

Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit

A. Vorbemerkung

Robinson Crusoe hat mit Gleichheit und Verhältnismäßigkeit mehr zu tun, als man meinen möchte. Immerhin bestätigte sein Schicksal *Lerche* in der folgenschweren Annahme, daß Gleichheit und Verhältnismäßigkeit voneinander grundsätzlich verschieden seien: Robinson Crusoe könne deshalb – ohne Freitag – von einer gedachten Staatsgewalt weder gleich noch ungleich behandelt werden, unverhältnismäßig aber schon¹⁾.

Wenn *Lerches* Annahme richtig ist, hat Crusoes Einsamkeit ein Gutes – er kann in seinem Gleichheitsrecht wenigstens nicht verletzt werden²⁾; zugleich wäre damit aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Grundlage entzogen, die der VfGH ihm geben wollte. Bekanntlich wurde dieses Prinzip in der Judikatur „gleichsam aus dem Gleichheitsgrundsatz heraus entwickelt“³⁾, und diese Wurzeln sind noch immer sichtbar. Wenn

der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nämlich nach nunmehr ständiger Rsp verlangt, daß Grundrechtseingriffe durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, dieser adäquat „und auch sonst sachlich zu rechtfertigen“ sind⁴⁾, so trägt er, wie *Novak*⁵⁾ bemerkt hat, „die Eierschalen des Gleichheitssatzes noch auf dem Kopf“.

Die Eierschalen mögen die Herkunft des Verhältnismäßigkeitsprinzips verraten, seinen Geltungsgrund ersetzen können sie nicht. Daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „genetisch“ aus dem Gleichheitssatz entstanden ist, beweist noch nicht, daß er dogmatisch auch so begründet werden kann. Das wäre jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn *Lerche* recht hätte und Gleichheit und Verhältnismäßigkeit voneinander so verschieden wären, daß eine Ableitung des einen Prinzips aus dem anderen nicht möglich wäre. Diese Auffassung ist in der Literatur nicht nur von *Lerche* vertreten worden⁶⁾. Ebenso häufig ist der Gleich-

¹⁾ *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht (1961) 30 FN 6.

²⁾ *In dubio pro libertate* sei angenommen, daß dieses Recht einstweilen „ruhen“, mit Freitags Auftritt aber aktualisiert sein würde.

³⁾ *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72 ff (79 FN 84). Vgl zur Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Österreich und Deutschland va *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991); s auch aus jüngster Zeit *Merten*, Zur verfassungsrechtlichen Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: FS Schambeck (1994) 349 ff sowie *Holoubek*, Zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – verwaltungs-, verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte, in: FS Rill (1995) 97 ff, beide mzwH.

⁴⁾ ZB VfSlg 13.739/1994; 13.955/1994 uva.

⁵⁾ *Novak*, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in: FS Winkler (1989) 39 ff (58).

⁶⁾ Etwa auch von *Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 98 (1973) 568 ff (585); *Pesendorfer*, Das Übermaßverbot als rechtliches Gestaltungsprinzip der Verwaltung – zugleich ein Beitrag zur Bildung eines „inneren Systems“ der Verwaltung, ÖZÖR 28 (1977) 284; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981); *Robbers*, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, 749 ff (752); *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot (1989); *G. Müller*, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989) 37 ff (41, 51); *Thienel*, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990) 34 ff; *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 169 ff, 202 ff; s auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht (1997) 288.

heitssatz aber auch als taugliche Grundlage für das Verhältnismäßigkeitsprinzip angesehen worden⁷⁾; freilich wurde dabei in aller Regel die Judikatur des VfGH mehr begrüßt und bestätigt als mit einer eingehenden Begründung unterlegt⁸⁾.

In der vorliegenden Arbeit sollen deshalb keine weiteren Argumente mehr gegen eine gleichheitsrechtliche Begründung der Verhältnismäßigkeit vorgetragen werden; stattdessen werden die Argumente, die dazu bereits vorgebracht worden sind, auf ihre Tragfähigkeit hin untersucht⁹⁾. Sie werden zunächst für jeden Teilschritt der Verhältnismäßigkeit gesondert dargestellt und einer kritischen Betrachtung unterzogen. Im Anschluß daran soll der Blickwinkel gewechselt und untersucht werden, welche Anforderungen der Gleichheitssatz im einzelnen an generelle Normen stellt. Eine Konfrontation dieser Anforderungen mit jenen der Verhältnismäßigkeit soll klären, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu Recht oder zu Unrecht „gleichheitsrechtliche Eierschalen“ auf seinem Haupt spazierenträgt.

B. Über Verhältnismäßigkeit

I. Öffentliches Interesse und Tauglichkeit

Das Erfordernis des öffentlichen Interesses und das der Tauglichkeit sind bekanntlich die ersten beiden Hürden, die ein Gesetz zu nehmen hat, um vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu bestehen. Manch ein Gesetz mag über die zwei Anforderungen schon gestolpert sein, die Verhältnismäßigkeit selbst tut dies jedenfalls nicht; wie *Stelzer* in seiner Habilitationsschrift überzeugend dargetan hat, lassen sich diese beiden Kriterien nämlich noch problemlos aus dem Gleichheitsgebot begründen.

⁷⁾ ZB von *Funk*, Zur Bewirtschaftung von Taxi-Konzessionen. Oder: Wie demontiert man die Verfassung?, WBl 1987, 182 ff (183 FN 7); *Ermacora*, Grundriß der Menschenrechte in Österreich (1988) 72; *Novak*, FS Winkler 58; gewissermaßen auch von *Holoubek*, ÖZW 1991, 79 (FN 84) und wohl auch von *Oberndorfer/Binder*, Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insbesondere gewerblicher Betätigung, in: FS Klecatsky (1980) 677 ff (687 f); im deutschen Schrifttum wird diese Auffassung zB von *Ipsen*, Rechtsfragen der Investitionshilfe, AÖR 78 (1952/1953) 314 FN 46; *Wittig*, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, 817 ff (819); *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage (1980) 58 ff; *Schoch*, Der Gleichheitssatz, DVBl 1988, 863 ff (874); *Wendt*, Der Gleichheitssatz, WVVZ 1988, 778 ff (781 ff); *Zippelius*, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989) 7 ff (23); *Sass*, Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis (1991) 132 vertreten.

⁸⁾ Vom Gerichtshof selbst hätte man wortreiche Erklärungen zu dieser Frage freilich zu Unrecht erwartet; darin liegt seine Aufgabe bekanntlich nicht.

⁹⁾ Nicht beabsichtigt ist dabei eine Auflistung aller Autoren, die sich je zu diesem Thema geäußert haben; solches hätte den Leser und die Verfasserin wohl gleichermaßen erschöpft. Gewollt ist eine Auseinandersetzung mit Argumenten, die wirklich überzeugend gegen eine gleichheitsrechtliche Begründung der Verhältnismäßigkeit zu sprechen scheinen.

So folgt aus dem Gleichheitssatz schon „in seiner geradezu klassischen Funktion, (. . .) daß im Grunde jedes Gesetz im Allgemeininteresse gelegen sein muß“ – eine Regel, die nur im Interesse eines einzelnen gelegen ist, „widerspricht dem Kerngehalt jeden Gleichheitsgebotes, das Bevorzugungen aufgrund rein privater Interessen ausschließt“¹⁰⁾.

Daß das Erfordernis der Tauglichkeit von dem des öffentlichen Interesses durchaus noch umschlossen ist, erhellt, wie *Stelzer* weiter zeigt, schon aus der Überlegung, „daß ein Mittel, das gar nicht geeignet ist, ein im öffentlichen Interesse gelegenes Ziel zu befördern, von diesem öffentlichen Interesse aus auch nicht legitimierbar ist“¹¹⁾.

So müheilos sich die zwei ersten Schritte der Verhältnismäßigkeit noch aus dem Gleichheitsgebot begründen lassen, so problematisch scheint dies bereits beim Grundsatz der Erforderlichkeit zu sein.

II. Erforderlichkeit

1. *Lerche*: Vernachlässigung versus Betonung des Individuellen

Jahre vor *Stelzer* hat sich auch *Lerche* in seiner Habilitationsschrift „Übermaß und Verfassungsrecht“ ua auf die Suche nach der inneren Rechtfertigung des „Übermaßverbots“ begeben, worunter er den Grundsatz der Erforderlichkeit und jenen der Verhältnismäßigkeit (ieS¹²⁾) versteht. Dabei wollte *Lerche* den Grundsatz der Erforderlichkeit keinesfalls aus dem Gleichheitssatz abgeleitet wissen¹³⁾, denn die Blickrichtungen der beiden Prinzipien würden ganz grundsätzlich auseinandergehen. Der Erforderlichkeitsgrundsatz verlange, weil er das gelindeste unter mehreren Mitteln auszuwählen habe, eine „individualisierende Einstellung“¹⁴⁾, die die Einzelmaterie im Extremfall zu

¹⁰⁾ *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 192 f.

¹¹⁾ Wesensgehaltsargument 200.

¹²⁾ *Lerche*, aaO 19 ff selbst spricht freilich nicht von einem „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS“, sondern nur von einem „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“. Er hat gar ausdrücklich davon abgeraten, den Grundsatz der Erforderlichkeit und jenen der Verhältnismäßigkeit in einem „weiten“ Begriff der Verhältnismäßigkeit zusammenzufassen, weil die Verschiedenheit der beiden Grundsätze so „nur übertüncht, aber nicht behoben“ würde (aaO 21). Das Schrifttum ist diesem Rat nicht gefolgt, was bedauerlich ist, hier aber, um nicht weitere Begriffsverwirrung zu stiften, auch nicht wiedergutmacht werden soll. Wenn im folgenden also von „Verhältnismäßigkeit ieS“ die Rede ist, sei darunter im Einklang mit der nunmehr üblichen Diktion die angemessene Relation verstanden, die zwischen dem öffentlichen Interesse und der durch einen Grundrechtseingriff verkürzten Grundrechtsposition bestehen soll. Mit dem „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ ist demgegenüber gemeint, daß ein Eingriff in eine Rechtsposition im öffentlichen Interesse gelegen, zur Zielerreichung geeignet und erforderlich und außerdem verhältnismäßig ieS sein muß.

¹³⁾ AaO 30 f, vgl auch 51 ff.

¹⁴⁾ *Lerche*, aaO 31 (Hervorhebung im Original).

isolieren habe. Demgegenüber fordere die Gleichheitsprüfung ein „vergleichende(s)‘ Zusammendenken“, das im Extremfall der egalitären Gleichscheidung zu einer „Abschleifung der individuellen Züge“¹⁵⁾ führe. *Lerche* gesteht zwar zu, daß der Gleichheitssatz auch ein Differenzierungsgebot einschließe, das sehr wohl eine Beachtung der individuellen Umstände erfordere; die Rsp halte sich hier aber „weislich“ zurück und anerkenne einen Berücksichtigungszwang nur bei äußersten Differenzen¹⁶⁾.

Bei näherer Betrachtung ist die von *Lerche* konstatierte Unterschiedlichkeit mE weniger grundsätzlich, als sie auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn es ist zwar richtig, daß die Gleichheitsprüfung einen Vergleich erfordert und daß bei ihr individuelle Züge der verglichenen Sachverhalte „abgeschliffen“ werden können; doch darf es sich dabei stets nur um Eigenschaften handeln, die für die Regelung nicht von Bedeutung sind. Die wesentlichen Merkmale eines Sachverhalts sind aber auch bei der Gleichheitsprüfung gründlich zu erforschen – sie zu berücksichtigen ordnet der Gleichheitssatz ja gerade an, und zwar nicht nur mit seinem Gebot zu differenzieren, sondern auch mit dem Verbot, unsachliche Differenzierungen vorzunehmen¹⁷⁾.

Daß unwesentliche Eigenschaften zu vernachlässigen sind, unterscheidet die Gleichheit nun aber nicht vom Grundsatz der Erforderlichkeit. Auch für ihn muß die Spreu vom Weizen gesondert werden: Was für die Zielerreichung keine Rolle spielt, bleibt immer unbeachtet, wenn über die Erforderlichkeit einer Maßnahme entschieden wird. Berücksichtigt werden auch hier nur jene Sachverhaltseigenschaften, die für den Zweck der Regelung maßgeblich sind¹⁸⁾.

¹⁵⁾ *Lerche*, aaO 31 (Hervorhebung nicht im Original).

¹⁶⁾ AaO 31.

