

Schriften zum Internationalen Recht

Band 156

**Menschenwürde, Freiheit,
komplexe Gleichheit: Dimensionen
grundrechtlichen Gleichheitsschutzes**

**Der Gleichheitssatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht
sowie im deutschen und US-amerikanischen
Verfassungsrecht**

Von

Sven Mirko Damm



Duncker & Humblot · Berlin

SVEN MIRKO DAMM

**Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit:
Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes**

Schriften zum Internationalen Recht

Band 156

Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes

Der Gleichheitssatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht
sowie im deutschen und US-amerikanischen
Verfassungsrecht

Von

Sven Mirko Damm



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Hannover hat diese Arbeit
im Jahre 2005 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7646
ISBN 3-428-11954-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem grundrechtlichen Gleichheitspostulat im deutschen und US-amerikanischen Verfassungsrecht sowie im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Dieser Thematik kommt in allen drei Rechtsordnungen eine herausragende praktische Bedeutung zu. Die zentrale Stellung des Gleichheitsrechts ist jedoch zugleich von erheblichen Unsicherheiten gekennzeichnet. So hat im Bereich des Europäischen Gemeinschaftsrechts die Zersplitterung in eine Vielzahl von Bestimmungen sowie das Fehlen einer schlüssigen Prüfungssystematik insbesondere Fragen danach aufgeworfen, unter welchen Voraussetzungen Differenzierungen *gerechtfertigt* sein können. Insoweit werden gegenwärtig vielfältige Auseinandersetzungen über Bedeutung und Grenzen des Gleichheitsgrundrechts geführt, deren oftmals grundsätzlicher Charakter im Hinblick auf die Qualität der Gleichheit im Verlauf der Arbeit näher untersucht wird.

Ein Schwerpunkt der Arbeit liegt danach bei der Frage, an welchen *Maßstäben* sich die Anforderungen an die Rechtfertigung differenzierender Regelungen auszurichten haben. Erst die Systematisierung der damit angesprochenen elementaren Rechtfertigungsebene kann näheren Aufschluss geben über die Intensität des Schutzes, den der grundrechtliche Gleichheitssatz dem einzelnen Bürger tatsächlich gewährt. Vor diesem Hintergrund wird zunächst die einschlägige Rechtsprechung von U.S. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht einer vergleichenden Analyse unterzogen. Die dabei gewonnenen Aufschlüsse bilden ein wesentliches Teilergebnis der Studie. Zugleich dienen sie als Anschauungsmaterial und Grundlage für die Erarbeitung einer Dogmatik des bislang wenig entwickelten gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitsgrundrechts. Wie die Untersuchung aufzeigt, erschließt sich dessen Schutzintensität erst aus dem Zusammenspiel primärrechtlicher Vorgaben mit dem Gleichheitsrecht, das *drei Dimensionen des Gleichheitsschutzes* sichtbar werden lässt.

Die in der Arbeit aufgeworfenen Fragen berühren den Kern grundrechtlichen Gleichheitsschutzes und sind ungeachtet dessen bislang kaum hinreichend aufgearbeitet worden. Ihre Untersuchung betritt daher wiederholt rechtstheoretisches und dogmatisches Neuland. Das betrifft nicht zuletzt die enge Verknüpfung von juristischer Dogmatik und politischer Philosophie. Die Ergebnisse sind zugleich von rechtskonzeptioneller und praktischer Bedeutung.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Universität Hannover als Dissertation angenommen. Mein Dank gilt insbesondere meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Kay Waechter. Er hat die Arbeit von Beginn an mit großem Einsatz und Interesse gefördert. Seine tatkräftige und kritische Begleitung war Herausforderung und Ermutigung zugleich. In fachlicher wie persönlicher Hinsicht habe ich ihm viel zu verdanken. Für die Erstellung des Zweitgutachtens und wertvolle Anregungen danke ich Herrn Professor Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

Zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben auch Andrea Wolf, Oliver Lahr, Sabine Beck und Marc Zimmer. Für ihre Freundschaft und Unterstützung bin ich zutiefst dankbar. Eine große Bereicherung waren die zahlreichen Diskussionen mit Thomas Pust. Mein Dank gilt auch Jan-Hajo Wössner, der wertvolle technische Hilfe bei der Erstellung der Arbeit leistete.

Schließlich gibt es Menschen, denen Dank in einem umfassenderen Sinne gebührt. So danke ich meinen Eltern, Reinhard Damm und Christa Endter-Damm, für ihre liebevolle Begleitung und Unterstützung über viele Jahre. In diesen Dank an meine Familie ist auch meine Schwester Julia einbezogen. Für wertvolle Hinweise und viele intensive, auch dieser Arbeit förderliche Gespräche bedanke ich mich bei meinem Vater.

Mein besonderer Dank gilt meiner Frau Sandra, die jede Phase der Entstehung der Arbeit mit großem Interesse und unablässiger Aufmunterung begleitet hat.

