

## Andreas Kley

## Rechtsgleichheit

ZeitSchrift / Reformatio 50 / 2001, Heft 4, S. 237-242

«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»<sup>1</sup>.

Georg Christian Lichtenberg (1742-1799) verfasste diesen Text während der französischen Revolution, von deren Zielen und Gedankengut er sich inspirieren liess. Dementsprechend sieht Lichtenberg das Gesetz als Mittel, um gesellschaftliche Gleichheit herzustellen<sup>2</sup>. Die Menschen fügen sich zu einer Gesellschaft zusammen, welche die schädlichen Formen der Ungleichheit fortwährend beseitigt. Lichtenberg 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 bedeutet, sich aber nicht als idealer Endzustand ein für allemal erreichen lässt.

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 ausgebildet. Dies lag am Bürgertum, das in der Nationalversammlung stark vertreten war, wogegen die Unterschichten sowie Frauen generell keine Stimme hatten. Das Bürgertum – respektive dessen männliche Vertreter – wollten vor allem Freiheit und Eigentum sichern; die Herstellung von Gleichheit war nicht ihr hauptsächlichstes Bestreben. So blieben in der Nationalversammlung die Anliegen der Besserstellung der sozial Schwachen sowie der Frauen unberücksichtigt, und so sollte es noch während längerer Zeit bleiben. Anatole France gab diesem Problem 1894 in seinem Roman «Die rote Lilie» ironisch Ausdruck: Er schrieb über den Stolz der französischen Bürger, die arbeiten dürften unter der majestätischen Gleichheit des Gesetzes, das Reichen wie Armen gleicherweise verbiete, unter

Brücken zu schlafen, auf den Strassen zu betteln und Brot zu stehen. Die westlichen Staaten haben in der Tat die formale Gleichheit erst nach dem Zweiten Weltkrieg mit der Sozialstaatlichkeit ergänzt. Damit wurden die grössten sozialen Ungleichheiten eingeebnet, und es wurde auch wirtschaftliche Gleichheit angepeilt, damit die Menschen faktisch ihr Gleichsein erfahren können.

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

*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 fanden 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.»<sup>3</sup> An dieser Definition fallen ihr tautologischer Charakter und der verwendete Rückgriff auf höhere Prinzipien sowie die Formulierung «vernünftige Gründe» auf. Dies ist, wie zu zeigen sein wird, unvermeidlich.

Nur wenige Juristen und Juristinnen wissen, dass schon Aristoteles eine ähnliche Formulierung gebrauchte, als er die Gerechtigkeit und die Gleichheit näher beschrieb. Er untersuchte in seiner «Politik» die Theorien der Oligarchie und der Demokratie, die es alle mit irgendeiner 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».<sup>4</sup> Gleichheit ist ein relationaler Begriff: Er bezieht sich auf die «Ebenbürtigen», das heisst auf Personen, die nach bestimmten Merkmalen definiert werden und die dadurch einen «Stand» oder eine «Gruppe» bilden. Nach über 2000 Jahren Geschichte wissen wir heute über die Gleichheit nicht mehr als damals. Beachtlich ist freilich, dass die Merkmale, an welche die Gleichbehandlung anknüpft, sich 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 1865 abgeschafft.

Einer dieser Bezugspunkte der Gleichheit, der in den letzten hundert bis hundertfünfzig Jahren einen fundamentalen Wandel erfahren hat, ist das Geschlecht. Das Bundesgericht hatte 1887 im 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.»<sup>5</sup>

Die als «kühn» bezeichnete Auffassung setzte sich erst im nächsten Jahrhundert durch: Das Bundesgericht gestattete 1923 nachgerade *tollkühn* auch den Frauen die Berufung auf die Rechtsgleichheit<sup>6</sup>. Es sah den Ausschluss der Frauen von der Möglichkeit zur Erlangung einer Rechtspraktikantenbewilligung als mit der Rechtsgleichheit unvereinbar an. 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 die angestrebte Geschlechtergleichheit noch bei weitem nicht Realität ist. Heute

stellen sich zudem Gleichheitsfragen im Zusammenhang auch mit verschiedenen religiösen Gruppen – etwa im Bestattungs- und Schulwesen – sowie vor allem bei der Behandlung von Ausländern. Verlangt beispielsweise die Rechtsgleichheit, dass den Muslimen ein Gräberfeld zur Verfügung gestellt wird, das ihren religiösen Vorstellungen vollumfänglich entspricht (insbesondere die Unantastbarkeit der Gräber)? Müssen die niedergelassenen Ausländerinnen und 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? Inwieweit dürfen Ausserkantonale – zum Beispiel im Hinblick auf die Jagd – benachteiligt werden? Muss gleichgeschlechtlichen Paaren nicht auch der Zugang zu einer mindestens eheähnlichen Gemeinschaft ermöglicht werden? Diese und zahlreiche weitere Fragen zeigen auf, dass das Programm der Gleichheit noch keineswegs ausgeschöpft ist. Stets offenbaren 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 gleichsam unerschöpflich.

*Gleichheit als republikanische Idee*

Lichtenberg begründete 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 hat, 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 verfügten. Am deutlichsten geht dies aus seiner Grabrede für Nanni Strozzi (1428) hervor, 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.»<sup>7</sup>

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.»<sup>8</sup> Deutlicher liess 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»<sup>9</sup>, sondern auf 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. Dies 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 gleich behandeln. Es ist unerträglich, wenn ein Staat einerseits Bürger und Bürgerinnen sowie andererseits Einwohner und Einwohnerinnen minderen Rechts unterscheidet. Im Ancien Régime konnte man die Hintersässen, 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 Hintersässen zur heutigen Ausländerproblematik ist unübersehbar.

Welche Gründe man auch immer für die Ungleichbehandlung anführt, es bleibt eine Ungleichbehandlung, die vor der Rechtsgleichheit immer weniger zu bestehen vermag: Die Nichteinbürgerung im luzernischen Emmen im vergangenen Jahr 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 es in der Realität gar nicht oder zumindest nur beschränkt gibt. Was beim 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.

#### *Anmerkungen*

<sup>1</sup> Lichtenberg, *Aus den Sudelbüchern*, K 296, Band 2, S. 451. <sup>2</sup> Vgl. meinen ersten Beitrag «Gesetzmässigkeitsprinzip» zu den Grundbegriffen der Rechtskultur, *ZeitSchrift* 2000/6, S. 359 ff. <sup>3</sup> Siehe Bundesgerichtsentscheid (BGE) 123 I 7 f., zitiert nach Jahrgang, Band und Seitenzahl. <sup>4</sup> 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. <sup>5</sup> BGE 13, 4 f. <sup>6</sup> BGE 49 I 14 (16). <sup>7</sup> Susanne Daub, *Leonardo Brunis Rede auf Nanni Strozzi*, Stuttgart/Leipzig 1996, S. 285 (§ 19, 21). <sup>8</sup> Kant, *Über den Gemeinspruch*, AA 240. <sup>9</sup> Vgl. 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 und praktisch nichtssagenden, gleichgültigen Gleichheit» sprach, die auf das Korrelat der Ungleichheit verzichtet habe.