¹⁷⁾ Vgl dazu auch *Huster*, Rechte und Ziele (1993) 176 f. Bekanntlich ordnet der Gleichheitssatz an, *wesentlich* Ungleiches ungleich und *wesentlich* Gleiches gleich zu behandeln (vgl dazu unten C.); er fordert also eine Ermittlung dessen, was „wesentlich“ ist. Die Judikatur des VfGH ist voll von Beispielen dafür, eines davon lag dem Erk VfSlg 13.781/1994 zugrunde: Das MeldeG 1972 und das MeldeG 1991 erlaubten die persönliche Meldung und (das nahmen die Behörden jedenfalls an) auch die Meldung durch Boten, die postalische Meldung ermöglichten sie aber nicht. Für die Gleichheitskonformität dieser Ungleichbehandlung war „wesentlich“, durch welche Art der Meldung sich Fehlerquellen eher vermeiden lassen, welche Art der Meldung den Behörden den höheren Verwaltungsaufwand verursacht, aber auch welche Meldung für den Meldepflichtigen beschwerlicher ist. Was diese Eigenschaften betraf, durften die individuellen Züge der drei Meldearten keineswegs „abgeschliffen“ werden, im Gegenteil, sie waren genauestens herauszuarbeiten.

¹⁸⁾ Auch das läßt sich an einem Beispiel aus der Judikatur verdeutlichen: Im Erk VfSlg 11.503/1987 hatte der Gerichtshof die Verfassungskonformität einer Bedarfsprüfung für Bestattungsunternehmer zu prüfen. (Auch) um die Erforderlichkeit dieses Grundrechtseingriffes beurteilen zu können, waren Kenntnisse über die besonderen Merkmale dieses Gewerbes nötig, etwa dar-

Insofern gleichen sich Erforderlichkeits- und Gleichheitsprüfung also, und die von *Lerche* festgestellte Unterschiedlichkeit reduziert sich auf einen Punkt: Die Gleichheitsprüfung schält aus dem geregelten Sachverhalt nicht nur die „wesentlichen“ Eigenschaften heraus, sie vergleicht auch Sachverhalte miteinander, was bei der Erforderlichkeitsprüfung angeblich nicht der Fall ist. Nun fragt sich aber, ob dieser Unterschied für die vorliegende Untersuchung wirklich von Bedeutung ist. Hier geht es schließlich um die Frage, ob die Verhältnismäßigkeit (und damit auch der Grundsatz der Erforderlichkeit) aus dem Gleichheitssatz begründbar ist. Für eine solche Ableitung ist eine vollständige Kongruenz der beiden Grundsätze jedoch nicht erforderlich; in Wahrheit muß es reichen, daß im Gleichheitssatz alle Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit bereits enthalten sind. Daß die Gleichheit darüber hinaus auch noch andere Anforderungen an Gesetzgebung und Vollziehung stellt, kann für eine gleichheitsrechtliche Begründung der Verhältnismäßigkeit kein Schaden sein. Soeben wurde festgestellt, daß für beide Grundsätze, für den der Gleichheit und für jenen der Erforderlichkeit, die „wesentlichen“ Umstände des Einzelfalles zu ermitteln sind und daß dazu hier wie dort auf den geregelten Sachverhalt zu achten ist; daß für die Gleichheitsprüfung *auch* die Eigenschaften eines konkreten *anderen* Sachverhalts in die Betrachtung einzubeziehen sind, das kann nach dem bisher Gesagten nur ein Zusatzanforderung des Gleichheitssatzes, aber kein Hindernis sein, die Erforderlichkeit aus der Gleichheit zu begründen. Ein solches Hindernis läge nur dann vor, wenn jene Eigenschaften, die für die Erforderlichkeitsprüfung als „wesentlich“ zu qualifizieren sind, im Rahmen einer Gleichheitsprüfung als „unwesentlich“ zu bewerten wären oder wenn umgekehrt für die Erforderlichkeit einer Regelung „unwesentliche“ Eigenschaften für die Gleichheit von Bedeutung wären.

Ob eine Eigenschaft im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung Beachtung findet oder nicht, ob sie also „wesentlich“ in diesem Sinne ist, richtet sich bekanntlich nach dem *Ziel*, das der Gesetzgeber mit seiner Regelung verfolgt. Die Sachverhaltseigenschaften, die auf die Zielerreichung Einfluß haben, bestimmen nämlich, ob das Mittel, das der Gesetzgeber ergriffen hat, schonend genug ist oder überschießend. Wovon die „Wesentlichkeit“ einer Eigenschaft bei der Gleichheitsprüfung abhängig ist, wird noch zu erörtern sein¹⁹⁾. Sollte

über, daß sich der Kunde, der die Leistungen dieses Gewerbes in Anspruch nimmt, in einer psychischen Ausnahme-situation befindet, die mit den negativen Begleiterscheinungen eines Konkurrenzkampfes unverträglich ist. Sicher ist die besondere Sensibilität der Kunden nicht die einzige Eigenschaft dieses Gewerbes; sie ist aber „wesentlich“, was man von vielen anderen Eigenschaften nicht behaupten kann. Auch die Erforderlichkeitsprüfung ist also selektiv, denn sie wählt aus der Vielzahl an Eigenschaften nur die wesentlichen aus und verwertet sie.

¹⁹⁾ Vgl dazu unten C.II.4.a).

auch dort der Regelungszweck den Ausschlag geben, dann hätte jedenfalls *Lerche* keinen überzeugenden Einwand gegen die Ableitbarkeit der Erforderlichkeit aus dem Gleichheitssatz erhoben.

2. *Hirschberg*: Gleichheit ist mehr als Erforderlichkeit

Auch *Hirschberg* will den Grundsatz der Erforderlichkeit vom Gleichheitssatz geschieden wissen. Beide Rechtskontrollen seien prinzipiell voneinander unabhängig. So könne der Gleichheitssatz greifen, „wenn ein unter dem Gleichheitssatz bedenkliches Mittel für die Zweckerreichung erforderlich, das heißt das mildeste Mittel, ist. *Und umgekehrt* ist ein Mittel nicht schon deshalb mit dem Gleichheitssatz verträglich, weil es das mildeste ist“²⁰).

Hier darf immerhin angemerkt werden, daß der zweite Fall keine „Umkehrung“ des ersten, sondern seine Paraphrasierung ist. Beide Male wird nämlich gesagt, daß ein erforderliches Mittel gleichheitswidrig sein kann; daß ein gleichheitskonformes Mittel aber einer Erforderlichkeitsprüfung nicht standhalten könnte, wird damit nicht behauptet. Ein grundsätzlicher Unterschied muß demnach zwischen Gleichheit und Erforderlichkeit noch nicht bestehen; daß ein erforderliches Mittel nicht notwendig gleichheitskonform ist, könnte nämlich auch bedeuten, daß der Gleichheitssatz ganz einfach *weiter* ist als der Grundsatz der Erforderlichkeit. Daß darin allein aber noch kein Hindernis liegen kann, den Erforderlichkeitsgrundsatz gleichheitsrechtlich zu begründen, wurde oben²¹) bereits festgestellt.

3. *Dechsling*: Verlagerung, nicht Minimierung von Beeinträchtigungen

Auch *Dechsling* meint, der Grundsatz der Erforderlichkeit lasse sich nicht aus dem Gleichheitssatz begründen²²). Beiden gemeinsam sei zwar die Methode des Vergleichens, verschieden seien aber die *Größen*, die jeweils zueinander in Relation zu treten hätten. Der Gleichheitssatz verlange ausschließlich den Vergleich von Personen, während im Rahmen des Erforderlichkeitsgebots „ganz allgemeine Entscheidungsalternativen bzw. Sachverhalte“²³) miteinander verglichen werden müßten. Deshalb sei der Gleichheitssatz zu eng, um den Grundsatz der Erforderlichkeit zu stützen. Dieser habe nämlich nicht nur das Ziel, „Beeinträchtigungen von einer Person auf eine andere (robustere) zu verlagern“; genauso wichtig sei ihm die „Minimierung von Opfern bei ein- und derselben Person“²⁴).

Ein grundsätzlicher Unterschied liegt in all dem aber mE nicht. Denn es kann der Sache nach nicht

von Bedeutung sein, ob Personen oder Sachverhalte miteinander zu vergleichen sind. In beiden Fällen ist es doch der Mensch, auf den es ankommt. Er ist es ja, der ein Recht darauf hat, gleich oder differenziert und nicht schlechter als erforderlich behandelt zu werden. Nur er kann Bezugspunkt aller Überlegungen sein. Ob er selbst zum Objekt des Vergleichs gemacht wird oder der Sachverhalt, in dem er sich befindet, das kann keine Rolle spielen²⁵).

Wenn nun aber im Rahmen einer Gleichheitsprüfung ein Vergleich gezogen wird, so geschieht dies stets zwischen Personen, die der Gesetzgeber nicht gleich behandelt²⁶) oder die er möglicherweise nicht hätte gleich behandeln sollen²⁷). Anders als *Dechsling* offenbar meint, werden damit auch hier – wie beim Grundsatz der Erforderlichkeit – gesetzgeberische *Entscheidungsalternativen* miteinander verglichen. Wird eine Ungleichbehandlung geprüft, so werden nämlich zwei Entscheidungen, die der Gesetzgeber tatsächlich getroffen hat, zueinander in Relation gesetzt: die Entscheidung, die eine Personengruppe in der einen Weise zu behandeln, und die Entscheidung, die damit verglichenen Personen anders zu behandeln. Im Falle einer Gleichbehandlung wird eine Entscheidung, die der Gesetzgeber getroffen hat²⁸), mit einer Entscheidung verglichen, die er möglicherweise hätte treffen müssen²⁹). Die „Größen“, die beim Gleichheitssatz und beim Grundsatz der Erforderlichkeit zueinander in Relation gesetzt werden, vermögen daher in Wahrheit keinen entscheidenden Unterschied zwischen den beiden Prinzipien zu begründen³⁰).

Auch hinsichtlich ihrer *Zielrichtung* gehen die beiden Grundsätze aber mE nicht so grundsätzlich auseinander, wie *Dechsling* meint. Absicht des Gleichheitssatzes ist es nämlich nicht nur, Belastungen von einer Person auf eine andere zu verlagern. Das kann faktisch zwar die Konsequenz einer Normaufhebung sein, ist aber juristisch nicht notwendig ihre Folge. Eine Gleichheitsprüfung kann nämlich auch ergeben, daß ein Gesetz Belastungen *ohne* jeden sachlichen Grund, sohin völlig überflüssig anordnet. Wäre es nun das *einzig* Ziel des Gleichheitssatzes, „Beeinträchtigungen von einer Person auf eine andere (robustere) zu verlagern“, so könnte dieser geradezu „klassische“ Fall einer Gleichheitswidrigkeit³¹) nie

²⁵) Vgl schon *Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (1971) 100 f.

²⁶) Wenn eine Ungleichbehandlung geprüft wird.

²⁷) Wenn eine Gleichbehandlung in Rede steht.

²⁸) Die Entscheidung, die in Rede stehende Personengruppe gleich zu behandeln.

²⁹) Die Entscheidung, einen Teil dieser Personengruppe anders zu behandeln.

³⁰) An anderer Stelle hat *Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot 106 selbst übrigens noch ausdrücklich betont, daß „der allgemeine Gleichheitssatz (. . .) die Bewertung der Entscheidung im Hinblick auf Entscheidungsalternativen (verlangt)“.

³¹) Vgl unten C.II.4.a).

²⁰) *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit 71 f (Hervorhebung nicht im Original).

²¹) B.II.1.

²²) *Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot 111 ff.

²³) *Dechsling*, aaO 111.

²⁴) *Dechsling*, aaO 113.

mehr aus der Rechtsordnung eliminiert werden, denn diese Belastung wäre ja immer an eine andere Personengruppe weiterzureichen. In Wahrheit sollen solche Belastungen durch eine Gleichheitsprüfung natürlich *ersatzlos* entfernt werden. Damit bezweckt der Gleichheitssatz aber – gar nicht anders als der Grundsatz der Erforderlichkeit – zumindest *auch* eine „Minimierung von Opfern bei ein- und derselben Person“³²⁾.

Gleichheits- und Erforderlichkeitsprüfung unterscheiden sich nach *Dechsling* aber noch in einem weiteren Punkt³³⁾: Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung werde gefragt, ob das *gegebene* Ziel nicht auch mit einem gleich tauglichen, aber gelinderen Mittel erreicht werden könne. Das Ziel selbst werde dabei seinem Umfang nach nicht in Frage gestellt – ein Mittel, das den gesetzgeberischen Zweck zwar mit geringeren Beeinträchtigungen, dafür aber nur teilweise verwirkliche, komme als „gelindere“ Alternative nicht in Betracht. Dem Grundsatz der Erforderlichkeit wohne insofern ein „Zweck-konservierendes“ Element inne, das dem Gleichheitsgrundsatz fremd sei. Zwar dürfe auch dort die gesetzgeberische Intention nicht ignoriert werden, die *strikte* Wahrung des Gesetzeszwecks werde aber nicht verlangt.

Dieser Unterschied kann für die Zwecke der vorliegenden Arbeit vernachlässigt werden. Hier geht es nämlich nicht darum zu beweisen, daß Gleichheit und Erforderlichkeit deckungsgleiche Anforderungen an den Gesetzgeber stellen; vielmehr gilt es zu untersuchen, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als ganzer aus der Gleichheit abgeleitet werden kann³⁴⁾. Die letzte Stufe dieses Grundsatzes, die Verhältnismäßigkeit *ieS*, erlaubt es aber bekanntlich sehr wohl, den Zweck einer Regelung zu hinterfragen³⁵⁾, mag er auch im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung noch „konserviert“ worden sein. Wenn aber der Zweck eine Regelung sowohl gleichheitswidrig als auch unverhältnismäßig machen kann, dann vermag das „Zweck-konservierende Element“ des Erforderlichkeitsgrundsatzes keinen Unterschied zu begründen, der hier von Bedeutung wäre.

4. *Stelzer*: Formaler Begriff des öffentlichen Interesses und materieller Gemeinwohlbegriff

Aus ganz anderen Gründen als die Vorgenannten glaubt auch *Stelzer*, daß der Grundsatz der Erforderlichkeit aus dem Gleichheitssatz nicht zu begründen sei. Mochte das Kriterium des „öffentli-

chen Interesses“ den Prüfstein der Eignung auch noch getragen haben³⁶⁾, so ist es nach *Stelzer*³⁷⁾ mit der Frage nach der Erforderlichkeit auch schon wieder überfordert. Der aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Begriff des öffentlichen Interesses sei nämlich bloß *formal*, er schließe einfach jede Begünstigung aus, die nur im privaten Interesse gelegen ist, *materielle Vorgaben* für das Gemeinwohl enthalte er aber nicht³⁸⁾. Dieser „rein eingrifforientierte“³⁹⁾ Begriff beinhalte daher auch die dem Eingriff jeweils entgegenstehende Grundrechtsposition nicht; damit fehle ihm aber der Maßstab für die Beurteilung, ob ein vom Gesetzgeber ergriffenes Mittel das „gelindeste“ ist. Das Kriterium der Erforderlichkeit lasse sich deshalb aus dem Gleichheitsgebot nicht begründen.

Dieser Schluß ist *mE* nicht zwingend, und er harmoniert auch nicht mit den Überlegungen, die zur Ableitung der Tauglichkeit aus dem Gleichheitsgebot geführt haben. Daß das Erfordernis des öffentlichen Interesses auch jenes der Tauglichkeit in sich schließt, hat *Stelzer* mit der Begründung angenommen, daß ein Mittel nicht durch einen Zweck legitimiert werden könne, zu dessen Verwirklichung es ungeeignet ist. Dieses Argument erlaubt es, von Normen eine bestimmte „Qualität“ zu verlangen – eine Qualität nämlich, die die Erreichung eines angepeilten Zieles ermöglicht. Dasselbe Argument kann aber *mE* dazu verwendet werden, gesetzgeberische Maßnahmen auf eine bestimmte „Quantität“ zu limitieren. Genügt nämlich ein bestimmtes Ausmaß an Beschränkung, um den gewünschten Regelungszweck zu erreichen, so ist jede weitere, *über dieses Maß hinausgehende* Belastung durch dieses Ziel genauso wenig legitimierbar, wie es ein Mittel ist, das sich zur Beförderung dieses Ziels nicht eignet. Beide sind nämlich auf ihre Weise zur Zielerreichung nicht fähig: das untaugliche Mittel, weil es die erforderliche Qualität nicht hat, das nicht erforderliche Mittel (soweit es überschießend ist), weil das Ziel, das es erreichen will, bereits erreicht ist. Die Erforderlichkeit ist so gesehen nichts anderes als eine „Spielart“ der Tauglichkeit, und sie ist wie diese im Erfordernis des öffentlichen Interesses bereits enthalten⁴⁰⁾.

³⁶⁾ Vgl oben B.I.

³⁷⁾ Wesensgehaltsargument 200 ff.

³⁸⁾ *Stelzer*, aaO 193.

³⁹⁾ *Stelzer*, aaO 201.

⁴⁰⁾ Vgl in diesem Sinne etwa *Hotz*, Zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen (1977) 70 f. In der Rsp findet sich dieser Gedanke erstaunlich früh: Bereits im Erk VfSlg 216/1923 hat der VfGH ausgesprochen: „Die verfassungsmäßige Gewährleistung eines Rechtes hindert allerdings nicht, daß aus wichtigen Gründen des Gemeinwohls einzelne Klassen der Bevölkerung oder selbst zeitweilig einzelne Gebiete, ausnahmsweise ungleich behandelt werden (. . .). Es bedarf dies aber stets eines Bundesgesetzes, und auch dieses *muß die durch seinen Zweck gebotenen Grenzen einhalten*; werden diese Grenzen überschritten, so wird das verfassungsmäßig gewährleistete Recht verletzt“ (Hervorhebung nicht im Original). Diese Einsicht sollte freilich vorerst noch keine Auswirkungen haben.

³²⁾ *Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot 113.

³³⁾ AaO 51 ff, 65 ff, 113 f.

³⁴⁾ Vgl oben B.II.1.

³⁵⁾ Sein „Gewicht“ wird schließlich mit dem Wert der beeinträchtigten Rechtsposition verglichen und – möglicherweise – als zu geringfügig qualifiziert. Lag der Zweck aber schon nicht im öffentlichen Interesse, dann wurde er bereits im ersten Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mehr „konserviert“, sondern als unzulässig ausgeschlossen.

Dem steht mE nicht entgegen, daß das gleichheitsrechtlich begründete Erfordernis des öffentlichen Interesses keine inhaltlichen Vorgaben und damit auch nicht den Maßstab bieten kann, an dem ein Mittel als das „gelindeste“ zu bewerten wäre. Wenn *Stelzer* daran eine gleichheitsrechtliche Begründung der Erforderlichkeit scheitern läßt, stellt er an den Begriff des öffentlichen Interesses Ansprüche, die dieser nie erfüllen kann. Denn das öffentliche Interesse steht der Rechtsposition, in die eingegriffen wird, ja immer *gegenüber*, es ist definitionsgemäß ihr Kontrahent – wie könnte und warum sollte an ihm gemessen werden, ob das eingreifende Mittel gelinde genug ist oder überschießend? Eine solche Feststellung kann stets nur von der gefährdeten Rechtsposition des einzelnen aus geschehen, die zum öffentlichen Interesse aber – jedenfalls in dieser Situation – immer in einem Spannungsverhältnis steht.

Daß das öffentliche Interesse die von *Stelzer* geforderte Maßstabsfunktion nicht erfüllen kann, bedeutet indes noch nicht, daß ein solcher Maßstab überhaupt nicht vorhanden wäre. Denn es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, daß er sich, wenn auch nicht unmittelbar über das öffentliche Interesse, so doch auf andere Weise aus dem Gleichheitsgebot begründen ließe. Ob das möglich ist, kann erst nach einer näheren Analyse des Gleichheitssatzes beurteilt werden⁴¹). Wenn es aber möglich ist, wären jedenfalls *Stelzers* Bedenken nicht berechtigt.

5. *Huster*: „Interne“ Zwecke – „externe“ Zwecke

Wie *Stelzer* hält auch *Huster* nichts von der These, daß die Frage nach der Erforderlichkeit im Gleichheitssatz stets inbegriffen sei. Allerdings glaubt *Huster* auch nicht, daß diese Frage sich im Rahmen einer Gleichheitsprüfung generell nicht stellen würde. Er vermittelt gewissermaßen zwischen zwei – wie es scheint – unversöhnbaren Positionen und schlägt eine Unterscheidung vor. Ungleichbehandlungen können für *Huster* „den internen Zweck haben, einem Gerechtigkeitsmaßstab zu entsprechen, und sie können externe gesellschaftliche Zwecke verfolgen“⁴²). Eine Erforder-

lichkeitsprüfung sei im ersten Fall bedeutungslos⁴³), im zweiten Falle aber möglich und sogar geboten.

Beispielhaft⁴⁴) für die erste Fallgruppe findet *Huster* eine wohlbekannte Ungleichbehandlung aus dem Steuerrecht: Daß X, der im Monat DM 5.000,- verdient, höhere Steuern bezahlen müsse als Y, der DM 2.000,- verdient, sei gerechtfertigt, „weil sich die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit richtet und X – ceteris paribus – leistungsfähiger ist als Y“⁴⁵). Diese Differenzierung habe den Zweck, *gerecht zu sein*, sie verwirkliche das Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und lasse sich mit den Formeln der herkömmlichen Gleichheitsdogmatik ohne weiteres erfassen: Zwischen den Vergleichspersonen würden nämlich „Unterschiede solcher Art (bestehen), daß sie gerade diese Ungleichbehandlung rechtfertigen“⁴⁶). Einer Erforderlichkeitsprüfung sei dieser Fall demgegenüber in Wahrheit unzugänglich. Die einzig sinnvolle Frage sei hier nämlich, „ob die Ungleichbehandlung der unterschiedlichen Leistungsfähigkeit *entspricht*“⁴⁷). Wenn das der Fall sei, müsse die Erforderlichkeit stets auch bejaht werden, weil ein milderer Mittel (eine weniger starke Ungleichbehandlung) diesfalls nicht denkbar sei. „Entspräche“ die Ungleichbehandlung der Leistungsfähigkeit aber nicht, dann folge ihre Unzulässigkeit bereits aus ihrer mangelnden Eignung, und die Frage nach der Erforderlichkeit könne sich nicht mehr stellen⁴⁸).

Auf die zweite Fallgruppe des Gleichheitssatzes treffe dieser Befund gerade nicht zu, was *Huster* an einem weiteren Beispiel aus dem Steuerrecht zu zeigen sucht: „X und Y sind in gleichem Umfang leistungsfähig. Trotzdem muß Y erheblich weniger Steuern bezahlen, da er die Kosten für den Bau eines Eigenheims absetzen kann. Der Gesetzgeber hatte diese Möglichkeit geschaffen, um die Baukonjunktur anzukurbeln“⁴⁹). Im Unterschied zur erstgenannten Ungleichbehandlung lasse sich diese Differenzierung nun nicht mehr auf „die relevanten Unterschiede zwischen den Vergleichspersonen“ zurückführen; und für ihre

⁴¹) Vgl dazu unten C.I. und C.II.4.a)–b).

⁴²) *Huster*, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, 541 ff (546) (Hervorhebungen nicht im Original). Diese Unterscheidung führt *Huster*, Rechte und Ziele 147 ff der Sache (nicht der Bezeichnung) nach auf eine Differenzierung von Zwecken zurück, die bereits *Aristoteles* vorgenommen habe. Der Verfolgung eines „externen“ Zweckes eigne demnach, daß Mittel und Zweck zwei Dinge seien, die sich empirisch voneinander unterscheiden lassen – das Mittel werde eingesetzt, um etwas davon Verschiedenes hervorzubringen. Die Tätigkeit eines Arztes etwa verfolge einen externen Zweck in diesem Sinne, weil sie darauf abzielt, die Gesundheit eines Patienten herzustellen. Ganz anders würden Mittel und Zweck sich aber zueinander verhalten, wo ein „interner“ Zweck erreicht werden soll. Sie seien dort nur auf einer begrifflich-beschreibenden, nicht aber auf der empirischen Ebene unterscheidbar – Mittel und Zweck würden gewissermaßen zusammenfallen. Einen internen

Zweck verfolge etwa, wer in einem Gefecht trotz Todesgefahr aushalte, um tapfer zu sein. Hier gebe es nicht zwei Ereignisse in der Welt, das Aushalten und das Tapfer-Sein, „vielmehr würde man sagen, daß das Aushalten in dieser Situation tapfer *ist*“, daß es „den Anforderungen der Tapferkeit entspricht“ (*Huster*, Rechte und Ziele 148, Hervorhebung im Original).

⁴³) Für *Huster* stellt sich diesfalls auch die Frage nach der Verhältnismäßigkeit iES nicht; wie berechtigt diese Annahme ist, wird später (B.III.7.) zu klären sein.

⁴⁴) *Huster*, Rechte und Ziele 165 ff; *derselbe*, JZ 1994, 543 f bringt für seine These noch andere Beispiele, für sie gilt mE das folgende mutatis mutandis.

⁴⁵) JZ 1994, 543; s auch *denselben*, Rechte und Ziele 165.

⁴⁶) *Huster*, JZ 1994, 543.

⁴⁷) *Huster*, Rechte und Ziele 170 (Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁸) *Huster*, aaO 170 f.

⁴⁹) AaO 166; vgl auch *denselben*, JZ 1994, 543.

Begründung seien nicht Aspekte der Gerechtigkeit, sondern *wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitsabwägungen* maßgeblich. Das bedeute nicht, daß solcherart motivierte Differenzierungen unzulässig wären; sie stehen aber nach *Huster* in einem echten Rechtsgüterkonflikt mit der „eigentlich geforderte(n) Gleichbehandlung“⁵⁰⁾. Aus diesem Grund sei hier eine Erforderlichkeitsprüfung auch möglich und geboten: „Man kann und muß daher fragen, ob die Ungleichbehandlung geeignet und erforderlich ist, um dieses Gestaltungsziel zu erreichen“⁵¹⁾.

Die Unterscheidung zwischen internen und externen Zwecken hat zweifellos viel für sich; sie ist mE aber nicht geeignet, eine echte Grenze für die Anwendbarkeit der Erforderlichkeitsprüfung im Gleichheitssatz zu ziehen. Für das Steuerrecht könnte man mit gutem Grund bereits bezweifeln, daß es überhaupt Normen gibt, mit denen einzig und allein dem Leistungsfähigkeitsprinzip entsprochen werden soll. *Ruppe* hat in diesem Sinne dargetan und mit zahlreichen Beispielen überzeugend belegt, daß eine scharfe Trennung des fiskalischen (nicht-lenkenden) Abgabenrechts vom nicht-fiskalischen nur idealtypisch, realiter aber nicht möglich sei⁵²⁾. Selbst wenn man aber die Möglichkeit nicht-lenkender Steuernormen annehmen wollte, wäre eine Erforderlichkeitsprüfung auch für sie mE nicht entbehrlich. Ohne Zweifel kann bei der Verfolgung „interner“ Zwecke nämlich sinnvoll gefragt werden, ob das gesetzgeberische Mittel⁵³⁾ wirklich dem Maßstab⁵⁴⁾ „entspricht“, den der Gesetzgeber gerade für „gerecht“ hält. Wenn einmal feststeht, daß das der Fall ist, dann erübrigt sich zweifellos auch eine Prüfung der Erforderlichkeit. Damit ist mE aber noch nicht bewiesen, daß sich die Frage der Erforderlichkeit hier gar nicht stellen würde. Es zeigt viel eher, daß diese Frage schon beantwortet ist, wenn eine „Entsprechungsprüfung“ (sinnvoll) durchgeführt worden ist. Daß eine Besteuerung der Leistungsfähigkeit nicht „entspricht“, wird man nämlich sicher feststellen müssen, wenn der Gesetzgeber ein ungeeignetes Mittel ergriffen hat, wenn er etwa an Kriterien anknüpft, die für die Leistungsfähigkeit nicht repräsentativ sind. Daß eine Ungleichbehandlung sich an einem Merkmal (hier: am Einkommen) orientiert, das für die Leistungsfähigkeit wesentlich ist⁵⁵⁾, bedeutet indes noch nicht, daß sie

der Leistungsfähigkeit deshalb auch schon voll „entspricht“. Für die *konkrete* Ausgestaltung seiner Regelung steht dem Gesetzgeber nämlich nicht bloß ein Mittel zu Gebote. Er muß vielmehr entscheiden, *wie* unterschiedlich er die Empfänger verschieden hoher Einkommen jeweils behandeln will – das setzt eine Vielzahl von weiteren Entscheidungen voraus⁵⁶⁾. Welches Mittel der Gesetzgeber im einzelnen auch wählt – wenn es am Einkommen als dem Indikator für die Leistungsfähigkeit anknüpft, wird man ihm attestieren müssen, daß es an der unterschiedlichen Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen orientiert und in diesem Sinne „tauglich“ ist. Nicht jedes Mittel wird deshalb aber die „Entsprechungsprüfung“ schon bestanden haben. Nicht genügen wird es sicher dann, wenn die Ungleichbehandlung, die es anordnet, zu gravierend ist, wenn diese weiter geht als nötig, um der unterschiedlichen Leistungsfähigkeit ausreichend gerecht zu werden. Ein gelinderes Mittel, das weniger kraß differenziert, wäre diesfalls angebracht, und das gewählte müßte als „nicht erforderlich“ ausscheiden, mag es auch an sich geeignet gewesen sein, eine Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit durchzuführen. Soweit es über das Ziel „hinausschießt“, ist ein solches Mittel sicher ungeeignet, weil das Ziel, das es erreichen wollte, ja früher schon erreicht war. Damit offenbart sich aber nur ein weiteres Mal, was weiter oben⁵⁷⁾ schon gesagt wurde: Die Unzulässigkeit eines ungeeigneten und eines nicht erforderlichen Mittels hat insofern dieselbe Wurzel, als beide Mittel durch das angestrebte Ziel nicht legitimierbar sind. Nicht bewiesen ist damit aber, daß ein Mittel dem Gebot der Erforderlichkeit nicht gehorchen müßte, wenn es einem „Gerechtigkeitsmaßstab“ entsprechen will. Die „Entsprechungsprüfung“ auf eine Eignungsprüfung zu reduzieren bzw diese mit einer Erforderlichkeitsprüfung zu identifizieren, würde bedeuten, auf eine Nachprüfung von Steuernormen unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes weitgehend zu verzichten⁵⁸⁾. Sollte es im Gleichheitssatz also tatsächlich ein Erforderlichkeitsgebot geben, dann wären davon jedenfalls auch solche Regelungen betroffen, die der Verfolgung „interner“ Zwecke dienen.

6. Verbleibende Unterschiede

Nach einer näheren Prüfung verbleiben somit noch immer zwei Gründe, die eine Ableitbarkeit

⁵⁰⁾ JZ 1994, 544.

⁵¹⁾ *Huster*, aaO 544.

⁵²⁾ *Ruppe*, Das Abgabenrecht als Lenkungsinstrument der Gesellschaft und Wirtschaft und seine Schranken in den Grundrechten, 8. ÖJT I/1A, 47 ff; vgl zum Thema Abgabenrecht und Gleichheitssatz auch *Morscher*, Das Abgabenrecht als Lenkungsinstrument der Gesellschaft und Wirtschaft und seine Schranken in den Grundrechten, 8. ÖJT I/1B und *Korinek/Holoubek*, Gleichheitsgrundsatz und Abgabenrecht, in: *Gassner/Lechner* (Hrsg), Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht (1991) 73 ff.

⁵³⁾ Hier: die ungleiche Besteuerung.

⁵⁴⁾ Hier: der (ungleichen) Leistungsfähigkeit.

⁵⁵⁾ Das Einkommen ist nach herrschender, wenn auch nicht unbestrittener Auffassung der beste Indikator der

Leistungsfähigkeit; vgl *Ruppe* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einführung zum EStG (162. Lfg 1990) Anm 540.

⁵⁶⁾ Daß das Leistungsfähigkeitsprinzip in vielerlei Hinsicht offen und daher ausfüllungsbedürftig ist, betont etwa *Ruppe* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG Anm 540, 543.

⁵⁷⁾ B.II.4.

⁵⁸⁾ Vgl auch *Lang*, Schuldzinsen als Werbungskosten, FJ 1996, 123 ff (126), der festgestellt hat, daß der Leistungsfähigkeitsgrundsatz kein eigenständiger Prüfungsmaßstab sei, sondern im Gleichheitsgrundsatz aufgehe; für die Frage der sachlichen Rechtfertigung sei auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.

des Erforderlichkeitsgrundsatzes aus dem Gleichheitssatz zu hindern scheinen: einmal *Lerches* Bedenken, die Gleichheitsprüfung *nivelliere* bestehende Unterschiede durch ihr „vergleichendes Zusammendenken“, während über die Erforderlichkeit einer Maßnahme entschieden werde, ohne daß der geregelte Sachverhalt mit einem anderen in Relation zu setzen sei; insofern wohne dem Erforderlichkeitsgrundsatz die Tendenz inne, die Eigenheiten des geregelten Sachverhaltes zu „isolieren“. Oben⁵⁹⁾ wurde bereits zu zeigen versucht, daß es gleichwohl in *beiden* Fällen darauf ankommt, die „wesentlichen“ Eigenschaften des geregelten Sachverhaltes herauszufiltern. *Lerches* Einwand hätte darum nur dann Gewicht, wenn die „Wesentlichkeit“ einer Eigenschaft für Gleichheit und Erforderlichkeit von je verschiedenen Kriterien abhängig wäre, sodaß „wesentliche“ Eigenschaften im Sinne des einen Prinzips „unwesentlich“ für das andere sein könnten.

Stelzer hat gegen eine Begründung der Erforderlichkeit aus der Gleichheit vorgebracht, daß einem öffentlichen Interesse, das aus dem Gleichheitsgebot abgeleitet wird, der Maßstab für die Beurteilung fehle, ob ein Mittel das „gelindeste“ ist oder nicht. Dieser Einwand ist bedeutend, wenn der Gleichheitssatz auch sonst, dh unabhängig von dem Erfordernis des öffentlichen Interesses keinen solchen Maßstab bietet.

III. Verhältnismäßigkeit ieS

1. *Lerche*: „Tatbestands“-Vergleich versus Vergleich von Ziel und Mittel

Nicht weniger problematisch als die gleichheitsrechtliche Begründung des Erforderlichkeitsgrundsatzes scheint der Versuch zu sein, die Verhältnismäßigkeit ieS aus dem Gleichheitsgebot abzuleiten. Dabei war der Gleichheitssatz einer der ersten Ansätze, die *Lerche* aufgegriffen hat, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS auf die Spur zu kommen. *Lerche* gesteht zunächst auch durchaus zu⁶⁰⁾, es liege nahe, „den Gedanken der *Verhältnismäßigkeit*⁶¹⁾ als Auswirkung des Gleichheitsgebots zu begreifen“⁶²⁾, schließlich werde dem Gleichheitssatz doch häufig ein Gebot zu „verhältnismäßiger“ Gleichbehandlung entnommen. Beiden, der Verhältnismäßigkeit ieS und dem Gleichheitssatz wohne eine Vorstellung der Angemessenheit inne; eine nähere Betrachtung zeige aber, daß darunter jeweils Verschiedenes zu verstehen sei.

Um zu prüfen, ob eine Regelung „angemessen“ iSd Gleichheitssatzes sei, müsse nämlich „auf die Eigenarten des Tatbestandlichen, d.h. auf seine Unterschiede und Gemeinsamkeiten ‚im Verhältnis‘ zu anderen Tatbeständen“ abgestellt werden; allein diese „horizontalen ‚Verhältnisse‘“ würden zur Forderung nach verhältnismäßiger Gleichbe-

handlung führen. Die Prüfung der verhältnismäßigen Gleichheit setze daher immer eine Mehrheit vergleichbarer Tatbestände voraus⁶³⁾, was für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS nicht gelte: Er sei durch eine „Abwägung zwischen Ziel (Gewinn) und Mittel (Opfer)“ gekennzeichnet. Deshalb könne ein „Robinson Crusoe (. . .) – ohne Freitag – durch eine gedachte Staatsgewalt weder gleich noch ungleich behandelt werden, wohl aber unverhältnismäßig“⁶⁴⁾.

Ein entscheidender Unterschied zwischen Gleichheit und Verhältnismäßigkeit ieS liegt für *Lerche* also offenbar in den „Größen“, die jeweils zueinander ins Verhältnis gesetzt werden müssen: Im Rahmen der Gleichheitsprüfung sind das die tatsächlichen Gegebenheiten, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS sind es Ziel und Mittel, die zueinander in Beziehung treten. Ein echter Gegensatz kann darin freilich nur dann liegen, wenn die Gleichheitsprüfung sich in einem Vergleich von tatsächlichen Gegebenheiten erschöpft und eine Angemessenheit von Ziel und Mittel für sie unerheblich ist. Fordert hingegen auch der Gleichheitssatz ein solch ausgewogenes Verhältnis von Ziel und Mittel, so wäre der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS aus ihm ohne weiteres ableitbar, und zwar auch dann, wenn es dort nicht auf einen Vergleich tatsächlicher Gegebenheiten ankäme⁶⁵⁾. *Lerche* geht aber offenbar von einer „Exklusivität“ der Vergleichsobjekte aus. Nur unter dieser Prämisse ist eine Ableitbarkeit der Verhältnismäßigkeit ieS aus dem Gleichheitsgebot ausgeschlossen, andernfalls könnten die Forderungen des einen Grundsatzes immerhin Teilforderungen des anderen sein.

2. *Hirschberg*: Wertender Fallvergleich versus vergleichende Bewertung des Falls

Für *Hirschberg*⁶⁶⁾ sind Gleichheit und Verhältnismäßigkeit ieS zwei „unterschiedliche (. . .) Betrachtungsweisen dessen, was im jeweiligen Fall rechtens (gerecht, angemessen) ist“⁶⁷⁾. Die Gleichheitsprüfung werde durch einen *Fallvergleich* vorgenommen, die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS durch eine *Bewertung des Einzelfalls*⁶⁸⁾. Auf den ersten Blick könne man die beiden Verfahrens-

⁶³⁾ *Walter*, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZVR 1979, 33 ff (38 FN 49) hat zu Recht darauf hingewiesen, daß es hier in Wahrheit natürlich nicht um Normtatbestände gehen kann, sondern um die von ihnen erfaßten tatsächlichen Fälle.

⁶⁴⁾ *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht 30 FN 6.

⁶⁵⁾ Auch hier gilt nämlich, was schon oben (B.II.1.–3.) über das Verhältnis des Erforderlichkeitsgrundsatzes zur Gleichheit gesagt wurde, daß nämlich eine Ableitbarkeit der Verhältnismäßigkeit ieS aus dem Gleichheitssatz keine Kongruenz der beiden Normen zur Voraussetzung hat; vielmehr genügt es, wenn die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit ieS auch solche des Gleichheitssatzes sind.

⁶⁶⁾ Verhältnismäßigkeit 109 ff.

⁶⁷⁾ AaO 113.

⁶⁸⁾ *Hirschberg*, aaO 112.

⁵⁹⁾ B.II.1.

⁶⁰⁾ Übermaß und Verfassungsrecht 29 f.

⁶¹⁾ Damit ist die Verhältnismäßigkeit ieS gemeint; vgl auch FN 12.

⁶²⁾ Hervorhebung im Original.

weisen für durchaus gegensätzlich halten: Während für den Fallvergleich Wertungen entbehrlich scheinen würden, könne man von der Bewertung des Einzelfalls glauben, sie betrachte ausschließlich den zu bewertenden Fall⁶⁹⁾. In Wahrheit komme aber die Gleichheitsprüfung ohne Wertungen genausowenig aus wie die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS ohne Vergleich. Ob ein Fall dem anderen gleiche, sei nämlich nur durch eine Wertung zu entscheiden. Und umgekehrt setze die Bewertung des Einzelfalls einen (zumindest implizit vorgenommenen) Vergleich von Wertungen voraus – nur so sei zu verhindern, daß der Beurteilung willkürlich unterschiedliche Bewertungen zugrundegelegt werden. Die Gleichheitsprüfung erfordere darum in Wirklichkeit einen wertenden Fallvergleich, die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS verlange eine vergleichende Bewertung des Falls. Der Unterschied zwischen der Gleichheits- und der Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS liege demnach allein in der *unterschiedlichen gedanklichen Anordnung von Wertung und Vergleich*⁷⁰⁾. Weil sie dieselben Elemente, nur in unterschiedlicher Anordnung, verwerten würden, könnten die beiden Grundsätze einander zwar nicht widersprechen, sie könnten aber auch *nicht voneinander abgeleitet* werden⁷¹⁾.

Eines gilt es mE bei diesem Konzept noch zu bedenken. Wenn einerseits der Fallvergleich des Gleichheitssatzes eine Wertung erfordert und eine Wertung andererseits einen Vergleich mit anderen Wertungen voraussetzt, weil sie sonst willkürlich ist, dann kann doch auch bei der Gleichheitsprüfung auf einen solchen Wertungsvergleich nicht verzichtet werden. Dann bestünde die Gleichheitsprüfung aber aus einem Fall- und aus einem Wertungsvergleich; die Verhältnismäßigkeit ieS aber nur aus einem Vergleich von Wertungen zur Entscheidung eines Einzelfalles. Wenn der Bewertung dieses Einzelfalles aber ein Wertungsvergleich vorauszugehen hätte, dann müßte gleiches wohl erst recht gelten, wenn ein Fallvergleich bewertet werden soll⁷²⁾. Dann wäre aber sowohl für den Gleich-

heitssatz als auch für die Verhältnismäßigkeit ieS *vorab* ein Wertungsvergleich vorzunehmen. Die *Anordnung* der Elemente Wertung und Vergleich wäre dann aber nicht mehr geeignet, den Gleichheitssatz vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS zu unterscheiden. Der einzige Unterschied bestünde diesfalls darin, daß der Gleichheitssatz mehr Prüfungsschritte fordern würde als der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS, daß er also *weiter* wäre als jener. Dann wäre aber nicht mehr auszuschießen, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS aus dem Gleichheitssatz ableitbar wäre.

Hirschberg sieht zwischen den beiden Grundsätzen aber noch einen anderen Unterschied: Ob ein Gesetz einer Gleichheitsprüfung oder einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS unterzogen werde, zeitigt seiner Auffassung nach verschiedene *Konsequenzen*: Während es dem Gesetzgeber im ersten Fall freistehe, nur die angegriffene Regelung oder die Regelung, mit der diese verglichen wurde, oder aber alle beide zu ändern, fehle ihm im zweiten Fall ein derartiger Spielraum, denn eine Regelung sei entweder im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und daher verfassungskonform oder sie sei es nicht⁷³⁾.

Auch dieser Gegensatz scheint mir in Wahrheit weniger schroff zu sein, als *Hirschberg* ihn sieht. Er vernachlässigt nämlich, daß eine Regelung auch dann als gleichheitswidrig aufzuheben ist, wenn sie zu wenig differenziert. Der Spielraum des Gesetzgebers ist diesfalls nicht größer als bei der Sanierung einer Unverhältnismäßigkeit ieS: Er kann nichts tun, als diese eine Norm zu ändern. Gleiches gilt auch, wenn eine Regelung aufgehoben wird, weil sie den Rechtsunterworfenen ohne jeden Grund belastet; auch eine solche Gleichheitswidrigkeit ist nicht durch die Änderung einer anderen Norm sanierbar.

Weder die Konsequenzen einer Normaufhebung noch die Anordnung der Prüfungselemente begründen somit bei näherer Betrachtung einen Unterschied, der die Ableitbarkeit der Verhältnismäßigkeit ieS aus dem Gleichheitssatz jedenfalls verhindern müßte.

3. *Dechsling*: Bewertung einer Entscheidung mit und ohne Rücksicht auf Entscheidungsalternativen

„Seit eh und je – genauer: seit Lerches Arbeit ‚Übermaß und Verfassungsrecht‘ (1961) – herrscht

dung für den Meldepflichtigen seien so bedeutend, daß diese Art der Meldung gleich wie die persönliche und die Meldung durch Boten zulässig sein sollte. Dabei wird man den Verwaltungsaufwand dann nicht als gewichtiger bewerten können, wenn man in einem vergleichbaren Fall eine andere Wertung vorgenommen hat; umgekehrt wird man nicht den Interessen des Meldepflichtigen den Vorzug geben, wenn man vergleichbare Interessen schon einmal für geringwertig erachtet hat. Jede Wertung setzt damit einen (möglicherweise auch nur implizit vorgenommenen) Vergleich mit anderen Wertungen voraus, und zwar auch dann, wenn ein Fallvergleich der Gegenstand der Wertung ist.

⁷³⁾ *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit 123.

⁶⁹⁾ *Hirschberg*, aaO 110.

⁷⁰⁾ *Hirschberg*, aaO 109 ff, 113, 120.

⁷¹⁾ *Hirschberg*, aaO 122.

⁷²⁾ Das läßt sich etwa am Beispiel aus FN 17 zeigen: Die Frage, ob die postalische Meldung „gleich“ ist wie die persönliche bzw die Meldung durch Boten, ist ohne die Vornahme einer Wertung nicht zu beantworten. Einerseits verursacht nämlich die postalische Meldung der Behörde einen gewissen Mehraufwand, etwa weil ein Anmeldeakt geführt und der mit dem Anmeldevermerk versehene Meldezettel und die vom Meldepflichtigen vorgelegten Urkunden an diesen zurückgeschickt werden müssen – das kostet Geld und ist zeitaufwendiger, als die Unterlagen dem Meldepflichtigen (oder seinem Boten) persönlich zu übergeben. Andererseits ist die postalische Meldung für den Meldepflichtigen zeitsparender und daher auch weniger beschwerlich als die persönliche Meldung. Es ist eine Wertungsfrage, ob man nun den höheren Verwaltungsaufwand, den die postalische Meldung erforderlich macht, für sehr gewichtig und diese Meldungsart daher für wesentlich ungleich hält oder ob man findet, die Vorteile der postalischen Mel-

(. . .) die Auffassung, daß das Gebot der Proportionalität⁷⁴⁾ sich vom allgemeinen Gleichheitssatz deutlich unterscheidet“, schreibt *Dechsling*⁷⁵⁾ Jahre später und faßt diese Auffassung in zwei Prämissen zusammen: Der allgemeine Gleichheitssatz verlange die Bewertung einer Entscheidung im Hinblick auf Entscheidungsalternativen, das Proportionalitätsgebot verlange dagegen die Bewertung der Entscheidung ungeachtet der Entscheidungsalternativen.

Zum Beweis der ersten These beruft sich *Dechsling* auf den Wortlaut des Art 3 Abs 1 GG: Die Wendung „sind vor dem Gesetz gleich“ fordere einen Vergleich der „Behandlung des Individuums I₁ mit der Behandlung des Individuums I₂“⁷⁶⁾. Die Rsp des BVerfG prüfe Akte der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung zwar gelegentlich auch anhand eines vergleichsfreien Willkürverbots; diese Fälle hätten aber kein besonderes Gewicht⁷⁷⁾. Damit sei davon auszugehen, daß der allgemeine Gleichheitssatz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung einen wertenden Fallvergleich verlangt.

Gegen die zweite These hätte der Einwand *Wittigs*⁷⁸⁾ sprechen können, daß sich bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS stets ein Vergleichspaar konstruieren lasse; ein Vergleich des wirklichen Mittels mit einem anderen gedachten oder des wirklichen Zwecks mit einem anderen gedachten würde im Einzelfall die Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit ieS sogar erleichtern. *Dechsling*⁷⁹⁾ hielt dieser Anschauung zunächst entgegen, sie stehe im Widerspruch zu *Lerches* Auffassung, wonach der wesentliche Unterschied zwischen Gleichheit und Verhältnismäßigkeit ieS eben gerade darin bestehe, daß letztere keinen Vergleich erfordere, wie *Wittig* ihn erwägt⁸⁰⁾. Nach der tradierten Vorstellung bestehe die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS aus einem „(Vergleich) von Zweck und Mittel (Vor- und Nachteilen) der einen, fraglichen Maßnahme“. *Wittig* gehe offenbar von einer optimierenden Verhältnismäßigkeit ieS aus, die nach dem „angemessensten Mittel“ fragt; das traditionelle Verhältnismäßigkeitsgebot ieS sei demgegenüber am Gerechtigkeitsgedanken des Art 3 Abs 1 GG orientiert und belasse den staatlichen Akteuren einen Spielraum. Die zweite These sei damit bewiesen.

Der Sache nach scheint *Dechsling* sich *Lerche* anzuschließen und für Gleichheit und Verhältnismäßigkeit ieS eine „Ausschließlichkeit“ der jeweils relevanten Vergleichsobjekte zu fordern: Im Rahmen der Gleichheitsprüfung seien nur „Fälle“ bzw „Entscheidungsalternativen“ miteinander zu

vergleichen, für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS habe man allein Ziel und Mittel zueinander in Relation zu setzen. Wenn diese Annahme richtig ist, dann wäre eine Ableitbarkeit des einen Grundsatzes aus dem anderen tatsächlich nicht möglich.

4. *Thienel*: Wertender Fallvergleich versus Bewertung der Rechtsfolgen im Einzelfall

Unter Berufung auf *Lerche*, *Hirschberg* und *Dechsling* stellt *Thienel*⁸¹⁾ schließlich fest, „daß Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip⁸²⁾ unterschiedliche Zielrichtungen aufweisen, und daher nicht aufeinander reduziert werden können“. Was den formalen Ablauf der Prüfung betrifft, hätten die zwei Grundsätze zwar etwas gemeinsam: Hier wie dort würden einander nämlich zwei Größen anhand eines normativen Maßstabes gegenübergestellt. Hinsichtlich der Prüfungsobjekte und der Prüfungsziele bestehe zwischen ihnen aber ein grundsätzlicher Unterschied. Der Gleichheitssatz verlange nämlich einen „Fallvergleich, eine Bewertung *mehrerer Sachverhalte* im Wege eines Vergleichs der sie erfassenden Rechtsnormen“⁸³⁾. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS sei dagegen „eine *Güterabwägung im Einzelfall*“⁸⁴⁾, die bezogen auf den konkreten Sachverhalt bzw einen bestimmten Typus von Sachverhalten durch die Regelung geschützte und durch sie beeinträchtigte Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen habe. Von der Regelung anderer Sachverhalte sei diese Gegenüberstellung aber unabhängig. „Pointiert formuliert“ könne man daher sagen: „Beim Gleichheitssatz geht es um einen wertenden Fallvergleich, bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung hingegen um eine Bewertung der Rechtsfolgen im Einzelfall“⁸⁵⁾.

Weil Gleichheit und Verhältnismäßigkeit ieS für *Thienel* zwei grundverschiedene Dinge sind, kritisiert er auch die Judikatur des VfGH zum Vertrauensschutz⁸⁶⁾; sie versuche nämlich zum einen, einen allgemeinen Vertrauensschutz aus dem Gleichheitssatz zu begründen, zum anderen prüfe sie in einer *Güterabwägung*, ob Eingriffe in schutzwürdige Erwartungshaltungen durch bestimmte öffentliche Interessen zu rechtfertigen seien. Damit bewirke das Höchstgericht aber geradezu die Aufgabe des eigenen Ansatzes.

5. *G. Müller*: „Tatbestands“-Vergleich mit Interessenabwägung versus Abwägung von Ziel und Mittel

Weniger bedenklich fand offenbar *G. Müller* eine solche Güterabwägung, als er im Rahmen einer Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ausführte, wie der Gesetzgeber bei der Kon-

⁷⁴⁾ Damit ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit ieS gemeint.

⁷⁵⁾ Verhältnismäßigkeitsgebot 105 f.

⁷⁶⁾ AaO 107.

⁷⁷⁾ *Dechsling*, aaO 108 f.

⁷⁸⁾ *Wittig*, DÖV 1968, 822.

⁷⁹⁾ Verhältnismäßigkeitsgebot 110 f.

⁸⁰⁾ Die Überzeugungskraft dieses Arguments hat gewisse Grenzen.

⁸¹⁾ Vertrauensschutz 38 f.

⁸²⁾ Gemeint ist die Verhältnismäßigkeit ieS.

⁸³⁾ *Thienel*, aaO 38 (Hervorhebung im Original).

⁸⁴⁾ *Thienel*, aaO 38 (Hervorhebung im Original).

⁸⁵⁾ *Thienel*, aaO 38.

⁸⁶⁾ AaO 39 f.

kretisierung des Gleichheitssatzes vorzugehen habe⁸⁷⁾: Zunächst seien die Sachverhalte und Normadressaten der Regelung nach dem *Regelungsziel* auszuwählen; daß ein Differenzierungskriterium der Erreichung des Gesetzeszwecks diene, sei aber nicht das einzige Erfordernis des Gleichheitssatzes. Vielmehr habe der Gesetzgeber außerdem „*abzuwägen zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleichbehandlung*“⁸⁸⁾.

Schon dieses Postulat ist jedenfalls nicht selbstverständlich. Eine echte Überraschung ist aber, was man weiter liest, daß nämlich das „soeben beschriebene Vorgehen des Gesetzgebers“ einer *Verhältnismäßigkeitsprüfung (ieS) zwar ähne, von ihr aber doch grundsätzlich zu unterscheiden sei*⁸⁹⁾. Schon *Lerche* habe nämlich überzeugend dargetan, daß das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit (ieS) „nicht mit der vom Gleichheitssatz geforderten Sachlichkeit der Gleich- oder Ungleichbehandlung übereinstimmt, basiert es doch auf einer Abwägung von Ziel und Mittel, während der Gleichheitssatz einen Vergleich zwischen mehreren Tatbeständen hinsichtlich ihrer Gemeinsamkeiten und Unterschiede verlangt“⁹⁰⁾.

Tatsächlich hat *Lerche* den entscheidenden Unterschied zwischen Gleichheit und Verhältnismäßigkeit ieS in den „Größen“ gesehen, die jeweils miteinander zu vergleichen sind⁹¹⁾. Feststeht aber, daß *G. Müller* ganz offensichtlich anders als *Lerche* die Gleichheitsprüfung nicht auf einen solchen „Tatbestands“-Vergleich⁹²⁾ reduzieren, sondern im Rahmen dieser Prüfung jedenfalls auch eine Güterabwägung vornehmen will. Diese Güterabwägung besteht nun aber gerade in einem Vergleich von Ziel und Mittel, genauer: in einem Vergleich des Interesses an der Erreichung des Regelungsziels mit dem Interesse des einzelnen, durch das gesetzgeberische Mittel nicht beeinträchtigt zu werden. Wer eine solche Güterabwägung im Rahmen der Gleichheitsprüfung akzeptiert⁹³⁾, ja sogar fordert, der kann die Verhältnismäßigkeit ieS allenfalls als einen *Teilaspekt* der Gleichheit ansehen; die Position, daß die zwei Prinzipien sich voneinander grundsätzlich unterscheiden würden, hat er damit aber unter der Hand schon aufgegeben⁹⁴⁾.

6. *Holoubek*: „Horizontale“ Abwägung versus Abwägung von Interessen

Ähnlich wie *G. Müller* sieht offenbar auch *Holoubek*⁹⁵⁾ die Anforderungen des Gleichheitssatzes an den Gesetzgeber. Nach einer Analyse

der verfassungsgerichtlichen Judikatur kommt er zu dem Ergebnis, die Gleichheitsprüfung müsse in zwei Schritten vorgenommen werden⁹⁶⁾. Zunächst sei zu ermitteln, ob die zu prüfende gesetzliche Regelung überhaupt eine rechtliche Differenzierung bewirke, ob also eine „Ungleichbehandlung im Rechtssinn“ vorliege. Dann sei zu untersuchen, ob diese Ungleichbehandlung „sachlich“ sei. Dazu müsse die Differenzierung zum einen durch einen vernünftigen Grund zu rechtfertigen sein; zum anderen dürfe sie, „*vergleicht man Bedeutung und Grad der Realisierung des Regelungszieles mit der durch die Differenzierung bewirkten Benachteiligung, nicht unverhältnismäßig*“⁹⁷⁾ sein.

Was bei *G. Müller* noch das „soeben beschriebene Vorgehen des Gesetzgebers“ war⁹⁸⁾, das nennt *Holoubek* nun ganz offen eine „Verhältnismäßigkeitsprüfung“⁹⁹⁾. Nur, „(d)iese Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Gleichheitsgrundsatz unterscheidet sich (. . .) hinsichtlich der heranzuziehenden Abwägungsgrößen von der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Freiheitsrechten“. Darauf sei in der Literatur, „aufbauend auf *Lerche*“, immer wieder hingewiesen worden¹⁰⁰⁾.

Wie *Lerche* und *G. Müller* sieht also auch *Holoubek* einen entscheidenden Unterschied in den Größen, die hier und dort gegeneinander abzuwägen sind. Anders als *Lerche* und *G. Müller* meint er damit aber nicht Ziel und Mittel zum einen und Sachverhalte zum anderen. Vielmehr werde bei den Freiheitsrechten „zwischen einem gesetzgeberischen Ziel und den Auswirkungen des zur Zielerreichung eingesetzten Mittels auf die Rechtspositionen des einzelnen“¹⁰¹⁾ abgewogen. Im Rahmen der Gleichheitsprüfung gehe es dagegen um eine Abwägung „zwischen dem Interesse an der Realisierung des die rechtliche Ungleichbehandlung begründenden gesetzgeberischen Ziels und dem Interesse an der Gleichbehandlung“¹⁰²⁾.

Führt man sich nun aber vor Augen, daß dieses „Interesse an der Gleichbehandlung“ umso intensiver sein wird, je gravierender die „Auswirkungen des zur Zielerreichung eingesetzten Mittels auf die Rechtspositionen des einzelnen“ sind, so stellt man fest, daß es sich hierbei nicht um zwei verschiedene Größen handelt, sondern um zwei unterschiedliche Namen für ein und dieselbe Größe. Klar dürfte auch sein, daß zwischen dem „gesetzgeberischen Ziel“ und dem „Interesse an der Realisierung des (. . .) gesetzgeberischen Ziels“ kein

⁹⁶⁾ ÖZW 1991, 76 ff.

⁹⁷⁾ *Holoubek*, ÖZW 1991, 76 (Hervorhebung nicht im Original).

⁹⁸⁾ VVDStRL 47 (1989) 51.

⁹⁹⁾ ÖZW 1991, 77 ff.

¹⁰⁰⁾ *Holoubek*, ÖZW 1991, 78 (Hervorhebungen nicht im Original); s auch *Korinek/Holoubek* in *Gassner/Lechner* (Hrsg), Steuerbilanzreform 88 f.

¹⁰¹⁾ *Holoubek*, ÖZW 1991, 78 (Hervorhebungen nicht im Original).

¹⁰²⁾ *Holoubek*, ÖZW 1991, 78 f (Hervorhebungen nicht im Original).

⁸⁷⁾ *G. Müller*, VVDStRL 47 (1989) 46 ff.

⁸⁸⁾ *G. Müller*, aaO 49 f (Hervorhebung im Original).

⁸⁹⁾ *G. Müller*, aaO 51.

⁹⁰⁾ *G. Müller*, aaO 41.

⁹¹⁾ Dazu oben B.III.1.

⁹²⁾ Eigentlich: Sachverhalts-Vergleich; vgl FN 63.

⁹³⁾ Was keine Selbstverständlichkeit ist, wie man bei *Thienel*, Vertrauensschutz 38 f gesehen hat.

⁹⁴⁾ Vgl auch *Huster*, Rechte und Ziele 178 ff.

⁹⁵⁾ ÖZW 1991, 72 ff.

Unterschied von Bedeutung besteht. Das nährt den Verdacht, daß eine allfällige Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS beim Gleichheitssatz sich in Wahrheit *durch nichts* von der Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS bei den Freiheitsrechten unterscheidet.

Holoubek führt aber weiter aus, bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung (ieS) im Rahmen der Freiheitsrechte habe „*der Einzelfall* insofern im *Vordergrund* zu stehen (. . .), als die *Beeinträchtigung* der Freiheitssphäre des Normunterworfenen *für sich betrachtet* mit dem gesetzgeberischen Ziel (. . .) ausgeglichen werden muß“¹⁰³). Bei der Gleichheitsprüfung sei demgegenüber „eine ‚*horizontale*‘ *Abwägung* vorzunehmen, die das Ausmaß der nachteiligen Wirkungen, die einer bestimmten Gruppe aufgrund einer ungleichen Behandlung erwachsen, dem – sachlichen – Interesse, das hinter der Differenzierung steht, gegenüberstellt“¹⁰⁴). Der Unterschied liege somit in der *Ermittlung der die Abwägungsmaßstäbe bildenden Größen*.

Das zu verstehen, ist nicht ganz einfach; die Wendung der „horizontalen Abwägung“ erinnert aber an die „horizontalen Verhältnisse“, von denen bei *Lerche*¹⁰⁵) die Rede war. *Lerche* hat damit die Unterschiede und Gemeinsamkeiten des einen „Tatbestandes“¹⁰⁶) im Verhältnis zu dem anderen gemeint. Möglicherweise sollte bei *Holoubek* noch einmal betont sein, daß ein solcher Sachverhaltsvergleich im Rahmen der Gleichheitsprüfung nötig sei, um die abzuwägenden Größen zu ermitteln. Damit wäre aber nur gesagt, daß dem Vergleich von Ziel und Mittel bei der Gleichheitsprüfung ein Vergleich von Sachverhalten *voranzugehen* habe. Daß ein Vergleich von Ziel und Mittel auch im Rahmen der Gleichheitsprüfung vorzunehmen ist, das bliebe aber unbestritten. *Dieser* Vergleich selbst würde sich dann von dem Ziel-Mittel-Vergleich bei den Freiheitsrechten durch nichts mehr unterscheiden. Man könnte höchstens konstatieren, daß dieser der Sache nach gleichen Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS hier und dort unterschiedliche Prüfungsschritte voranzugehen hätten.

Letztlich scheint aber auch *Holoubek* selbst der Auffassung zu sein, daß die Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS beim Gleichheitssatz sich von jener bei den Freiheitsrechten nicht unterscheidet; an etwas abgelegener Stelle bemerkt er nämlich, es sei „*durchaus kein Widerspruch*, daß sich das Gebot des Abwägens und damit die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtsprechung des VfGH gleichsam aus dem Gleichheitsgrundsatz heraus entwickelt hat“¹⁰⁷). Das kann dann aber nicht allein am „technischen Vorgang des Abwägens“ liegen, der, wie auch *Holoubek* feststellt¹⁰⁸), in beiden Fällen der gleiche ist; es muß auch an der Natur

der abzuwägenden Größen liegen, die sich voneinander nicht unterscheiden. In beiden Fällen handelt es sich um öffentliche Interessen¹⁰⁹) auf der einen und Interessen des einzelnen, nicht beeinträchtigt zu werden, auf der anderen Seite.

Daß die Beeinträchtigung im Fall der Gleichheitsprüfung durch eine (Un-)Gleichbehandlung geschieht, das kann kein grundsätzlicher Unterschied zu den Freiheitsrechten sein; auch bei ihnen findet die Beeinträchtigung schließlich durch Eingriffe in jeweils verschiedene Grundrechte statt. Sähe man darin schon einen Unterschied, so müßte man sich konsequenterweise überhaupt auf den Standpunkt stellen, *jede* einzelne Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS sei von der anderen verschieden, weil es ja bei jeder Abwägung um andere Interessen geht. Nur ist es eben kein „wesentlicher“ Unterschied, welche Interessen im einzelnen gegeneinander abgewogen werden, solange nur auf der einen Seite ein öffentliches Interesse¹¹⁰) an der Erreichung des Regelungsziels steht und auf der anderen Seite ein grundrechtlich geschütztes Interesse, durch das zur Zielerreichung eingesetzte Mittel nicht beeinträchtigt zu werden. Das ist aber sowohl bei der Gleichheit als auch bei den Freiheitsrechten der Fall.

7. *Huster*: „Interne“ Zwecke – „externe“ Zwecke

Weder die Position *G. Müllers* noch die *Holoubeks* muß aber in sich widersprüchlich sein. Es wäre ebensogut möglich, daß sie nur der Spiegel einer ambivalenten Beziehung ist, die in Wahrheit zwischen Gleichheit und Verhältnismäßigkeit ieS besteht. Dann wäre die These, daß *jede* Gleichheitsprüfung eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS beinhalte, ebenso falsch wie die gegenteilige Annahme, daß nämlich in einer Gleichheitsprüfung *generell* kein Raum für die Verhältnismäßigkeit ieS sei. Innerhalb des Gleichheitssatzes müßte es diesfalls zwei Bereiche geben: Nur in einem davon würde die Verhältnismäßigkeit ieS eine Rolle spielen, während sie im anderen Bereich ohne Bedeutung wäre.

Daß *Huster* solcherart zwei Fallgruppen des Gleichheitssatzes unterscheidet, ist schon früher festgestellt worden¹¹¹): Einmal geht es dabei um Ungleichbehandlungen, die dem „internen“ Zweck dienen, einem Gerechtigkeitsmaßstab zu entsprechen, dann gibt es für *Huster* Ungleichbehandlungen, die „externe“ gesellschaftliche Zwecke verfolgen. Nicht nur die Frage der Erforderlichkeit, auch jene der Verhältnismäßigkeit ieS läßt sich nach *Huster* für die erste Fallgruppe nicht sinnvoll stellen. Daß dieser Befund jedenfalls für die Erforderlichkeitsprüfung nicht zutreffen dürfte, wurde oben¹¹²) bereits zu zeigen versucht.

Damit ist aber noch nichts über die Möglichkeit ausgesagt, (Un-)Gleichbehandlungen auf ihre Ver-

¹⁰³) AaO 79 (Hervorhebungen nicht im Original).

¹⁰⁴) AaO 79 (Hervorhebung nicht im Original).

¹⁰⁵) Übermaß und Verfassungsrecht 30.

¹⁰⁶) Vgl FN 63.

¹⁰⁷) ÖZW 1991, 79 FN 84 (Hervorhebung nicht im Original).

¹⁰⁸) ÖZW 1991, 79.

¹⁰⁹) Bzw andere grundrechtlich geschützte Interessen.

¹¹⁰) Vgl FN 109.

¹¹¹) B.II.5.

¹¹²) B.II.5.

hältnismäßigkeit ieS zu befragen, wenn der Gesetzgeber mit ihnen interne Zwecke verfolgt. *Huster* meint, eine solche Prüfung lasse sich jedenfalls dann nicht vornehmen, wenn man darunter eine *Abwägung zwischen kollidierenden Rechtsgütern* versteht¹¹³). Wo ein interner Zweck verfolgt werde, sei ein Interesse, das dem Regelungszweck entgegenstehen würde, gar nicht vorhanden¹¹⁴). Im Beispiel der ungleichen Besteuerung¹¹⁵) meint *Huster* dazu konkretisierend, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS komme hier nicht in Frage, weil das Verhältnis von Leistungsfähigkeit und Steuerhöhe kein Verhältnis kollidierender Rechtsgüter sei¹¹⁶).

Letzteres ist sicher richtig; Leistungsfähigkeit und Steuerhöhe sollen einander zweifellos „entsprechen“, sie lassen sich nicht im Rahmen einer Abwägung gegeneinander ausspielen. Daraus kann mE aber nicht der Schluß gezogen werden, daß ein kollidierendes Rechtsgut hier überhaupt nicht vorhanden wäre. Nicht das Mittel an sich (die Festsetzung einer Steuer in bestimmter Höhe) gerät ja mit dem Regelungsziel in Konflikt, sondern die grundrechtliche Einbuße, die dieses Mittel für den Normadressaten bedeutet. Die ungleiche Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit bedeutet für den Steuerpflichtigen nun aber zweifelsohne eine spürbare Einbuße: Schließlich wird er anders, nämlich schlechter behandelt als irgendein anderer Steuerpflichtiger. Und sein Interesse, gleich behandelt zu werden wie dieser günstiger Besteuerte, steht der Regelung wohl auch entgegen. Wenn man, wie *G. Müller* und *Holoubek*, das „Interesse an der (Un-)Gleichbehandlung“ grundsätzlich in eine Abwägung mit dem Regelungsziel treten lassen will, dann muß man dies wohl auch dort wollen, wo der Gesetzgeber einen internen Zweck verfolgt¹¹⁷).

8. Verbleibende Unterschiede

Eines haben alle bisher genannten Autoren übereinstimmend festgestellt: Die Gleichheitsprüfung besteht in einem Sachverhaltsvergleich¹¹⁸), und die Verhältnismäßigkeit ieS ist durch einen Vergleich von Ziel und Mittel, dh durch eine Gü-

terabwägung zu ermitteln. Darin kann, muß aber kein Unterschied liegen, der für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung ist.

Wesentlich wäre der Unterschied jedenfalls dann, wenn sich die Gleichheitsprüfung in einem Vergleich von Sachverhalten erschöpfen würde¹¹⁹). Eine Güterabwägung, wie sie die Verhältnismäßigkeit ieS vorsieht, wäre aus dem Gleichheitssatz diesfalls nicht begründbar.

Verlangt die Gleichheitsprüfung aber über einen Sachverhaltsvergleich hinaus auch einen Vergleich von Ziel und Mittel¹²⁰), so ist sie zwar möglicherweise *weiter* als der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS, von diesem aber nicht grundsätzlich verschieden. Im besonderen wäre es dann möglich, die Verhältnismäßigkeit ieS aus dem Gleichheitsgrundsatz abzuleiten.

Ob es so ist oder anders, muß freilich offen bleiben, solange nicht die Gleichheitsprüfung einer näheren Betrachtung unterzogen worden ist.

C. Über Gleichheit

I. Die Struktur des Gleichheitssatzes

Der Inhalt des Gleichheitssatzes wird für gewöhnlich durch eine Erlaubnis und durch ein Gebot umschrieben. Zum einen *gebiete* der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich¹²¹) und wesentlich Ungleiches ungleich¹²²) zu behandeln¹²³). Zum anderen *erlaube* er ihm eine

¹¹⁹) Dieser Auffassung scheinen *Lerche*, *Dechsling* und *Thienel* zu sein.

¹²⁰) Wie dies *G. Müller* und *Holoubek*, eigentlich aber auch *Hirschberg*, annehmen.

¹²¹) ZB VfSlg 2956/1956; 3754/1960; 5727/1968; 7786/1976; 7947/1976; 8600/1979; 11.641/1988; 13.084/1992.

¹²²) ZB VfSlg 2956/1956; 3334/1958; 3769/1960; 5397/1966; 7996/1977; 8435/1978; 8806/1980; 12.641/1991; 12.923/1991; 13.558/1993; 13.965/1994.

¹²³) Daß das Gleichheitsgebot nicht nur gleiche, sondern auch ungleiche Behandlung fordert, hat schon *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960) 392 f festgestellt. *Neisser/Schantl/Welan*, *Betrachtungen zur Judikatur des Verfassungsgerichtshofes* (VfSlg. 1967), ÖJZ 1969, 318 ff, 645 ff (647) nehmen allerdings, gestützt auf VfSlg 3769/1960, an, der Gleichheitssatz gebiete eine *Ungleichbehandlung* nur, „wenn ein zwingender Anlaß hierzu besteht“. *Gassner*, *Gleichheitssatz und Steuerrecht*, Heft 64 der Publikationen des Instituts für Finanzwissenschaft und Steuerrecht (1970) 1 ff (2 f); *Kneucker/Welan*, *Zur Entwicklung des Gleichheitsgrundsatzes in Österreich*, ÖZP 1975, 5 ff (14 f); *Walter*, ZVR 1979, 36; *Öhlinger*, *Die Grundrechte in Österreich*, EuGRZ 1982, 216 ff (226); *derselbe*, *Verfassungsrecht* 304 ff; *Korinek*, *Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes*, in: FS Melichar (1983) 39 ff (44 ff); *Rack/Wimmer*, *Das Gleichheitsrecht in Österreich*, EuGRZ 1983, 597 ff (603); *Mayer*, B-VG (1994) Art 2 StGG III.1 und *Walter/Mayer*, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*⁵ (1996) Rz 1347 ff nennen freilich das Gebot der Gleichbehandlung und jenes der Ungleichbehandlung, ohne eine solche Einschränkung vorzunehmen. ME wäre auch schwer zu begründen, warum das Gebot der Ungleichbehandlung auf „zwingende Fälle“ beschränkt sein sollte. Das wird besonders deut-

¹¹³) *Huster*, *Rechte und Ziele* 171.

¹¹⁴) *Huster*, JZ 1994, 544. Mit dieser Annahme dürfte auch zusammenhängen, daß *Huster* eine Erforderlichkeitsprüfung dort nicht für sinnvoll hält, wo eine Regelung internen Zwecken dient. Wenn es kein Rechtsgut gibt, das hier beschnitten würde, so könnte es natürlich auch ein Gebot nicht geben, das vorschreibt, dieses „Nichts“ nicht weiter zu beschneiden als erforderlich. Zur Berechtigung dieser Prämisse vgl sogleich.

¹¹⁵) Vgl oben B.II.5. bei FN 45.

¹¹⁶) JZ 1994, 543; *derselbe*, *Rechte und Ziele* 171.

¹¹⁷) Schließlich ist selbst das Prinzip der Leistungsfähigkeit, das sich durchaus breiter Zustimmung erfreut, in der Literatur keineswegs unbestritten; vgl mit weiteren Nachweisen etwa *Ruppe* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG Anm 540 f.

¹¹⁸) Daß es keinen Unterschied machen kann, ob Sachverhalte oder Personen miteinander verglichen werden, wurde bereits oben B.II.3. dargetan.

Ungleichbehandlung, wenn im Tatsächlichen wesentliche Unterschiede bestehen¹²⁴).

Daß der Gesetzgeber zwei Sachverhalte ungleich behandeln *darf*, heißt nicht, daß er sie auch ungleich behandeln *muß*. Es gibt also offenbar einen Bereich, in dem der Gesetzgeber frei ist, zwei Sachverhalte verschieden zu behandeln oder gleich. Ob er das eine tut oder das andere, liegt in seinem „rechtspolitischen Gestaltungsspielraum“¹²⁵). Außerhalb dieses Spielraumes ist der Gesetzgeber durch den Gleichheitssatz aber entweder verpflichtet, eine Gleichbehandlung vorzunehmen, oder es ist ihm geboten, rechtlich zu differenzieren – je nachdem, wie es um die Unterschiede oder Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen steht: Liegt im Tatsächlichen wesentlich Gleiches vor, dann ist dem Gesetzgeber eine *Gleichbehandlung geboten*, jedenfalls aber *erlaubt*. Bestehen im Tatsächlichen wesentliche Unterschiede, so *darf* er auch eine *Ungleichbehandlung* vornehmen. Diese Unterschiede können aber so wesentlich sein, daß dem Gesetzgeber eine *Ungleichbehandlung* nicht nur erlaubt, sondern sogar *geboten*, eine Gleichbehandlung mithin verboten ist¹²⁶).

Gleichbehandlung und Ungleichbehandlung werden durch den Gleichheitssatz zugleich garantiert¹²⁷) und restringiert¹²⁸)¹²⁹). Anders als Freiheit und Eingriff stehen sie zueinander nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme¹³⁰), vielmehr tre-

lich, wenn man wie *Gassner*, aaO 3 und 5 oder *Robbers*, DÖV 1988, 754 sieht, daß auch eine (formale) Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem *der Sache nach* eine Ungleichbehandlung ist. Vgl zum Gleichheitssatz auch *Rosenkranz*, Betrachtungen zu ausgewählten Bereichen des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes und zur Rechtsprechung zur Gleichheit von Mann und Frau (Diss 1996).

¹²⁴) ZB VfSlg 4392/1963; 9144/1981; 9455/1982; 10.322/1985; 12.567/1990; 13.568/1993; 13.785/1994.

¹²⁵) Vgl zum rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers allgemein etwa *Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: FS Walter (1991) 363 ff (372 ff).

¹²⁶) In diesem Sinne stellen *Kneucker/Welan*, ÖZP 1975, 15 fest, der Gleichheitssatz beinhalte „Differenzierungsverbote, Differenzierungsermächtigungen und Differenzierungsgebote“.

¹²⁷) Gleiches *muß gleich*, Ungleiches *muß ungleich behandelt* werden.

¹²⁸) Gleiches *darf nicht ungleich*, Ungleiches *darf nicht gleich* behandelt werden.

¹²⁹) *Walter*, ZVR 1979, 36 FN 29 bezeichnet den Gleichheitssatz aus diesem Grund als „durchaus ambivalent“.

¹³⁰) Sodaß die Freiheit das Grundsätzliche, das Primäre ist und ihre Einschränkung nur der begründungsbedürftige Sonderfall. Dieses Verhältnis kommt besonders deutlich im grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt zum Ausdruck (vgl zu diesem *Korinek*, Gedanken zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, in: FS Merkl [1970] 171 ff), der dem Gleichheitssatz bekanntlich fehlt. Davon abgesehen wäre es aber nicht abwegig, den Gleichheitssatz wie die Freiheitsrechte in das Schema von Grundrecht und Eingriff bzw Grundrechtstatbestand – Grundrechtsschranke – Schranken-Schranke zu fassen; schließlich ist jede Ungleichbehandlung gewissermaßen ein „Eingriff“ in das Gebot der Gleichbehandlung,

ten sie als *gleichwertige* Pole gegeneinander an. So entsteht ein Spannungsverhältnis beim Gleichheitssatz nicht erst dann, wenn das grundrechtlich geschützte Interesse mit einem Interesse konfrontiert wird, das außerhalb dieses Grundrechts liegt¹³¹); indem der Gleichheitssatz die Wahrung zweier gegenläufiger „Interessen“¹³²) zugleich garantiert, trägt er ein Spannungsverhältnis sozusagen schon im Keim in sich.

Diese „Janusköpfigkeit“ des Gleichheitssatzes ist nicht nur für die Gleichheitsprüfung von Bedeutung, sie spielt mE auch für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Rolle, die nicht unterschätzt werden darf.

II. Die Gleichheitsprüfung

1. Der erste Schritt: Auswahl des Vergleichsobjekts

Gelegentlich wird vorgeschlagen, die Gleichheitsprüfung mit der Frage zu eröffnen, „ob überhaupt ein Anwendungsfall des Gleichheitsgrundsatzes“¹³³) vorliege oder „ob es überhaupt Vergleichsfälle gibt, mit denen der zu entscheidende Fall verglichen werden kann“¹³⁴). Wollte man es ganz genau nehmen, so stellte sich diese Frage nicht¹³⁵); denn es liegt in der Natur der Norm, zumindest *eine* Ungleich- und *eine* Gleichbehandlung zu schaffen: Die Sachverhalte, auf die eine Norm Anwendung findet, werden schließlich anders behandelt als alle anderen Sachverhalte. Und umgekehrt werden die Sachverhalte, die dieser Norm unterfallen, alle gleich behandelt. Weil jede Gleich- und jede Ungleichbehandlung den Anforderungen des Gleichheitsgebots genügen muß, ist jede Norm ein Anwendungsfall des Gleichheitssatzes, und es gibt immer Fälle, mit denen sie verglichen werden kann.

Der erste Schritt der Gleichheitsprüfung muß daher nicht der Frage gelten, ob es überhaupt vergleichbare Normen gibt; vielmehr gilt es festzustellen, welche Norm(en) zum Vergleich heranzu-

und umgekehrt schränkt jede Gleichbehandlung das Gebot differenzierender, dh ungleicher Behandlung ein. *Kloepfer*, Gleichheit (FN 7) 54 ff hat sich sogar explizit für die Notwendigkeit einer Konstruktion von Gleichheitsschranken ausgesprochen.

¹³¹) Etwa ein öffentliches oder ein anderes Freiheitsinteresse.

¹³²) Das „Interesse“ an der Gleichbehandlung *und* das „Interesse“ an der Ungleichbehandlung.

¹³³) *Holoubek*, ÖZW 1991, 76; *Lang*, FJ 1996, 126; s auch *Stoll*, Das Sachgesetzlichkeitsprinzip als Ausformung des Gleichheitsgrundsatzes, ÖStZ 1989, 188 ff (191).

¹³⁴) *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit 130.

¹³⁵) Die „Prüfungsökonomie“ spricht natürlich dafür, es nicht so genau zu nehmen: Wenn der Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes von vornherein beschränkt ist, kommt nämlich nicht grundsätzlich jeder, sondern nur der „heikle“ Fall für eine Gleichheitsprüfung in Frage. Das birgt allerdings auch die Gefahr in sich, daß heiklen Fällen mit dem bloßen Hinweis auf die mangelnde „Tatbestandlichkeit“ eine Gleichheitsprüfung vom Leib gehalten wird.

ziehen ist (sind)¹³⁶). In Betracht kommt dafür *theoretisch* jede Norm, die andere Sachverhalte anders behandelt als die Bestimmung, die gerade in Prüfung steht. Jede solche Ungleichbehandlung muß durch „wesentliche“ Unterschiede im Tatsächlichen zu rechtfertigen sein. Je augenfälliger diese Unterschiede sind, desto leichter wird sich in aller Regel ein „vernünftiger Grund“ für die Ungleichbehandlung finden lassen. Die Ungleichbehandlung kann und wird auch vielfach selbstverständlich, ja geradezu geboten sein. Solche Fälle kommen für einen Vergleich nur deshalb nicht in Betracht, weil die Gleichheitskonformität hier *nicht fraglich* ist. Auch für sie muß aber die Ungleichbehandlung immer sachlich zu begründen sein.

Je „näher“ ein Sachverhalt dem zu prüfenden Fall steht, dh je ähnlicher er ihm ist, desto eher werden für gewöhnlich Zweifel auftreten, ob eine Ungleichbehandlung sich sachlich rechtfertigen läßt. Überwiegen die Gemeinsamkeiten zwischen zwei Sachverhalten schließlich so sehr, daß die verbleibenden Unterschiede die rechtliche Ungleichbehandlung nicht ohne weiteres zu rechtfertigen scheinen, so ist durch eine eingehendere Prüfung Klarheit zu schaffen. Die Vergleichsnorm ist daher immer dort zu finden, wo nach einer Begründung für die Ungleichbehandlung erst gesucht werden muß. Wenn diesbezügliche Zweifel bei mehr als einer Norm entstehen, dann sind eben mehrere Normen zum Vergleich heranzuziehen. Würde eine Norm, hinsichtlich deren ein Begründungsbedarf besteht, nämlich nicht als Vergleichsobjekt in die Prüfung einbezogen, so würde man sie und die zu prüfende Norm in Wahrheit von den Anforderungen des Gleichheitsgebots entbinden. Eine solche Befugnis kann keinem Rechtsanwender zustehen. Daß eine Norm nicht als Vergleichsobjekt ausgewählt wird, kann daher nicht bedeuten, daß die Ungleichbehandlung im Verhältnis zu ihr nicht sachlich gerechtfertigt sein müßte; es darf nur heißen, daß die sachliche Rechtfertigung nicht zweifelhaft ist.

Analoges gilt für jede Gleichbehandlung: Je stärker sich zwei Sachverhalte voneinander unterscheiden, desto „begründungsbedürftiger“ wird es in aller Regel sein, sie gleich zu behandeln. Sind die Unterschiede im Tatsächlichen so gravierend, daß eine Gleichbehandlung nicht mehr selbstverständlich zu sein scheint, so sind – gedanklich – aus der einen Regelung zwei Normen geworden, die miteinander zu vergleichen sind¹³⁷).

Immer wieder ist in der Literatur hervorgehoben worden, daß bereits die Auswahl des Vergleichsobjekts eine *Wertung* erfordern würde¹³⁸). *Korinek*¹³⁹) hat das an einem Beispiel verdeutlicht: Für Beamte wurde eingeführt, was für Sozialversicherungspensionisten schon immer galt: daß nämlich ein Teil der Beamtenversorgung ruhen soll, wenn ein pensionierter Beamter gegen Entgelt tätig ist. Als mögliche Vergleichspaare für eine Gleichheitsprüfung nennt *Korinek* Beamte und Sozialversicherungspensionisten, pensionierte Beamte und aktive Beamte, aber auch pensionierte Beamte, die unter einem Regime aktiv waren, in dem es solche Ruhensbestimmungen nicht gegeben hat, und Beamte, die in einem Regime tätig sind, in dem es solche Ruhensbestimmungen schon gibt. Welches der drei Vergleichspaare man letztlich für die Gleichheitsprüfung auswählt, ist, wie *Korinek* feststellt, eine Frage der Wertung. ME sollte aber noch vorher gefragt werden, ob es hier überhaupt zulässig ist, nur *ein* Vergleichs paar in die Gleichheitsprüfung einzubeziehen. Bestehen nämlich auch bei den beiden anderen Vergleichspaaren Zweifel an der sachlichen Rechtfertigung der Gleichbehandlung, so ist eine Gleichheitsprüfung doch auch für sie unumgänglich. Nur wenn diese Gleichbehandlung ohne weiteres sachlich zu rechtfertigen ist, kann die Gleichheitsprüfung auf das „kritische“ dritte Vergleichs paar beschränkt werden¹⁴⁰).

2. **Der zweite Schritt: Feststellung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen**

Eine Ungleichbehandlung ist vor dem Gleichheitssatz nur dann erlaubt, wenn im Tatsächlichen wesentliche Unterschiede bestehen; wesentlich Gleiches muß der Gesetzgeber aber gleich behandeln.

Daß im Tatsächlichen wesentliche Unterschiede bestehen, macht die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen noch nicht automatisch unwesentlich. Zwei Sachverhalte können sich daher in maßgeblichen Eigenschaften voneinander unterscheiden und sich zugleich in bedeutsamen Merkmalen gleichen – es kommt ganz darauf an, was man jeweils für „maßgeblich“, für „wesentlich“ und für „bedeutsam“ hält¹⁴¹). Das anerkennt auch der Gleichheits-

2. Der zweite Schritt: Feststellung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen

Eine Ungleichbehandlung ist vor dem Gleichheitssatz nur dann erlaubt, wenn im Tatsächlichen wesentliche Unterschiede bestehen; wesentlich Gleiches muß der Gesetzgeber aber gleich behandeln.

Daß im Tatsächlichen wesentliche Unterschiede bestehen, macht die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen noch nicht automatisch unwesentlich. Zwei Sachverhalte können sich daher in maßgeblichen Eigenschaften voneinander unterscheiden und sich zugleich in bedeutsamen Merkmalen gleichen – es kommt ganz darauf an, was man jeweils für „maßgeblich“, für „wesentlich“ und für „bedeutsam“ hält¹⁴¹). Das anerkennt auch der Gleichheits-

¹³⁸) Etwa bei *Korinek*, FS Melichar 46; *derselbe*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 47 (1989) 71 f; *Korinek/Holoubek* in *Gassner/Lechner* (Hrsg), Steuerbilanzreform 83; *Öhlinger*, Verfassungsrecht 305.

¹³⁹) VVDStRL 47 (1989) 71 f.

¹⁴⁰) Vgl auch *Neisser/Schantl/Welan*, ÖJZ 1969, 648, die feststellen, daß „(d)ie Suche nach den richtigen Vergleichsobjekten (. . .) von irrationalen Einflüssen noch am leichtesten freigehalten werden (kann)“.

¹⁴¹) Dazu ein Beispiel aus dem Studienförderungsrecht, das dem Erk VfSlg 12.639/1991 zugrundelag: Nach § 1 iVm § 2 Abs 3 lit b des StudienförderungsG 1983 hatten Studenten, wenn alle weiteren Voraussetzungen dafür vorlagen, Anspruch auf Studienbeihilfe, wenn die zur Ablegung der Diplomprüfung vorgesehene Studienzeit nicht ohne wichtigen Grund um mehr als ein Semester überschritten wurde. In diese höchstzulässige Studienzeit waren nach § 13 Abs 4 des HochschulerschaffungsG 1973 „Zeiten als Studentenvertreter (. . .) bis zum Höchstmaß von vier Semestern“ nicht einzurechnen. Ein

¹³⁶) Auch für *Neisser/Schantl/Welan*, ