zu bewerten sind, klarer, als wenn die von *Huster* übernommene Trennung zwischen internen (Gerechtigkeits-) und externen (Zweckmäßigkeit-) Zwecken auf das Gebot der „Un/gleichbehandlung“ (etwa S. 197) oder die „Gleich- bzw Ungleichbehandlung“ (etwa S. 201) bezogen werden muss.

Jedenfalls für die Lage in Deutschland nicht unproblematisch ist in diesem Zusammenhang die Annahme *Pöschls*, dass der allgemeine Gleichheitssatz einem ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt unterliege (zusammenfassend S. 887 ff.). Dabei verdient diese These insoweit Zustimmung, als den Gleichheitssatz beeinträchtigende Differenzierungen nicht ohne eine gesetzliche Grundlage rechtfertigungsfähig sind; zu weit geht aber die Annahme, dass die Rechtfertigung gleichheitswidriger Differenzierungen durch ein Gesetz allein durch Einhaltung der Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit möglich sein können soll. Jedenfalls für das Grundgesetz wäre insoweit zu überlegen, inwieweit mangels einschlägiger Gesetzesvorbehalte nicht doch eine Legitimation durch das Gleichheitsgrundrecht begrenzende Verfassungsgehalte zu fordern ist. Hiervon ist *Pöschl* der Sache nach nicht allzu weit entfernt, wenn sie etwa für die Rechtfertigung der Verwendung verpönter Merkmale besonders schwerwiegende externe Ziele verlangt (S. 380) – sofern deren Gewicht, wie es ihrem Grundansatz entspricht, anhand der Aussagen der Verfassung bestimmt wird.

Anstöße zu größerer dogmatischer Klarheit in der deutschen Diskussion könnte die Arbeit von *Pöschl* auch insoweit geben, als sie in aller Deutlichkeit ausspricht, dass in den Fällen der mittelbaren Diskriminierung keine Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal erfolgt, so dass der in diesen Fällen in Frage kommende gleichheitsrechtliche Schutz im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu gewährleisten ist (S. 317 f., 389 f.). Nicht überzeugen kann demgegenüber die Annahme *Pöschls*, ein als Anknüpfungsverbot verstandenes Verbot der Differenzierung nach bestimmten

Merkmalen müsse ein „absolutes“ Verbot bedeuten (S. 316 ff.), das in jedem Falle einer Unterscheidung notwendig verletzt sei. Insbesondere der für diese Sichtweise zitierte Rezendent hat dem Anknüpfungsverbot nie eine solche Bedeutung beigemessen. Vielmehr sind einschlägige Differenzierungen für das Grundgesetz vor dessen als Anknüpfungsverbot verstandenen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 im Einklang mit der Judikatur des BVerfG dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn es an der Vergleichbarkeit der hinsichtlich eines verpönten Merkmals verschiedenen Personen fehlt (was allerdings nur höchst ausnahmsweise in Betracht gezogen werden darf), ferner aber auch dann, wenn eine andere Verfassungsbestimmung die ansonsten verbotene Differenzierung anordnet oder doch zumindest zulässt.

Nicht voll befriedigen können die ein wenig kurisorischen Ausführungen der Arbeit zu einem etwaigen Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ (S. 754 f.). *Pöschl* versäumt hier die notwendige Differenzierung zwischen der Vorenthalterung gesetzwidriger Leistungen, die in der Tat – (anders als deren Gewährung an die Dritten) – auch gleichheitsrechtlich nicht zu bekämpfen ist, und der gleichheitswidrigen Zufügung einer (sonst) gesetzmäßigen Belastung, deren Aufhebung wegen der im Gleichheitsverstoß begründeten Verfassungs- und Rechtswidrigkeit ja nicht den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aushebelt, sondern nur seine Beachtung gegenüber jedermann für die Zukunft durchzusetzen erlaubt. Die Zurückhaltung *Pöschls* bei der Diskussion dieses Gesichtspunkts ist vor allem auch deshalb bedauerlich, weil sie zuvor dem Gleichheitssatz ohne erkennbare Bedenken die Wirkung eines „Rechts auf Neid“ zugesprochen hatte (S. 592), wie es *Günther Dürig* in der deutschen Diskussion um die „Gleichheit im Unrecht“ ja perhorresziert.¹ Verdienstvoll ist insoweit auch, dass *Pöschl* dem Neidigen zwei Gesichter zuspricht, von denen eines ins Positive gewendet das, was andere haben, auch für sich verlangt. Sie macht damit klar, dass – wenn überhaupt die Negativvokabel des Neides hier angesprochen wird – dies nicht (wie bei *Dürig*) nur auf die Fälle bezogen werden darf, in denen der Ungleichbehandelte verlangt, dass dem anderen genommen wird, was er selbst nicht haben kann.

Aus ausländischer Perspektive betrachtet erscheint es angesichts der Breite und Tiefe der vorgelegten Darstellung zweifelhaft, ob *Pöschls* Werk nicht doch für die österreichische Rechtsordnung „auf jedes gleichheitsrechtliche Problem eine letztgültige Antwort zu geben“ vermag, ein Anspruch, den die Verf. allerdings bescheiden von sich weist (S. 7); für den zugleich negierten Anspruch, „das Auslegungspotential der Verfassung für den Gleichheitssatz abschließend darzulegen,“ gilt Entsprechendes. Jedenfalls ist die Vielfalt der Rechte, die *Pöschl* dem allgemeinen Gleichheitssatz auf dieser Grundlage zuweisen will, beeindruckend und so wohl für die österreichische Verfassungsordnung spezifisch. Darüber hinausweisend kommt *Pöschl* aber trotz

1 In: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 3 Abs. 1 (1973), Rn. 468.

ihres bewusst ganz an der spezifischen nationalen Rechtsordnung orientierten Ansatzes doch weitgehend zu Ergebnissen, die im ausländischen Umfeld durchaus Parallelen haben. Dies gilt insbesondere für die Orientierung an der persönlichen Rechtsgleichheit einerseits, an dem Zusammenspiel von Freiheiten und Gleichheit andererseits, wie sie in der Gleichheitsjudikatur des US Supreme Court zu equal protection-Klausel des 14. Amendments ja seit langem vorgezeichnet sind und wie sie auch die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts im Rahmen seiner neuen Formel maßgeblich prägen. Pöschls eindrucksvolle Monographie verdient daher weit über die Grenzen Österreichs hinaus Aufmerksamkeit.