

Gleichheitsprinzip und Rechtstheorie

Von Andrés Ollero

I. Prinzipien und Normen

Spricht man vom Gleichheits-„Prinzip“, so ist damit ein Dualismus angesprochen, der in der Rechtstheorie wieder an Aktualität gewonnen hat. Schon vor dreißig Jahren machte man von der Unterscheidung zwischen Prinzip und Norm Gebrauch, um die Unzulänglichkeiten des Rechtspositivismus zu verdeutlichen; in jüngerer Zeit wurde die Unterscheidung wieder aufgenommen, um den Normativismus angesichts seiner Unbeugsamkeit als Erklärungsschema für die Rechtswirklichkeit in Frage zu stellen.¹ Im ersten Fall zeigte sich die Realitätsferne einer Auffassung, die das positive Recht als eine bloße Menge von „gesetzten“ Normen verstand; im zweiten Fall ging man noch weiter und bezweifelte sogar, daß das Recht nichts als ein „System von Normen“ sei,² wie auch immer diese gesetzt sein mögen.

Von beiden kritischen Standpunkten aus läßt sich als Korollar der *tatsächliche Vorrang der Prinzipien vor den Normen* im rechtlichen Handlungsbereich aufstellen. Im ersten Fall wird der angeblich subsidiäre Charakter der Prinzipien (verstanden als „allgemeine Rechtsprinzipien“) bestritten und statt dessen ihre informative Rolle hervorgehoben, wie sie etwa in Spanien im Rahmen der Reform des einleitenden Kapitels zum Bürgerlichen Gesetzbuch zur Anerkennung gelangte;³ im zweiten Fall wird betont, daß das Recht kein starres System von Normen ist, die nach einem Alles-oder-Nichts-Schema funk-

¹ Ich beziehe mich auf *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, und auf *R. M. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, London 1977.

² *F. Laporta* relativisiert in seinem Aufsatz „El principio de igualdad: introducción a su análisis“, in: *Sistema* (Madrid) Nr. 67 (1985), 5 - 12, die Bedeutung der Unterscheidung. Sie scheint ihm aufgrund der größeren Abstraktion der Prinzipien eine rein graduelle zu sein. „Ein Kriterium ist nichts anderes als eine Norm“; daraus ergibt sich, daß „das Gleichheitsprinzip so in eine Vielfalt von Normen atomisiert, aufgelöst wird“. Durch diese Atomisierung des Normativismus scheint der Unterschied in der Tat nur noch ein terminologischer zu sein, aber er verschleiert etwas Reales: Man kann jetzt angesichts des diffusen Charakters seiner Prinzipien, die entweder keine Normen sind oder aber Normen sind, die seinen Gehalt nicht ausdrücklich „setzen“ können, nicht mehr die Auffassung vertreten, daß das Recht in den Normen „gesetzt“ ist.

³ Vgl. dazu mein „Interpretación del derecho y positivismo legalista“, Madrid 1982, 131 ff. und 167 ff.

tionieren (die also entweder angewandt oder nicht angewandt werden und die, falls sie angewandt werden, jede andere, mit anderem Inhalt versehene Norm ausschließen), sondern daß es auch und vor allem ein Gefüge von Prinzipien darstellt, die gemeinsam auftreten können, so daß jede Lösung einer Rechtsfrage zu einer Aufgabe des Gegeneinanderabwägens entgegengesetzter Prinzipien wird.

Von der Diskussion darüber, wie Recht „gesetzt“ wird, geht man also über zu der Auseinandersetzung darüber, woraus dieses Recht besteht (ob nur aus Normen oder auch aus Prinzipien), wobei die grundlegende Frage eigentlich offen bleibt: ob das Recht zu diesem wird, wenn und weil es gesetzt wird, oder ob es im Gegenteil aufgrund seiner „vorgegebenen“ Wirklichkeit nach Positivierung verlangt. Diese Frage gewinnt besondere Bedeutung im Hinblick auf die Möglichkeit, die Geltung von Gesetzen zu kontrollieren, je nachdem, ob sie den „Wesensgehalt“ bestimmter Rechte respektieren oder nicht.⁴

Die Spannung zwischen Prinzip und Norm scheint sich jedoch in der spanischen Verfassungsrechtsprechung unter weniger aktuellen theoretischen Perspektiven zu zeigen, die außerdem in enger Beziehung zum Rechtsnormativismus stehen. Schreibt man dem Recht ein Moment der Verbindlichkeit zu, das von seinem Entwurf als System von „Normen“ nicht zu trennen ist, dann lassen sich zwei Elemente ausmachen, die unterschiedlich behandelt werden können. Die Dynamik der „Normen“ erweist sich als ungeeignet zur Erklärung des tatsächlichen Rechtslebens, weswegen man auf metanormative („metajuridische“!?) Faktoren zurückgreifen muß, um seine Funktionsweise zu erklären. Sinnvoller erscheint es, die reale Existenz von zwei Arten rechtlicher (bzw. verbindlicher) Elemente mit unterschiedlicher praktischer Bedeutung anzuerkennen: eben Prinzipien und Normen.

Dies geschieht jedoch nicht. Wo das Verfassungsgericht in einem seiner Urteile das Problem der „unmittelbaren *Verbindlichkeit*“ der in den Artikeln 14 bis 38 der spanischen Verfassung zusammengefaßten „Rechte und Freiheiten“ behandelt, bezieht es sich sofort auf deren „unmittelbaren *normativen Wert*“.⁵ Unabhängig von ihren unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der „Verbindlichkeit“ der Verfassung teilen dabei die rechtsprechenden Organe, gegen die das Verfassungsgericht angerufen wurde (Oberlandesgericht von Sevilla und Erste Kammer des Obersten Gerichtshofs), und das Verfassungsgericht selbst – vielleicht sogar bewußt – eine normativistische Auffas-

⁴ Auf diese „naturrechtliche“ Dimension des Problems, die von den Kritikern Dworkins aufgezeigt wurde, bin ich in meinem „Interpretación del derecho . . .“, zit. Anm. 3, 199 ff., eingegangen.

⁵ Ich beziehe mich hier auf das Urteil des Verfassungsgerichts (STC) 80/1982 vom 20. Dezember, vorgetragen von F. Tomás y Valiente, Begründung 1. Ein typisches Beispiel für diese Bemühung, nicht nur „Prinzipien“, sondern sogar „Werte“ als „Normen“ zu betrachten, um ihnen nicht ihre Bindungskraft zu nehmen, ist G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid 1984.

sung vom Recht. Das Ergebnis ist ein ganz anderes als das weiter oben aufgezeigte. Die Diskussion über die „Verbindlichkeit“ der Verfassung wird zur Debatte darüber, ob bestimmte Artikel zu verstehen sind als „bloße Äußerungen von *Prinzipien*, die zur Orientierung der künftigen Arbeit der öffentlichen Gewalt dienen sollen“ (Oberlandesgericht), so daß Art. 14 „einer *Prinzipien*-erklärung gleichkommt“ (Oberster Gerichtshof), oder ob im Gegenteil die Verfassung „unsere höchste *Norm* und nicht eine Programm- oder *Grundsatz*-erklärung“ ist (Verfassungsgericht).

Der Normativismus führt dazu, daß man die Verfassung nicht nur als eine Menge von „Prinzipien“ auffaßt, weil diesen gerade ein im eigentlichen Sinne rechtlicher Charakter abgesprochen wird und sie stattdessen dem vorrechtlichen Bereich des Programmatischen zugeordnet werden. Die konsistente Beibehaltung dieser Einstellung führt zwangsläufig dazu, daß man die „Leitprinzipien der Sozial- und Wirtschaftspolitik“, wie sie in Art. 39 ff. niedergelegt sind, ihres rechtlichen Inhalts beraubt, eine Folge, die sich nur schwer verteidigen läßt. Selbst wenn sie keine „unmittelbare Verbindlichkeit“ besitzen, gibt es doch keinen Zweifel an ihrem verfassungsrechtlichen Charakter, der ihnen Bedeutung für die „positive Gesetzgebung“ wie für die „Rechtsprechungspraxis“ verleihen kann (Art. 53, 3).

Es wäre wohl die Vorstellung korrekter, daß das „*Recht* auf Gleichheit“, dessen „Wesensgehalt“ die positive Gesetzgebung und die Rechtsprechungspraxis zu beachten haben, von der Verfassung als ein rechtliches *Prinzip* von „unmittelbarer Verbindlichkeit“ anerkannt wird, wenngleich es, wie sich noch zeigen wird, tatsächlich kaum die Rolle einer rechtlichen *Norm* im engeren Sinne spielen kann.

Abgesehen von dieser theoretischen Unterscheidung bleibt die Tatsache bestehen, daß die Verfassung einen Vorrang der Rechte vor dem Gesetz anerkennt. „Die Notwendigkeit, daß dieses deren Wesensgehalt beachtet, impliziert, daß die Rechte schon als verbindlich für alle öffentlichen Gewalten existieren, zu denen offenbar auch ‚die Richter und Beamten der rechtsprechenden Gewalt‘ gehören“.⁶ Eben dies ist der Grund für die Meinung, daß das Recht auf Gleichheit als eine direkt anzuwendende *Norm* zu verstehen sei (als ob nicht auch Prinzipien „angewendet“ würden) und nicht als „bloßes“ *Prinzip*. Es wird also die Ansicht vertreten, daß die Gesetze Geltung erhalten im Rahmen der verfassungsmäßigen Rechte. Damit wird der Gedanke aufgegeben, daß es für „die Entstehung der bürgerlichen Rechte“ erforderlich sei, daß sie „durch spätere Gesetze entwickelt werden“ (Oberlandesgericht). Dieser „vorgängige“ Charakter der Rechte⁷ scheint entscheidend für die sich nun anschließende Analyse.

⁶ STC 80/1982, zit. Anm. 5, Begründung 1.

⁷ Ich bin darauf in meinem Aufsatz „Para una teoría ‚jurídica‘ de los derechos humanos“, in: *Revista Estudios Políticos* Nr. 35 (1983), 103 - 122, bes. 113 ff., eingegangen.

II. Gleichheit und Recht: ein paradoxer Zirkel

Der Vorrang der Prinzipien vor den Normen führt zu einer Auffassung des Rechtssystems als Geflecht von Wertungsprinzipien, die dazu dienen sollen, die gesellschaftlichen Verhältnisse in einer menschenwürdigen Weise zu regeln. Damit dies möglich ist, braucht man aber auch normative Schemata, die in der Lage sind, diesen Forderungen selbst zu genügen: allgemeine Gleichbehandlung, zeitliche Dauer, Garantien gegen Willkür (was nicht mehr nur „Normen“ verlangt, sondern auch, daß diese in „primäre“ und „sekundäre“ unterteilt sind), usw. Die Koordinierung dieser Prinzipien führt zu einer „Rechtstheorie“, die einerseits einer Anthropologie und einer Sozialphilosophie verpflichtet sein muß und die andererseits auch die praktischen Forderungen zu berücksichtigen hat, die als historische Manifestation des theoretischen Inhalts erscheinen und vor deren Hintergrund sich ihre mehr oder weniger große Richtigkeit erweist.

Aus diesem Blickwinkel läßt sich der Vorrang des Rechts vor den Gesetzen übersetzen als derjenige der Verfassungsprinzipien vor den Gesetzesnormen und den Urteilen der Rechtsprechung (also den partikulären Normen, wie Kelsen sagen würde). Will man nun dieses „Recht“ bestimmen, das die Gesetze bedingt, dann muß man sich mit einem Prinzipiengeflecht befassen, in dem das Prinzip der Gleichheit eine doppelte Rolle spielt: einerseits aufgrund der theoretischen Bedeutung, die ihm die spanische Verfassung zuerkennt, indem sie es zu den „höheren Werten“ der Ordnung zählt (Art. 1.1) und es an die Spitze der „Rechte und Freiheiten“ stellt (Art. 14); außerdem aber auch, weil die praktischen Forderungen, durch die dieses Grund-„Recht“ verwirklicht und unter Beweis gestellt werden kann, mit erdrückender Mehrheit – auf allen vorgesehenen Wegen: Verfassungsklage, Amparo-Klage, Anzweifeln der Verfassungsmäßigkeit – zur Forderung nach Gleichheit geworden sind.⁸ Nur die in Art. 24 vorgesehenen Verfahrensgarantien haben ein ähnliches praktisches Echo erfahren. Wenn man also weiß, worin die Gleichheit besteht, dann ist man in dem Bemühen um eine Bestimmung jener zugrundeliegenden „Rechtstheorie“ ein gutes Stück weiter gekommen, ohne daß man damit der Notwendigkeit enthoben wäre, den Zusammenhang der Forderungen dieses Prinzips mit denen anderer Prinzipien⁹ von mehr oder weniger großer theoretischer Bedeutung oder praktischer Relevanz näher zu untersuchen.