Hannover, im Juli 2005

Sven Mirko Damm

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Einleitung:

Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsgang	27
--	----

Zweiter Teil

Gewinnung von Anschauungsmaterial: Der grundrechtliche Gleichheitssatz in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika im Rechtsvergleich	40
--	----

1. Kapitel: Historische Wurzeln des Gleichheitssatzes	40
2. Kapitel: Ähnlichkeiten und Unterschiede in der deutschen und amerikanischen Verfassungsrechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz	93
3. Kapitel: Besondere Diskriminierungsverbote in der Gleichheitsrechtsprechung von U.S. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht	139
4. Kapitel: Konsequenzen der Gleichheitsrechtsprechung für die Gesetzgebung	249
5. Kapitel: Schlussbemerkung	279

Dritter Teil

Antinomien und Legitimationsprobleme verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstäbe	282
---	-----

1. Kapitel: Aufstieg der Tests und verbleibende Begründungsprobleme	282
2. Kapitel: Antinomien	283
3. Kapitel: Die Suche nach einem „Basistest“	295
4. Kapitel: Vorblick	296

Vierter Teil

**Der grundrechtliche Gleichheitssatz im europäischen
primären Gemeinschaftsrecht** 299

- 1. Kapitel: Überblick: Grundlagen des Gleichheitssatzes im primären Gemeinschaftsrecht 299
- 2. Kapitel: Gleichheit als europäisches Grundrecht: Ausgangsüberlegungen einer Dogmatik des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes 307
- 3. Kapitel: Die Gleichheitsprüfung im Einzelnen 324
- 4. Kapitel: Maßstäbe der Gleichheit und Intensität der Rechtfertigungsanforderungen: Drei Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes . . . 376
- 5. Kapitel: Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung 536
- 6. Kapitel: Positive Diskriminierung 544
- 7. Kapitel: Rechtsfolgen von Gleichheitsverstößen 553

Fünfter Teil

**Schlussbetrachtung: Bürgergleichheit und
europarechtlicher Gleichheitsschutz** 556

- 1. Kapitel: Unionsbürgerschaft und Gleichheitssatz 556
- 2. Kapitel: Die Rechte des Unionsbürgers 557
- 3. Kapitel: Mittelbare und unmittelbare Gleichheit des Unionsbürgers 558
- 4. Kapitel: Gleichheitsschutz als rechtlicher Kern der Unionsbürgerschaft 559
- 5. Kapitel: Reichweite der Bürgergleichheit 572
- 6. Kapitel: Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse: Dimensionen des Gleichheitsschutzes 574

Literaturverzeichnis 593

Stichwortverzeichnis 623

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einleitung:

Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsgang	27
A. Normative Binnendifferenzierung verfassungsrechtlicher Gleichheit....	27
B. Verfassungsrechtsprechung und Maßstabbildung im deutsch-amerikanischen Rechtsvergleich und europäischen Gemeinschaftsrecht	30
C. Gang der Untersuchung	36

Zweiter Teil

Gewinnung von Anschauungsmaterial: Der grundrechtliche Gleichheitssatz in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika im Rechtsvergleich	40
--	----

1. Kapitel

Historische Wurzeln des Gleichheitssatzes	40
A. Deutsche Verfassungsgeschichte	40
I. Bedeutung des Gleichheitsgedankens in Naturrecht, Aufklärung und Französischer Revolution für die deutsche Verfassungsentwicklung...	40
II. Der Gleichheitsgedanke im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794	46
III. Gleichheit in Frühkonstitutionalismus und Vormärz	48
1. Preußische Reformgesetzgebung ab 1807	48
2. Entstehen der ersten Verfassungen 1807–1810	49
3. Gleichheit in den Konstitutionen ab 1818	51
IV. Revolution von 1848 und Paulskirchen-Verfassung	55
V. Entwicklung des Gleichheitsgedankens nach 1849	60
VI. Gleichheitsgebote in der Weimarer Reichsverfassung von 1919	62
VII. Gleichheitsbegriff im Nationalsozialismus	68
VIII. Aufnahme von Gleichheitssätzen in das Grundgesetz	69
B. Amerikanische Verfassungsgeschichte	70
I. „Declaration of Independence“ von 1776	71

1. Ideengeschichtlicher Hintergrund: Naturrecht und Aufklärung	71
2. Realität der Sklavenhaltung und Rassendiskriminierung	73
II. „Articles of Confederation“ und Verfassungen der Einzelstaaten 1776–1780, insbesondere Virginia Bill of Rights (1776)	74
III. Der Verfassungskonvent von Philadelphia 1787	77
IV. Ratifizierung der Verfassung 1788 und der „Bill of Rights“ 1791	81
V. Der Gleichheitsgedanke in der amerikanischen Verfassungsrecht- sprechung ab 1800	82
1. Ausweitung der Sklaverei und „Missouri Compromise“	83
2. Entscheidung des U.S. Supreme Court: Prigg v. Pennsylvania (1842)	86
3. Entscheidung des U.S. Supreme Court: Dred Scott v. Sandford (1857)	87
VI. Bürgerkrieg (1861–1865)	90
VII. Aufnahme der Amendments 13–15 in die Verfassung (1865–1870)	91

2. Kapitel

Ähnlichkeiten und Unterschiede in der deutschen und amerikanischen Verfassungsrechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz	93
---	----

A. Grundlagen im Verfassungstext	93
I. Bundesrepublik Deutschland	93
1. Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichheit vor dem Gesetz	93
2. Bindungswirkung gegenüber allen Staatsgewalten	95
II. Vereinigte Staaten von Amerika	95
1. 14. Amendment: Originärer Normgehalt	95
2. Exegetische Ausweitung der equal protection-Klausel	96
a) Von der Rassengleichheit zum allgemeinen Gleichheitssatz	97
b) Von der Rechtsanwendungsgleichheit zur Rechtsgleichheit	98
c) Bindungswirkung gegenüber dem Bund	98
III. Vergleich	100
B. Maßstäbe der Gleichheitsprüfung	101
I. Bundesrepublik Deutschland	102
1. Ausgangspunkt: Willkürverbot	102
2. Rechtsprechungsentwicklung: „neue Formel“ des BVerfG	104
3. Kontextbezug und Systemgerechtigkeit	106
4. Gradualisierung des Prüfungsmaßstabes	108
a) Personenbezogene oder sachverhaltsbezogene Differenzierungen	109
b) Verhaltensbezogene Merkmale: Grad der Einflussnahmemög- lichkeit	111
c) Annäherung von Merkmalen an die des Art. 3 Abs. 3 GG	112
d) Gewicht der Freiheitsgrundrechte	113

e) Sozialstaatsprinzip	114
f) Zusammenfassung	116
II. Vereinigte Staaten von Amerika	117
1. Ausgangspunkt: Rational Basis Test	117
a) Inhaltsbestimmung	117
aa) Geringe Prüfintensität	117
bb) Underinclusiveness/Overinclusiveness	119
cc) Problematik des „legitimen Zwecks“	121
b) Anwendungsbereich	125
c) Zusammenfassung	125
2. Tendenzen der Gradualisierung des Prüfungsmaßstabes	126
III. Vergleich	127
1. Entsprechung von Willkürformel und Rational Basis Test	127
2. Willkürkontrolle in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	129
3. Unterscheidung von „objektiver“ und „subjektiver“ Willkür	130
4. Originäre und derivative Leistungsrechte	132
5. Gradualisierung des Prüfungsmaßstabes	135
a) Entwicklungslinien gleichheitsrechtlicher Gradualisierung: Kriteriendifferenzierung, Bereichsspezifizierung	137
b) Zusammenfassung und Ausblick	138

3. Kapitel

Besondere Diskriminierungsverbote in der Gleichheitsrechtsprechung von U.S. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht

139

A. Grundlagen im Verfassungstext	139
I. Bundesrepublik Deutschland	139
II. Vereinigte Staaten von Amerika	140
III. Zusammenfassung	140
B. Maßstäbe der Gleichheitsprüfung	141
I. Bundesrepublik Deutschland	141
1. Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG) ..	141
a) Grundsatz des strikten Differenzierungsverbotes	142
b) Ausnahmen bei biologischen Unterschieden	142
c) Ausnahmen aufgrund besonderer Verfassungsbestimmungen	143
d) Ausnahmen wegen „funktionaler Unterschiede“?	144
e) Positive Maßnahmen und tatsächliche Gleichberechtigung	145
2. Besondere Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	146
a) Inhalt der Differenzierungsverbote	146
aa) Kausalität und Finalität	147
bb) Verständnis als Anknüpfungsverbot	147

b) Verbotene Differenzierungskriterien	149
aa) Geschlecht	149
bb) Abstammung	149
cc) Rasse	150
dd) Sprache	151
ee) Heimat und Herkunft	151
ff) Glaube, religiöse oder politische Anschauungen	155
3. Verbot der Benachteiligung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) ...	156
a) Begriff der Behinderung	156
b) Gewährleistungsgehalt der Neuregelung	157
c) Benachteiligung und Bevorzugung	158
d) Unzureichende Kompensation als Element von Benachteiligung	158
e) Rechtfertigung nur bei zwingenden Gründen	159
4. Gebot der Gleichstellung unehelicher Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG) ...	160
5. Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 33 Abs. 2 GG)	161
6. Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 Abs. 1 S. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG)	163
II. Vereinigte Staaten von Amerika	166
1. Strict Scrutiny Test	166
a) Inhaltsbestimmung	167
aa) Zwingendes öffentliches Interesse (compelling government interest)	167
bb) Notwendigkeit der Maßnahme (close tailoring)	170
cc) Zusammenfassung	171
b) Anwendungsbereich	172
aa) Verdächtige Klassifizierungen (suspect classifications)	172
(1) Kriterien der Verdächtigkeit	172
(a) Leicht abgrenzbare Minderheiten (discrete and insular minorities)	173
(b) Verwendung irrationaler Gruppenklischees	174
(c) Stigmatisierung	175
(d) Anknüpfung an unveränderbare Persönlichkeitsmerkmale	177
(e) Betroffenheit besonders diskriminierungsgefährdeter Gruppen	178
(f) Zusammenfassung	178
(2) Fallgruppen	179
(a) Rasse	179
(b) Nationale Herkunft und Ausländerstatus	181
bb) Fundamentale Rechte (fundamental rights)	183
(1) Wahlrechtsgleichheit	184
(2) Gleicher Zugang zu Gericht	188
(3) Recht auf Freizügigkeit	189
2. Intermediate Scrutiny Test	191

a) Inhaltsbestimmung	191
aa) Wichtiges öffentliches Ziel (important government objective)	192
bb) „Substantielle“ Zweck-Mittel-Relation	193
b) Anwendungsbereich	194
aa) Kriterien	195
bb) Fallgruppen	196
(1) Geschlecht	196
(2) Unehelichkeit	206
III. Vergleichende Zusammenfassung	208
C. Spezielle Probleme des Gleichheitsschutzes durch besondere Diskriminierungsverbote	214
I. Frauenförderung und Affirmative Action	214
1. Frauenförderung vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG	214
2. Affirmative Action	217
a) Regents of the University of California v. Bakke (1978)	218
b) Fullilove v. Klutznick (1980)	220
c) Wygant v. Jackson Board of Education (1986)	221
d) United States v. Paradise (1987)	222
e) Johnson v. Transportation Agency (1987)	223
f) City of Richmond v. J.A. Croson Co. (1989)	225
g) Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission (1990)	226
h) Adarand Constructors, Inc. v. Peña (1995)	227
i) Entwicklung seit 1995	230
j) Grutter v. Bollinger (2003) und Gratz v. Bollinger (2003)	233
3. Vergleichende Zusammenfassung	237
II. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	243
III. Rechtliche und faktische Gleichheit	246

4. Kapitel

Konsequenzen der Gleichheitsrechtsprechung für die Gesetzgebung	249
A. Urteilsausspruch und Gewaltenteilung	250
I. Bundesrepublik Deutschland	250
II. Vereinigte Staaten von Amerika	253
III. Vergleich	254
B. Korrelation von Prüfungsintensität und legislativer Gestaltungsfreiheit	255
I. Richterlicher Aktivismus und judicial self-restraint	255
II. Methode der Verfassungsauslegung	263
III. Wahlrechtsgleichheit und Minderheitenschutz als Voraussetzungen parlamentarischer Demokratie	273

5. Kapitel

Schlussbemerkung	279
-------------------------	-----

Dritter Teil

Antinomien und Legitimationsprobleme verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstäbe	282
---	-----

1. Kapitel

Aufstieg der Tests und verbleibende Begründungsprobleme	282
--	-----

2. Kapitel

Antinomien	283
-------------------	-----

A. Assimilation oder Antisubordination	284
---	-----

B. Klassifikationen oder Klassen	287
---	-----

C. Intentionen oder Effekte	290
--	-----

3. Kapitel

Die Suche nach einem „Basistest“	295
---	-----

4. Kapitel

Vorblick	296
-----------------	-----

Vierter Teil

Der grundrechtliche Gleichheitssatz im europäischen primären Gemeinschaftsrecht	299
--	-----

1. Kapitel

Überblick: Grundlagen des Gleichheitssatzes im primären Gemeinschaftsrecht	299
---	-----

A. Besondere Diskriminierungsverbote des geschriebenen Gemeinschafts- rechts	299
---	-----

I. Unterscheidung von inländischen und ausländischen Sachverhalten	299
---	-----

II. Unterscheidungen nach dem Geschlecht	301
--	-----

III. Unterscheidungen im Bereich der Gemeinsamen Agrarpolitik	302
---	-----

B. Allgemeiner Gleichheitssatz als Teil des ungeschriebenen Gemeinschaftsrechts	303
C. Weitere gleichheitsrelevante Bestimmungen	304
I. Art. 13 EGV	304
II. Art. 14 EMRK	305
III. Art. 26 IPbPR	306

2. Kapitel

Gleichheit als europäisches Grundrecht: Ausgangsüberlegungen einer Dogmatik des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes	307
A. Problemlagen des gleichheitsrechtlichen Partikularismus	307
I. Verhältnis des allgemeinen Gleichheitssatzes zu den besonderen Diskriminierungsverboten: ungeklärte Ausgangslage	308
II. Rechtfertigung von Gleichheitsverstößen: Anzuwendender Prüfungsmaßstab	309
III. Absolute oder relative Diskriminierungsverbote	311
B. Notwendigkeit einer allgemeinen Dogmatik des Gleichheitssatzes	312
C. Herleitung und Konkretisierung der Gemeinschaftsgrundrechte	313
I. Rechtsquelle der Gemeinschaftsgrundrechte	314
II. Rechtserkenntnisquellen	315
III. Methodik der Ermittlung von Gemeinschaftsgrundrechten	316
IV. Impulse durch die Grundrechtscharta der EU	317
V. Besonderheiten des Gleichheitssatzes	319
D. Einheitlichkeit des grundrechtlichen Gleichheitssatzes	320
E. Grundstruktur des Gleichheitssatzes	321
I. Gleichheit als Beziehung	322
II. Gleichheit und tertium comparationis	322
III. Ähnlichkeit, Gleichheit, Identität	323

3. Kapitel

Die Gleichheitsprüfung im Einzelnen	324
A. Vergleichbarkeit	326
I. Zum Begriff der „Vergleichbarkeit“	326
II. Mangelnde Klarheit der Rechtsprechung des EuGH	328
III. Versuch der Maßstabsgewinnung und verbleibende Bedeutung von Einzelfall und Wertung	329
1. Feststellung der Vergleichbarkeit im Rahmen einzelner Fallgruppen	329
a) Vergleichbarkeit von Personen	329

b) Vergleichbarkeit von Produkten.....	333
c) Vergleichbarkeit von Unternehmen.....	334
d) Vergleichbarkeit von Mitgliedstaaten.....	335
2. Schlussfolgerung	338
B. Ungleichbehandlung	341
I. Ungleiche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte.....	341
II. Benachteiligung.....	342
III. Keine Gleichheit im Unrecht.....	342
IV. Zur Bedeutung der Gleichbehandlung nicht vergleichbarer Sachverhalte	343
C. Rechtfertigung	344
I. Absolutes oder relatives Diskriminierungsverbot	345
II. Präzisierung der Schutzintensität: Das Spektrum gerichtlicher Kontrolldichte	351
1. Willkürprüfung und Verhältnismäßigkeit als zentrale Inhalte der Gleichheitsprüfung	351
a) Willkürprüfung.....	353
aa) Willkürkontrolle durch den EuGH.....	353
bb) Besonderer Inhalt des Willkürverbots im Gleichheitsrecht: vergleichsbezogene Willkürformel	356
(1) Willkürverbot, Gleichheit und Gerechtigkeit	357
(2) Zwischenergebnis	361
b) Verhältnismäßigkeit.....	362
aa) Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den EuGH	362
(1) Grundlagen im Gemeinschaftsrecht	362
(2) Umfassende Bedeutung für die Gleichheitsprüfung	363
(3) Dogmatischer Standort.....	365
bb) Besonderer Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Gleichheitsrecht: gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit ..	366
2. Verhältnis von Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	373
3. Zusammenfassung: Willkürprüfung und Verhältnismäßigkeit als Elemente einer einheitlichen, abgestuften Rechtfertigungsskala	374

4. Kapitel

Maßstäbe der Gleichheit und Intensität der Rechtfertigungsanforderungen: Drei Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes

376

A. Menschenwürde und Gleichheit	379
I. Achtung der Menschenwürde als europäisches Grundrecht	379
II. Gehalt der Menschenwürde	380

III. Gleichheit in Personalität und Würde.....	381
1. Personstatus und Gleichheitsschutz: Personale Basisrechte.....	384
2. Gleichheit und Verantwortung: Individuelle Beeinflussbarkeit.....	389
a) Grundsatz persönlicher Verantwortlichkeit.....	390
b) Willensfreiheit und Kontrollfähigkeit als Kernbestandteile persönlicher Verantwortlichkeit.....	392
c) Empirie und Normativität individueller Beeinflussbarkeit.....	393
d) Individuell unbeeinflussbare Differenzierungsmerkmale.....	396
e) Individuell schwer beeinflussbare, identitätsbezogene Differenzierungsmerkmale.....	402
f) Individuell beeinflussbare Differenzierungsmerkmale.....	407
g) Einwände der Egalitarismuskritik.....	408
aa) Selbstverschulden und „kalkuliertes Pech“.....	409
bb) Mitgefühl und Mitleid.....	410
cc) Entscheidungen und Umstände.....	412
h) Zur Relevanz der Abgrenzung personengruppen- und sachverhaltsbezogener Differenzierungen.....	415
B. Freiheit und Gleichheit.....	417
I. Das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit.....	418
II. Eingriff in freiheitsrechtlich geschützte Positionen.....	423
III. Differierende Intensität freiheitsrechtlicher Betroffenheit der Vergleichspartner.....	425
C. Komplexe Gleichheit.....	428
I. Kontextualistischer Schwerpunkt und Unbestimmtheit des Gleichheitssatzes.....	428
II. Differenzierter Gleichheitsschutz im Rechtsvergleich: USA, BRD.....	429
III. Bereichsspezifisch und Kriterienselektion als Elemente differenzierten Gleichheitsschutzes.....	430
1. Anknüpfungspunkte der Gleichheitsprüfung im europäischen Gemeinschaftsrecht: Exemplarische Untersuchung von Art. 34 und Art. 141.....	430
2. Das Diskriminierungsverbot im Agrarbereich nach Art. 34 Abs. 2 Unterabs. 2.....	431
a) Besondere Bedeutung des landwirtschaftlichen Bereichs.....	431
b) Sachlicher Schutzbereich des Diskriminierungsverbots.....	432
c) Persönlicher Schutzbereich.....	434
d) Intensität der Rechtfertigungsanforderungen.....	437
3. Der geschlechtsbezogene Grundsatz der Entgeltgleichheit nach Art. 141 Abs. 1 und 2.....	444
a) Der Grundsatz der Entgeltgleichheit im Überblick.....	445
b) Sachlicher Schutzbereich.....	447
c) Persönlicher Schutzbereich.....	451
d) Differenzierungskriterium Geschlecht.....	452

e) Intensität der Rechtfertigungsanforderungen	456
4. Zusammenfassung	465
IV. Bereichsspezifik des Gleichheitssatzes	467
1. Der Einfluss des Primärrechts	470
2. Walzers Theorie komplexer Gleichheit und die Bereichsspezifik des Gleichheitsschutzes	471
3. Politische Philosophie komplexer Gleichheit	472
a) Egalitarismuskritik als Ausgangspunkt: Zur Unterschätzung von Komplexität	472
b) Sphären der Gerechtigkeit: Von der einfachen zur komplexen Gleichheit	474
4. Bereichsspezifik I: Lokale Kriterien der Gerechtigkeit	477
a) Soziale Bedeutung von Gütern	477
b) Soziale Bedeutung und gerechte Verteilung von Gütern	479
c) Das Beispiel Gesundheitsversorgung	480
d) Gleichheitsrechtliche Filterfunktion lokaler Kriterien	485
e) Lokale Kriterien des primären und sekundären Gemeinschafts- rechts	488
f) Anhebung gleichheitsrechtlich gebotener Schutzintensität	494
5. Bereichsspezifik II: Kontrolldichte bei Sphärenüberschreitung	496
a) Dominanz und Tyrannei	497
b) Gleichheitsrechtliche Operationalisierbarkeit	498
c) Probleme gleichheitsspezifischer Bereichsabgrenzung	499
d) Gemeinschaftsrechtliche Konkretisierungen	500
6. Bereichsspezifik III: Komplexität des Entscheidungsprozesses	507
V. Kriterienselektion	509
1. Kriterienspezifik und Diskriminierung	509
2. Diskriminierung durch kriterienselektiven Diskriminierungsschutz? ..	510
3. Grundstrukturen gleichheitsrechtlicher Kriterienselektion	512
a) Die Fokussierung auf den Distinktionsgrad	513
b) Faktoren des Distinktionsgrades	514
4. Herabgesetzter Gleichheitsschutz für Gruppen mit veränderlichen, unauffälligen Merkmalen?	515
5. Formen der Anpassung: Konvertieren, Verbergen, Abschwächen	517
6. Folgen der Anpassung: Der „assimilationist bias“ grundrechtlichen Gleichheitsschutzes	519
a) Folgen der Anpassung: Die Kosten des Konvertierens und der Faktor Unveränderlichkeit	520
b) Folgen der Anpassung: Die Kosten des Verbergens und der Fak- tor Auffälligkeit	525
c) Zusammenfassung	529
7. Analogische Verkürzung kriterienspezifischen Gleichheitsschutzes ..	530
8. Kriterienselektion als historischer Prozess	531

9. Kriterienspezifik zwischen symmetrischem und asymmetrischem Gleichheitsschutz	533
D. Zusammenfassung und Teilergebnis: Drei Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes	535

5. Kapitel

Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	536
--	------------

A. „Mittelbare Diskriminierung“ und Kriterienspezifik des Gleichheitssatzes	537
B. Die Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen in den grundrechtlichen Gleichheitsschutz	540
C. Intensität der Rechtfertigungsanforderungen	542
D. Beweislastregel und Gleichstellungsfunktion als Kernelemente mittelbarer Diskriminierung	543

6. Kapitel

Positive Diskriminierung	544
---------------------------------	------------

A. Grundsatzentscheidungen des EuGH	545
B. Starre Quoten, Quoten mit Öffnungsklauseln und die gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit positiver Diskriminierungen	549
C. Zulässigkeit positiver Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht: Gleichlauf von Primär- und Sekundärrecht	551
D. Ergebnis	553

7. Kapitel

Rechtsfolgen von Gleichheitsverstößen	553
--	------------

Fünfter Teil

Schlussbetrachtung: Bürgergleichheit und europarechtlicher Gleichheitsschutz	556
---	------------

1. Kapitel

Unionsbürgerschaft und Gleichheitssatz	556
---	------------

2. Kapitel

Die Rechte des Unionsbürgers	557
-------------------------------------	------------

3. Kapitel

Mittelbare und unmittelbare Gleichheit des Unionsbürgers	558
---	------------

4. Kapitel

Gleichheitsschutz als rechtlicher Kern der Unionsbürgerschaft	559
--	------------

A. Rechtssache Sala	560
B. Rechtssache Bickel und Franz	561
C. Rechtssache Grzelczyk	563
D. Rechtssache Collins	567
E. Rechtssache Trojani	568
F. Rechtssache Zhu und Chen	569
G. Rechtssache Bidar	570

5. Kapitel

Reichweite der Bürgergleichheit	572
--	------------

6. Kapitel

Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse: Dimensionen des Gleichheitsschutzes	574
---	------------

A. Das Spektrum gerichtlicher Kontrolldichte	575
B. Drei Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes	576
I. Menschenwürde und Gleichheit	576
II. Freiheit und Gleichheit	578
III. Komplexe Gleichheit	579
1. Bereichsspezifischer Gleichheitsschutz	579
a) Lokale Kriterien der Gerechtigkeit	581
b) Kontrolldichte bei Sphärenüberschreitung	582
c) Komplexität des Entscheidungsprozesses	584
2. Kriterienspezifischer Gleichheitsschutz	585
C. Schlussbemerkung	591
Literaturverzeichnis	593
Stichwortverzeichnis	623

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
Am.	Amendment
Anm.	Anmerkung
ÄöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BSE	Bovine Spongiforme Enzephalopathie
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVG	Bundesversorgungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
cert.	certiorari
Cir.	Circuit Court of Appeals
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGFL	Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft
EG	Europäische Gemeinschaft; Europäische Gemeinschaften
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Zweite Folge
F.3d	Federal Reporter, Dritte Folge
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FRV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 28. März 1849 (Frankfurter Reichsverfassung)
GA	Generalanwalt; Generalanwältin
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Ghztm.	Großherzogtum
HGIG	Hessisches Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
insbes.	insbesondere
IPbpr	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i. S. v.	im Sinne von

i. V. m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
lit.	litera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NAACP	National Association for the Advancement of Coloured People
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite; Satz
S.Ct.	Supreme Court Reporter
Sec.	Section
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
sog.	so genannte (n,r,s)
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Tit.	Titel
u. a.	unter anderem; und andere
Unterabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
U.S.	United States Reports; United States
usw.	und so weiter
v.	von
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
vgl.	vergleiche
VMI	Virginia Military Institute
Vol.	Volume

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WHO	World Health Organization
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
z. B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Für weitere Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin 2003

The Bluebook, A Uniform System of Citation, 17. Auflage, Cambridge, Mass. 2000

Erster Teil

Einleitung: Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsang

A. Normative Binnendifferenzierung verfassungsrechtlicher Gleichheit

Gegenstand dieser Arbeit ist der Gleichheitsgedanke in seinen Ausprägungen, die er im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland sowie im europäischen primären Gemeinschaftsrecht erfahren hat. Es handelt sich somit um einen Ausschnitt des Themas „Gleichheit“, dem sowohl in der Geschichte der Philosophie als auch im Rahmen der politischen Wissenschaft und Rechtswissenschaft elementare Bedeutung zukommt. Dabei haben die tief greifenden Auseinandersetzungen mit Fragen der Gleichheit trotz ihrer weit zurück reichenden Tradition bislang kaum dazu geführt, einen stärkeren Konsens über zentrale Aspekte des Gleichheitspostulats herbeizuführen. Im Gegenteil scheinen gegenwärtig selbst vermeintlich gesicherte Grundannahmen zur Gleichheitsproblematik wieder zunehmend in Zweifel gezogen zu werden. Deutlicher Ausdruck dieser Entwicklung ist insbesondere das Erstarken einer „neuen Egalitarismuskritik“¹, die sowohl in den Vereinigten Staaten von Amerika als auch in Deutschland und Europa an Anhängern gewinnt und die sich nicht auf den traditionell stark ausgeprägten Teil der „*equality of what*“-Debatte² beschränkt, in der es um die relevanten *Hinsichten* der Gleichheit geht. Zunehmend in den Vordergrund rückt stattdessen eine Diskussion, die überwiegend unter der Bezeichnung „*why equality*“ geführt wird und in der die Berechtigung des Gleichheitspostulats als solchem entweder prinzipiell oder zumindest seiner Reichweite nach bezweifelt wird.³

Während damit vermeintlich gesicherte Positionen zum Gleichheitsgedanken in Zweifel gezogen werden, geraten egalitaristische Positionen darüber hinaus auch aus einem anderen Gesichtspunkt verstärkt unter Druck. So

¹ Vgl. hierzu etwa den Sammelband von *Krebs* (Hrsg.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit. Texte der neuen Egalitarismuskritik*.

² Überblick bei *Kersting*, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, S. 35 ff.

³ So in unterschiedlichen Ausformungen die bei *Krebs* (Hrsg.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit. Texte der neuen Egalitarismuskritik* versammelten Aufsätze.

sorgen fundamentale und rasante Entwicklungen im Bereich der Human-technologien zunehmend dafür, dass auch aus dieser Perspektive das Postulat von der „Gleichheit der Menschen“ weiter erschüttert wird: „Unser rapide anwachsendes Wissen über die genetische Ausstattung des Menschen macht in schmerzhafter Weise deutlich, dass nicht alle Menschen gleich sind und dass sie es trotz aller sozialpolitischer Anstrengungen um Chancengleichheit nie waren und sein werden.“⁴ Diese immer häufiger betonte, für sich genommen wenig neue Erkenntnis von der tatsächlichen Ungleichheit der Menschen kennzeichnet gleichwohl in aussagekräftiger Weise die hiermit oftmals verbundene problematische Tendenz, aus empirisch vorgefundenen Ungleichheiten auf die Unangemessenheit bestimmter normativer Gleichheitsverankerungen zu schließen.

Auch die Reichweite verfassungsrechtlicher Gleichheitsgarantien wird vor dem dargestellten Hintergrund kontrovers beurteilt und zum Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen.⁵ Während sich die Diskussion allerdings vielfach auf die „allgemeine“ Berechtigung normativer Gleichheit in bestimmten Bereichen bezieht, scheint die differenzierende Betrachtung gleichheitsrechtlicher Vorgaben und gleichheitsspezifischer Anforderungen hierüber teilweise aus dem Blickfeld zu geraten. Zwar ist es durchaus sinnvoll zu untersuchen, „ob überhaupt das Prinzip der Gleichheit bei der Gestaltung sozialer Beziehungen zum Maßstab gemacht werden soll“⁶. Mit der vorliegenden Arbeit wird indes ein anderes Ziel verfolgt, das sich von der soeben benannten Forschungsrichtung wie folgt abgrenzen lässt: Untersucht wird nicht die Berechtigung der Gleichheitsidee als einem allgemeinem Maßstab staatlichen Handelns. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage nach den (wie sich zeigen wird: im Einzelnen sehr unterschiedlichen) Binnenmaßstäben verfassungsrechtlicher Gleichheit im politischen Prozess. Maßgeblicher Grund für den hier gewählten Ansatz ist der Umstand, dass es „die“ rechtliche Gleichheit in einem pauschal verstandenen Sinne nicht gibt. Insofern sind insbesondere zwei zentrale Einbruchstellen in das Konzept rechtlicher Gleichheit zu konstatieren, die auf die Notwendigkeit gleichheitsinterner Differenzierungen hinweisen und angesichts der damit einhergehenden besonderen Wertungsoffenheit des grundrechtlichen Gleichheitssatzes die Herausbildung spezieller Beurteilungsmaßstäbe nahe legen.

Zum einen bezeichnet „Gleichheit“ keine Eigenschaft von Personen und Dingen. Weder einem einzelnen Menschen noch einem einzelnen Gegenstand kann Gleichheit zukommen. Vielmehr wird Gleichheit erst durch den

⁴ *Ibelgauf/Winnacker*, Gentechnik (zum Problemstand), in: Korff/Beck/Mikat (Hrsg.), Lexikon der Bioethik, Bd. 2, S. 54.

⁵ Hierzu im Einzelnen im Dritten und Vierten Teil dieser Untersuchung.

⁶ *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, S. 9.

menschlichen Verstand konstituiert und über den reflektierenden Prozess des Vergleichens gewonnen.⁷ Der Begriff bezeichnet daher keine Eigenschaft, sondern eine *Beziehung* zwischen Dingen oder deren Eigenschaften.⁸ Gegenstand des Vergleichens sind mindestens zwei Dinge, die auf Übereinstimmung in gewisser Hinsicht untersucht werden. Der Begriff der Gleichheit ist somit durch die Eigenart gekennzeichnet, „relativ“ zu sein, das heißt Aussagen über ein Verhältnis zu treffen. Gleichheit kennzeichnet also eine Beziehung zwischen Sachverhalten. Jedoch ist diese Gleichheit nie in einem umfassenden Sinne anzutreffen, sondern immer nur Gleichheit *in bestimmter Hinsicht*. So findet sich bei *Radbruch*⁹ die treffende Formulierung: „Gleichheit ist immer eine Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt.“ Dieser Gesichtspunkt, unter dem ein Vergleich erfolgt, wird als *tertium comparationis* bezeichnet.¹⁰ Die Aussage der Gleichheit bezeichnet damit die Übereinstimmung in einem bestimmten Merkmal bei Verschiedenheit in anderen Merkmalen, wobei die Festlegung auf ein spezielles, als relevant erachtetes Merkmal notwendigerweise Wertungsgesichtspunkte und damit Maßstäbe erfordert, nach denen sich die Bewertung auszurichten hat.

Neben der Bestimmung einer relevanten „Hinsicht“ des Vergleichs ist die Frage nach der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen von theoretisch wie praktisch überragender Bedeutung für den Gehalt des grundrechtlichen Gleichheitssatzes. Sowohl die Betrachtung der historischen Wurzeln des Gleichheitsgedankens wie auch die Untersuchung der aktuellen Verfassungslagen wird in diesem Zusammenhang zeigen, dass trotz teilweise anderer Begrifflichkeiten sowohl in den Vereinigten Staaten von Amerika als auch in Deutschland und Europa keine „absoluten“ Diskriminierungsverbote existieren, die bestimmte Ungleichbehandlungen ausnahmslos verbieten. Wie allgemein die Frage nach zulässigen Grundrechtseinschränkungen einen Kristallisationspunkt effektiven Grundrechtsschutzes darstellt¹¹, so kommt jenen Voraussetzungen, unter denen eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein kann, fundamentales Gewicht im Rahmen des Gleichheitsgrundrechts zu. Zugleich sind hier vielfältige und tief greifende Auseinandersetzungen über Bedeutung und Grenzen des Gleichheitspostulats festzustellen, deren oftmals grundsätzlicher Charakter im Hinblick auf die Qualität der Gleich-

⁷ Vgl. *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, S. 17. Zum Prozess des Vergleichens als Vorgang des Erkennens und rechtlichen Bewertens siehe auch *Kirchhof*, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 124, Rn. 1 ff.

⁸ *Herwig*, Gleichbehandlung und Egalisierung, S. 58.

⁹ *Radbruch*, Gesamtausgabe, Bd. 1, Rechtsphilosophie, S. 539.

¹⁰ Vgl. *Herwig*, Gleichbehandlung und Egalisierung, S. 60 ff.

¹¹ Vgl. *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, S. 212.