⁸ Unter den Arbeiten, die die umfangreiche Rechtsprechung dazu erstmals katalogisierten, vgl. *L. López Rodó*, El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, in: *Anales Real Academia Ciencias Morales y Políticas* Nr. 60 (1983), 297 und 311; *A. Cano Mata*, El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional, Madrid 1983, sowie *E. Alonso García*, El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, in: *Revista Administración Pública* Nr. 100 - 102 (1983), 21 - 92.

⁹ Oder auch mit anderen Dimensionen des Gleichheitsprinzips selbst, wie sie in Art. 9.2 niedergelegt sind, der zur Förderung von Bedingungen und zur Beseitigung von

Das *Recht führt* also zur *Gleichheit*, wenn man sich näher mit seinem Inhalt befassen will. Würde es sich um eine leicht zu formalisierende arithmetische Gleichheit handeln, so wären die entsprechenden Bemühungen erfolgversprechend. Dies scheint jedoch nicht der Fall zu sein. Man braucht nur von den theoretischen Ansätzen zu den praktischen Forderungen überzugehen, um sofort festzustellen, daß das Gleichheitsprinzip ungleiche Behandlung nicht ausschließt. Ganz abgesehen davon, daß die spanische Verfassungsrechtsprechung – in diesem wie in anderen Fällen – unter dem Mangel an einer auch nur minimalen terminologischen Einheitlichkeit leidet, kann man sagen, daß nicht jede „Ungleichheit“ auch „Diskriminierung“¹⁰ im Sinne von Art. 14 impliziert. Entscheidend ist, ob die Behandlung hinreichend „gerechtfertigt“ scheint in dem Sinne, daß man in überzeugender Weise die Gleichheit der Gleichbehandelten bzw. die Ungleichheit der Ungleichbehandelten darstellt.

Dies führt zu einer paradoxen Zirkularität. Das vorgesezte Recht verweist uns auf vornormative Prinzipien. Eines der Grundprinzipien – das der *Gleichheit* – bietet jedoch keineswegs einen klaren Bewertungsmaßstab, sondern *verweist* seinerseits auf einen „*Rechtfertigungs*“-Akt, der sich, wie man unschwer erkennt, auf eine ganz besondere „*Theorie der Gerechtigkeit*“ gründet. Abgesehen davon, daß ihre explizite Darstellung vorwiegend praktischer Art ist, kann eine solche Theorie der Gerechtigkeit – mit ihrer Anthropologie und Sozialphilosophie – nichts anderes sein als eben die „*Rechtstheorie*“, um deren Bestimmung es von Anfang an ging. Nur mit einem Verständnis (bzw. Vor-Verständnis) von ihren Forderungen läßt sich also in Erfahrung bringen, welches die Inhalte dieses unsere Gesetze bedingenden Rechts sind.

Die entscheidende Aufgabe der „*Rechtfertigung*“ gleicher oder ungleicher Behandlung läßt sich nicht durch streng logisches Vorgehen lösen; sie kann aber auch nicht der Willkür überlassen werden. Rechtfertigen heißt, eine „objektive und vernünftige Begründung“ geben.

Es scheint durchaus nicht unnütz, sich mit diesen drei Termini auseinanderzusetzen, auch wenn man erneut betonen muß, daß Verfassungsrichter die Freiheit besitzen sollten, Begriffe eher mit juristischer Unbefangenheit als mit philosophischer Strenge zu behandeln. *Begründung* bedeutet offenbar die Darlegung einer Grundlage; also von etwas, auf das sich ein Urteil stützen kann, um nicht zu bloßem Dezisionismus ohne Grundlage zu verkommen. Damit eine Begründung als *objektiv* angesehen werden kann, scheint es unerläßlich, daß es ein Objekt gibt, auf das man verweisen kann, denn andernfalls stünde der Richter mit seinen subjektiven Entscheidungen allein da. Die

Hindernissen für die Gleichheit derart auffordert, daß damit die ungleiche Behandlung der derzeit noch Ungleichen gerechtfertigt werden kann.

¹⁰ Zum Beispiel das Verfassungsgerichtsurteil (STC) vom 2. Juli 1981, Begründung 3, vorgetragen von G. Begué, der sich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte berief.

Erkenntnis dieser objektiven Wirklichkeit bleibt dabei nicht der Gabe zur Intuition überlassen, die sich der jeweilige Richter selbst zuschreiben könnte. Denn jede objektive Wirklichkeit ist in der Lage, sich demjenigen Richter zu offenbaren, der sich der Mühe unterzieht, das Wissen um die Existenz dieser Wirklichkeit mit Hilfe einer *vernünftigen* Argumentation überzeugend weiterzugeben.

An diesem Punkt könnte man schon einwenden, daß dies zu weit geht. Immerhin wird damit ja zugegeben, daß das *Recht* mit seiner Aufgabe von eindeutig *praktischer Dimension* eine *rational erfaßbare, objektive Wirklichkeit* besitzt. Ontologie und praktische Vernunft, damit geht es los. Der Ansatz zeichnet sich zweifellos weder durch übergroße Vorsicht noch durch allzu geringen Ehrgeiz aus; eine konsistente Alternative ist aber nicht leicht zu finden. Läßt man sich darauf ein, objektive und vernünftige Begründungen zu gebrauchen oder auch zu mißbrauchen, so kann dies, auch wenn man sich vor dem Anschein hütet, daß man die Existenz einer realen Grundlage, einer objektiven Wirklichkeit und der Fähigkeit, diese rational zu erfassen, behauptet, letztlich – so wenig man dies auch beabsichtigen mag – eine äußerst anmaßende Form von Selbstüberschätzung sein. Wenn das ganze Gerede vom Recht weiter nichts ist als ein Jargon, der dazu beitragen soll, daß derjenige, der herrscht, tut, was er will, solange man ihn läßt, dann können diese – und andere, weit verdienstvollere – Überlegungen nichts weiter sein als bloße Sphärenklänge.

Nimmt man die Sache ernst – was vielleicht eine gehörige Dosis an Naivität voraussetzt –, dann stellt man fest, daß man mit nichts geringerem befaßt ist als mit der Suche nach dem „objektiven Recht“ (im klassischen vorgesetzlichen Sinne) und mit dem Bemühen darum, es mit Hilfe einer Vorgehensweise zu umreißen und abzugrenzen, die beansprucht, gleichzeitig rational und praktisch zu sein.

Es geht nicht darum, eine substantielle „objektive“ Wirklichkeit zu erfassen, indem man sie unter der Oberfläche des äußeren Anscheins hervorzieht, oder darum, ein vollständig definiertes „Objekt“ festzuhalten, sondern darum, unter konkreten Verhältnissen die rechtlichen Forderungen interpretativ zu verstehen, die aus ihnen entstehen.¹¹ Theorie und Praxis stehen in ständiger Wechselwirkung. Es geht nicht darum, die Implikationen aus einem Grundprinzip geometrisch darzustellen oder eine Lösung aufzunehmen, die in dem Fall selbst vorgegeben ist. Für die Richter ist „die Gleichheit . . . nur dann verletzt, wenn es für die Ungleichheit keine objektive und vernünftige Recht-

¹¹ A. Kaufmann zeigt, wie die hermeneutische Zirkularität substanz-ontologische Versuche zunichte macht und zu einer „relationalen“ Ontologie drängt. Vgl. „Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik“, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag, München 1982, Bd. 1, 537 - 548.

fertigung gibt“, aber „die Existenz dieser Rechtfertigung ist im Verhältnis zu *Zweck* und *Wirkungen* der betreffenden Maßnahme zu betrachten, wobei zwischen den eingesetzten Mitteln und dem verfolgten Zweck ein *vernünftiges Verhältnis* bestehen muß“. ¹²

Man erkennt leicht die teleologische Dimension dieser Erkenntnisoperation. Doch damit ist man der Zirkularität noch nicht entkommen. Nur wenn man ein Vorverständnis von zulässigen und unzulässigen Zwecken besitzt, kann man verstehen, ob eine Maßnahme gerechtfertigt ist oder nicht. Man darf die Wirkungen nicht vergessen, von denen einige vielleicht abzulehnen sind, sofern sie nach dem Vorverständnis für unerwünscht angesehen werden. Damit wird nun aber nicht der Konsequentialismus verfochten, denn ein Ziel rechtfertigt nicht jedes Mittel, sondern nur solche, die nach dem Vorverständnis in einem vernünftigen Verhältnis zum Ziel stehen. Ohne Vorverständnis läßt sich gar nichts verstehen, wenn auch das praktische Bemühen um Verständnis andererseits vor der dunklen Übereile des Vorverstandenen bewahrt.

Der Leser wird gewiß verstehen, daß als logische Folge des Bemühens um die getreue Wiedergabe eines Sich-im-Kreise-Drehens das hier aufgetretene Schwindelgefühl unvermeidbar ist.

III. Wie läßt sich Ungleichheit rechtfertigen?

Die gesetzliche Regelung des Ruhestands für Erwerbstätige bot Gelegenheit für ein bezeichnendes Beispiel der vorhandenen Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Ungleichheit. Die fünfte Zusatzbestimmung des Erwerbstätigengesetzes (Gesetz 8/1980 vom 10. März) schuf eine „oberste Altersgrenze“ für die „Arbeitsfähigkeit“ und das „Erlöschen von Arbeitsverträgen“, die von der Regierung zu bestimmen sei. „In jedem Fall beträgt das Höchstalter 69 Jahre.“ Nachdem ein Erwerbstätiger wegen Erreichens dieser Altersgrenze ausgeschieden war, legte der Arbeitsrichter Verfassungsbeschwerde ein, unter anderem wegen Unvereinbarkeit mit Art. 14.

Das Urteil stellte in der Beschwerdebegründung bis zu „drei Argumentationslinien“ fest, ¹³ die es der Verfassung gegenüberstellt.

Bezüglich der ersten ist es der Ansicht, daß es „nicht vernünftig“ sei anzunehmen, daß „alle Erwerbstätigen im gleichen Alter“ körperlich oder geistig arbeitsunfähig werden. Damit wird man auf eine Tatsachenfeststellung verwiesen – Ungleichheit der körperlichen und geistigen Verfassung –, um eine mögliche rechtliche Gleichbehandlung abzulehnen. Andererseits könne man diese Einschränkung des Rechts auf Arbeit nicht damit „rechtfertigen“, daß

¹² STC 2. Juli 1981, zit. Anm. 10, Begründung 3, Hervorhebung hinzugefügt.

¹³ Ebd., Begründung 4.

man eine solche Arbeitsunfähigkeit für die „nicht selbständig Beschäftigten“ annimmt, ohne daß davon auch die freie Ausübung der gleichen beruflichen Tätigkeit betroffen wird. Es wird also jetzt bestritten, daß zwischen den Bürgern eine faktische Ungleichheit besteht, die als Grundlage für die mögliche Festlegung einer rechtlichen Ungleichheit dienen könnte. Schließlich wird die Gleichsetzung eines Höchstalters für die Erwerbstätigkeit mit der Festlegung eines Mindestalters zurückgewiesen, da letztere eine „Maßnahme [ist], die sich an in die Verfassung aufgenommenen Prinzipien und Grundwerten orientiert“.¹⁴ Wir sind also, kurz gesagt, alle körperlich und geistig verschieden genug, um nicht im gleichen Alter in gleichem Maße für arbeitsunfähig gehalten werden zu können; wir sind alle gleich zu behandeln, sobald wir für körperlich oder geistig unfähig gehalten werden, unabhängig davon, ob wir abhängig oder selbständig beschäftigt sind. Die Zurückweisung der Gleichsetzung von Höchst- und Mindestalter für die Erwerbstätigkeit dagegen verläßt die tatsachengestützte Argumentation und verlegt sich auf die Bewertung des verfolgten Zwecks.

Die „zweite Argumentationslinie“¹⁵ weist eine mehr bewertende Dimension auf, da hier zur Diskussion gestellt wird, ob man den Altersruhestand als eine „Errungenschaft auf dem Weg zur Humanisierung der Arbeit“ im Rahmen einer „Politik des Schutzes des dritten Lebensalters“ zu verstehen hat. Damit nähert man sich der historischen Dimension von objektiven Wirklichkeiten, die eine ungleiche Behandlung begründen können. Niemand scheint zu bezweifeln, daß der Schutz des dritten Lebensalters rechtlich geboten ist; trotzdem wird eine Maßnahme, die noch vor hundert Jahren zweifellos diesbezüglich als eine „Errungenschaft“ angesehen worden wäre, heute unter „entgegengesetzten Vorzeichen“ gesehen. Die Arbeit, die früher aufgrund der Umstände, unter denen sie geleistet wurde, vorwiegend als eine Last empfunden wurde, von der man befreit werden wollte, erscheint heute in einem veränderten gesellschaftlichen Kontext als menschliche Dimension,¹⁶ die man bestenfalls „freiwillig“ und in einem „allmählichen Übergang“ aufzugeben bereit ist.

Die gleiche reale und objektive Forderung nach dem Schutz des dritten Lebensalters, die in einem bestimmten historischen Augenblick den „obligatorischen“ und „radikalen“ Zwangsruhestand verlangte, stellt unter anderen historischen Umständen den „freiwilligen und allmählichen“ Ruhestand als wünschenswert dar. Hieraus relativistische Folgerungen über die objektive Begründung des Schutzes des dritten Lebensalters abzuleiten, scheint nicht besonders vernünftig. Auf jeden Fall wird heutzutage die Zwangspensionie-

¹⁴ Ebd., Begründung 5.

¹⁵ Ebd., Begründung 6.

¹⁶ Dies habe ich in meinem Aufsatz „El trabajo como fuente de socialización“ in dem Sammelband *Estudios sobre ‚Laborem exercens‘*, Madrid 1987, 317 - 344, behandelt.

rung nicht mehr als „Errungenschaft“ dargestellt, die „die Einschränkung der Wahrnehmung des Rechts auf Arbeit rechtfertigen“ könnte. Ein Einkommen zu haben, ohne zu arbeiten, wird nicht mehr als Ideal betrachtet, und zwar nicht nur, weil man mehr verdient, wenn man arbeitet, sondern durch die menschliche Entwurzelung, zu der die Ausgrenzung aus dem Arbeitsleben führen kann.

Hieraus ergibt sich folglich die Aufforderung zu einer anthropologischen Diskussion über den menschlichen Wert der Arbeit und über die Diskriminierung, die darin liegt, daß jemand von einem bestimmten Alter an zur Aufgabe gezwungen wird, ohne daß körperliche oder geistige Unfähigkeit vorliegt, die dies rechtfertigen könnte. Die „dritte Argumentationslinie“¹⁷ vertieft diese Richtung noch, da hier die sozialphilosophischen Folgen näher betrachtet werden, die sich aus dieser Auffassung vom Menschen ergeben. Der Mensch ist nicht nur Einzelperson – die unbeschränkte Ansprüche stellen kann –, sondern auch ein soziales Wesen: er besitzt Rechte, die per definitionem¹⁸ nur vorstellbar sind als aus Gründen der Solidarität eingeschränkte Ansprüche. Das „individuelle“ Recht auf Arbeit kann so eben „eingeschränkt“ werden durch eine „kollektive Perspektive“ des Rechts auf Arbeit im Rahmen einer Vollbeschäftigungspolitik.

Die allgemeine und individuelle „Freiheit zur Arbeit“ kann sich konkret nur ergeben als „Recht auf einen Arbeitsplatz“¹⁹ innerhalb eines Kollektivs, in dem produktive Arbeit inzwischen ein knappes Gut geworden ist. Wie kann man sie also verteilen, ohne gegen die Gleichheit zu verstoßen? Soll man sie in genau gleich große Teile zerstückeln? Soll man sich auf Kriterien berufen, die eine ungleiche Verteilung rechtfertigen können? Kann man dafür eine reale und objektive Begründung finden?

Indem es sich auf „die Solidarität, die reale und effektive Gleichheit und die Beteiligung aller am wirtschaftlichen Leben des Landes“ beruft, erachtet das Urteil die Einschränkung „wegen ihres Beitrags zum Gemeinwohl“ für „gerechtfertigt“, „wenn man die negativen sozialen Folgen berücksichtigt, die mit der Arbeitslosigkeit von Jugendlichen einhergehen“.²⁰

Man könnte noch viele andere Gesichtspunkte ins Spiel bringen: man könnte der Auffassung sein, daß die von einem Beschäftigten geleisteten Dienste für die Gemeinschaft es rechtfertigen, daß er seinen Arbeitsplatz nur freiwillig aufgeben muß, ohne daß er ihm einfach entzogen wird; man könnte den sozialen Gewinn aus der erworbenen Erfahrung in Rechnung stellen und je nach der Art der Beschäftigung unterschiedliche Höchstgrenzen festlegen,

¹⁷ STC 2. Juli 1981, zit. Anm. 10, Begründung 7.

¹⁸ „Para una teoría ‚jurídica‘ . . .“, zit. Anm. 7, 105 ff.

¹⁹ STC 2. Juli 1981, zit. Anm. 10, Begründung 8.

²⁰ Ebd., Begründung 9.

usw. In jedem dieser Fälle liefert die jeweilige Lösung einen Beitrag zu einem praktischen Entwurf eines bestimmten „Gesellschaftsmodells“²¹ und zur Stützung einer bestimmten Auffassung vom Menschen.

Es scheint hier bei der Suche nach dem geringeren Übel den Erfordernissen des Überlebens der Gesellschaft Vorrang eingeräumt worden zu sein. So paradox dies auch scheinen mag, wird hier der Jugendliche dem älteren Menschen vorgezogen, vielleicht aufgrund seines höheren Aggressionspotentials oder weil man annimmt, daß seine Fähigkeit zu Altruismus und ethischer Selbstkontrolle geringer ist. Mit Hilfe von Rechtsmitteln verzichtet man darauf, die vorhersehbaren „gesellschaftlichen Folgen“ zu mildern, und geht stattdessen den Weg des geringsten Widerstands. Ist die Entscheidung für diese Alternative erst einmal gefallen, dann wird eine damit völlig konsistente Zusatzforderung gestellt: die Pensionierung „darf keinesfalls zu einem Wegfall von Arbeitsplätzen führen“, und sie muß mit einer „Entschädigung“ verbunden sein, durch die eine Rente garantiert wird.

Nicht die Geschichtlichkeit hat hier zu einer ganzen Reihe von Problemen geführt, indem sich aus einem einzigen Bewertungsprinzip immer neue Dimensionen ergeben haben. Es hat sich vielmehr die Problematik der konkreten Einzelfälle gezeigt, bei denen verschiedene Prinzipien und Gesichtspunkte zum Tragen kommen, die sich nicht gegeneinander abwägen oder miteinander vereinbaren lassen. Die „Solidarität“ führt zu ganz unterschiedlichen Imperativen, je nachdem, ob man die der Erwachsenen mit den Jugendlichen ins Auge faßt oder umgekehrt. In beiden Fällen wäre die Alternative „solidarisch“. Gibt es aber eine reale und objektive Grundlage, nach der man die eine als solidarischer als die andere ansehen könnte? Die argumentative Bemühung des Urteils scheint dies vorauszusetzen. Um es aber noch einmal zu sagen: Die Verschiedenheit der Betrachtungsweisen nimmt der betrachteten Wirklichkeit nicht ihre Objektivität. Sie vereitelt jedoch den Anspruch, die „Objektivität“ als Allheilmittel darzustellen, und schützt so vor jedem Versuch der Monopolisierung einer angeblich offenkundigen Erfassung der Wirklichkeit. Aus der Sicht einer neoindividualistischen Philosophie würde beispielsweise nicht die Realität der schädlichen Folgen bestritten, die die Jugendarbeitslosigkeit für das gesellschaftliche Leben impliziert; es würde aber sehr wohl argumentiert, daß ein Arbeitsplatz, den jemand vielleicht aufgrund eigener Verdienste erworben hat und der kompetent ausgefüllt wurde, seinem Inhaber nicht entzogen werden kann, ohne diesen in seiner eigenen Würde zu verletzen. Keine auf gesellschaftliche Optimierung ausgerichtete „Politik“

²¹ Vgl. dazu „Para una teoría ‚jurídica‘ . . .“, zit. Anm. 7, 110. Die gleiche Folge, die sich auch im wirtschaftlichen Handeln zeigt, habe ich in dem Aufsatz „Balance social y modelo de sociedad“ in dem Sammelband „El balance social de la empresa y las instituciones financieras“, Madrid 1982, 73 - 88, bes. 82 ff., behandelt.

könne die Manipulierung von Grundgütern rechtfertigen, die aus „Prinzip“²² nicht zur Verhandlung freigegeben seien.

Die Folgerung aus dieser unausweichlichen Problematik der praktischen Probleme nötigt jedoch nicht zur Annahme eines skeptischen Relativismus, also eines Nonkognitivismus, der an die Stelle der Diskussion die willkürliche Entscheidung setzt. Sie führt auch nicht zu künstlichen Formeln, die die Folgen abschwächen, indem sie versuchen, einen argumentativen Diskurs aufrecht zu erhalten, ohne jedoch von einer realen und objektiven Grundlage auszugehen. Wenn es keine objektive Wirklichkeit gibt, auf die man sich berufen kann, dann wird das Argument zur rhetorischen Verbrämung der Entscheidung. Die Sprache beschränkt sich dann darauf, Gewalt zu verschleiern, ohne von einer Wirklichkeit zu künden, die ja schon vorher als inexistent beurteilt wurde.

Das Problem verschärft sich noch, weil die praktische Problematik immer im Rahmen der historischen Dynamik entsteht. Es ist noch einmal zu betonen, daß diese „objektive“ Wirklichkeit – der einzige Faktor, der dem Diskurs einen Sinn verleiht und der verhindert, daß dieser zu „ideologischer“ Spitzfindigkeit verkommt – kein „fertiges und endgültig festgelegtes Objekt“ ist, sondern eine reale Forderung, die – wie wir gesehen haben – dazu bestimmt ist, bei einer konkreten Gelegenheit Gestalt zu gewinnen. Nur das Vorurteil, daß man keine andere Wirklichkeit wahrnimmt als die, die in den Rahmen der naturwissenschaftlichen „Objektivität“ paßt,²³ führt zu einem radikalen Unbehagen angesichts dieses Ansatzes und dazu, daß man Trost sucht in dieser pittoresken „Objektivität“, die auf mysteriöse Weise erzeugt wird im Laufe eines geistreichen Dialogs, der in der Lage ist, dem Nichtexistenten eine reale Grundlage zu verschaffen.

Das Dilemma gewinnt beträchtliche Bedeutung, wenn man feststellt, daß das Gleichheitsprinzip nicht etwa eine präzise Lösung bietet, sondern daß es „letztlich die Rolle einer Art Generalklausel der Vernünftigkeit spielt“.²⁴ Können die Gleichheitsforderungen auf eine reale Grundlage bauen? Ist „Gleichheit“ nur ein Zauberwort, mit dessen Hilfe man sich darauf einigen kann, etwas „für gerecht zu halten“, daß nicht mehr und nicht weniger gerecht ist als sein Gegenteil? Wenn die zweite Antwort richtig wäre, dann wäre man gezwungen zuzugeben, daß das Recht nichts weiter ist als eine spielerische

²² Ich beziehe mich auf die von Dworkin vorgeschlagene Unterscheidung zwischen „principles“ und „policies“; für eine Kritik an dem dabei möglichen individualistischen Spiel vgl. mein „Para una teoría 'jurídica' . . .“, zit. Anm. 7, 115 f.

²³ A. Kaufmann zeigt die gleiche Folge auf, wenn man eine substantielle Ontologie auf das Recht projiziert; vgl. sein „Über den ‚Wesensgehalt‘ der Grund- und Menschenrechte“, in: ARSP LXX/3 (1984), 384 - 399.

²⁴ Plädoyer des Rechtsvertreters des Staates, aufgenommen in Schriftsatz 9. b) des in Anm. 10 zit. Urteils.

Konvention, um die Einigung derer zu erreichen, die (angeblich) entschlossen oder (praktisch) verdammt sind zur gegenseitigen Verständigung.

Die in der „Begründung“(!) des Urteils vorgebrachte Argumentation geht genau vom Gegenteil aus, nämlich davon, daß das Recht eine „vernünftige“ Lösung des Problems bietet, weil es reale und objektive Grundlagen gibt, auf die sich diese Lösung stützen läßt, und Argumente, mit denen man ihre rationale Erkenntnis vermitteln kann. Es gibt also „Gründe“, auf die man sich stützen, und folglich „Gründe“, mit denen man überzeugen kann.

Dieses doppelte rationale Bemühen (um Erkenntnis und um Vermittlung) ist aufgrund eines doppelten Imperativs, der für die „konzentrierte“ Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit charakteristisch ist, von ganz besonderer Art: Einerseits ist der Spielraum der verschiedenen Gewalten zu beachten (ohne daß eine Einmischung stattfindet in das Vorrecht der Legislative, die „Rechtstheorie“ historisch abzugrenzen, die den Rahmen für die Verfassung darstellt, und ohne daß der den Richtern überlassene Bereich der praktischen Argumentation ausgedehnt würde); andererseits sind die Normen solange wie möglich zu „erhalten“, vorausgesetzt, sie gestatten zumindest eine verfassungsgemäße Interpretation.

Der erste Aspekt ist mit dem Entwurf des Diskurses als bloßer prozedural stilisierter Entscheidung vereinbar. Das Gericht nimmt danach nicht an einem Dialog über etwas teil, für das es keine Kompetenz besitzt. Der zweite Aspekt ist von diesem ersten aus unverständlich. Warum sollte man das Verfahren durch Multiplizierung der Instanzen noch komplizierter machen, wenn man nur auf prozedural kanalisierte Willkür abzielt? Allein die Notwendigkeit, einen „Wesensgehalt“ zu schützen, der in seiner „Grundlage“ so real und objektiv ist wie fragwürdig und historisch in seiner praktischen Reichweite, zwingt das Gericht dazu, eine „vernünftige“ Lösung sogar jenseits der von den Parteien vorgebrachten Argumente zu suchen.

Und dies ist genau das, was in der unerwarteten Koda des hier kommentierten Urteils geschieht. Hier wird die Zwangspensionierung (mit der sich daraus ergebenden Ungleichbehandlung von Jungen und Alten) zwar für gerechtfertigt gehalten, sie gilt aber nicht als durch das Gesetz schon wirklich eingeführt, sondern als abhängig von ihrer wirksamen Durchsetzung durch die Regierung, womit ein Aspekt angesprochen ist, über dessen Vereinbarkeit mit der Verfassung nicht geurteilt wird. Dies ist bemerkenswert, denn keiner der an der eingehenden Diskussion Beteiligten scheint diese Interpretation ins Auge gefaßt zu haben. Alle hielten die Zwangspensionierung ohne weiteres auf gesetzlichem Wege für eingeführt. Dies wurde zugrundegelegt von den Änderungsanträgen zum Gesetzestext,²⁵ vom Berichterstatter vor der Kammer,²⁶ vom

²⁵ Diese sind im Gutachten des Berichterstatters aufgelistet. So etwa der kommunistische Änderungsantrag Nr. 598, der unterschiedliche Grenzen für „freiwillige und

Staatsanwalt bei seinem Widerstand gegen den Versuch, die Frage der Verfassungswidrigkeit aufzuwerfen,²⁷ vom Rechtsvertreter des Staates in seinen Plädoyers,²⁸ vom Generalstaatsanwalt in den seinigen²⁹ und sogar von einem der Richter.³⁰ Für das Gericht bedeutet dies jedoch eine „isolierte Interpretation des Absatzes“, die sich von der unterscheidet, zu der man kommt, wenn man „Sinn und Zweck des Paragraphen, zu dem er gehört“ sowie „Natur und Zweck der Vorschrift“ und „eine systematische, teleologische Interpretation“ zugrundelegt.³¹ Bemerkenswert ist, daß das Urteil, obwohl es nur ein Jahr nach Erlass des Gesetzes ergeht, in seiner Begründung keinerlei Hinweis auf die parlamentarische Diskussion enthält, auf die sich eine „historische“ Interpretation des umstrittenen Paragraphen stützen könnte. Man ist offenbar mehr daran interessiert, eine „vernünftige“, „erhaltenswerte“ Lösung zu finden, als an der Tatsache, daß der Gesetzgeber über eine solche tatsächlich schon nachgedacht hat.

IV. Praktische Dimension der Rechtsgleichheit

Vom theoretischen Standpunkt ist die Gleichheit nur eines der Elemente jener Gerechtigkeit, die den zentralen Kern der rechtlichen Forderungen ausmacht. Während die Freiheit die affirmative Dimension der Würde der Person ausdrückt, bezieht sich die Gleichheit auf die Forderungen der ontologischen Gleichartigkeit³² aller Menschen und damit auf die einer solidarischen Alterität eigene kreative Dimension.

Das praktische Spiel geht über diese begriffliche Unterscheidung hinaus, da Freiheit und Gleichheit zwei „Prinzipien“ sind, die nur dann „Gerechtigkeit

erzwungene Pensionierung“ vorschlägt, oder der andalusische Änderungsvorschlag Nr. 802, in dem „die Festsetzung eines Pflichtalters für den Ruhestand“ abgelehnt und stattdessen für „freiwilligen Ruhestand“ votiert wird; vgl. „Estatuto de los Trabajadores. Trabajos Parlamentarios“, Madrid 1980, Bd. 1, 359, 265 und 325; Bd. 2, 973.

²⁶ Er gibt zu, daß man über eine Altersgrenze für einen „Zwangsruhestand“ diskutiert, die die Regierung „herabsetzen“ könnte; vgl. „Estatuto de los Trabajadores“, zit. Anm. 25, Bd. 2, 975.

²⁷ „Es bedeutet keinerlei Verfassungswidrigkeit, wenn die Cortes diese für die Beamten schon existierende obligatorische Regel einführen“; vgl. Schriftsatz 6 des in Anm. 10 zit. Urteils.

²⁸ Er sieht eine „Obergrenze für den Verbleib am Arbeitsplatz“ festgelegt, wobei die Regierung eine niedrigere Grenze bestimmen kann; vgl. Schriftsatz 9. a) des genannten Urteils.

²⁹ Die Aussage des Gesetzes scheint ihm eindeutig: „auch wenn die Regierung von der ihr übertragenen Ermächtigung keinen Gebrauch macht, wird diese Altersgrenze imperativ festgelegt“; vgl. Schriftsatz 10. a) des Urteils.

³⁰ „Die besagte Bestimmung führt in unser Arbeitsrecht ganz allgemein die Zwangspensionierung ein“; Sondervotum Nr. 4 zum genannten Urteil.

³¹ STV 2. Juli 1981, zit. Anm. 10, Begründung 10.

³² Vgl. dazu S. Cotta, *La coesistenza come fondamento ontologico del diritto*, im Anhang von „Giustificazione e obbligatorietà delle norme“, Mailand 1981, 125 - 128.

schaffen“ können, wenn sie Hand in Hand gehen und jeweils als Gegengewicht zum anderen wirken. Gerechtigkeit kann niemals die theoretische Summe endgültiger Freiheits- und Gleichheitsforderungen sein, die im konkreten Einzelfall meistens einander entgegenstehen, sondern besteht in deren praktischer Abstimmung.³³ Die Notwendigkeit, Berufungen auf die Gleichheit zu „rechtfertigen“, bringt schon Freiheitsforderungen in die Diskussion ein, die eine im richtigen Verhältnis stehende Ungleichbehandlung begründen können.

Die Rechtstätigkeit – die Aufgabe, „Gerechtigkeit zu schaffen“ – wird also zur konkreten Entfaltung einer „praktischen Philosophie“, die dazu beiträgt, die Wirklichkeit im Einklang mit einigen Prinzipien existentiell zu gestalten, während sie gleichzeitig ihren Wesensgehalt erkennt. Gerechtigkeit zu schaffen – Freiheit und Gleichheit ausgewogen zu dosieren – bedeutet, zur Verwirklichung objektiver Forderungen beizutragen, deren konkrete Reichweite man nur durch eine kluge Praxis erkennen kann. Die Klugheit des Juristen muß Forderungen mit realer und objektiver Grundlage, die aber vielleicht angesichts der Freiheit menschlicher Praxis bloße Möglichkeit bleiben könnten, zu existentieller Wirklichkeit verhelfen. Er entwirft so allmählich praktisch eine bestimmte Vorstellung vom Menschen und von der Gesellschaft, die unvermeidlich eine ethische und eine politische Dimension hat.

So hat eine Wirklichkeit Existenz erlangt, deren Grundlage sich schon abgezeichnet hatte. Objektivität und Historizität stehen sich nicht mehr konfliktiv gegenüber, da man nun schon – mit mehr oder weniger großem Erfolg – dabei ist, eine *Existentialobjektivität* zu beleuchten, die eine nichtrelativistische *Historizität* mit sich bringt. Das Recht als „vernünftige“ Lösung – eine der fruchtbarsten Notlösungen dazu ist die Berufung auf die Gleichheit – ist nicht bloß ein prozedurales Spiel, sondern das Bemühen, in einem interpretativen Spiel, das zugleich Erfassung und Ausdruck, Geben und Nehmen von Sinn ist, eine Wirklichkeit zu gestalten. Diese Interpretation darf nicht zu willkürlicher Vorgehensweise verkommen, da aus eben der Wirklichkeit, deren Entwicklung angestrebt wird (Freiheit und Gleichheit, Würde der Person und Parität) prozedurale Forderungen entstehen. Es ist nicht gleichgültig, *wie* diese historische Dimension gestaltet wird, da es ja gerade ein objektives *Was*³⁴ mit einem Wesensgehalt gibt, der ihre Entfaltung völlig bestimmen muß.

³³ G. Peces-Barba weist darauf hin, daß die Gerechtigkeit „die Begriffe der Freiheit und Gleichheit als materiellen Gehalt“ besitzt; vgl. „Los valores superiores“, zit. Anm. 5, 27. Auch F. Laporta faßt Gerechtigkeit auf als „generische Vokabel“, die sowohl Gleichheit als auch Freiheit umfaßt; vgl. „El principio de igualdad . . .“, zit. Anm. 2, 26.

³⁴ Vgl. dazu A. Kaufmann, *Teoría de la justicia: un ensayo histórico-problemático*, in: *Anales Cátedra Francisco Suárez* Nr. 25 (1985), 62, sowie meine Arbeit „Consenso: ¿racionalidad o legitimación?“, in: ebd., 163 - 182, bes. den Schlußabsatz.

Dieses „interpretative Urteil“ zeigt mit besonderer Klarheit den instrumentellen Charakter des Buchstabens des Gesetzes, wenn es darum geht, das Recht zu verwirklichen. Es kommt darauf an, Gerechtigkeit zu schaffen. Da dies nicht angesehen werden kann als eine Aufgabe, die von angeblichen Sehern der Rechtswirklichkeit monopolisiert werden darf, muß man angemessene Verfahrenswege („sekundäre Normen“) schaffen, um die Entscheidungen von Gesetzgebern und Richtern („primäre Normen“) zu beleuchten. Aber dieses *Wie*, mit dem die Enthaltung des Verfassungsgericht angesichts der Vielfalt möglicher gesetzgeberischer Entwicklungslinien bzw. angesichts unterschiedlicher richterlicher Tatsachenbewertungen gerechtfertigt wird, bleibt einem *Was* untergeordnet, dessen Wesensgehalt von eben diesem Gericht garantiert werden muß – nötigenfalls auch über die ausdrücklichen Absichten des gesetzgeberischen oder rechtsprechenden Organs hinweg.

Sonderdruck aus:

Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie

Herausgegeben von

Ernesto Garzón Valdés



Duncker & Humblot · Berlin 1990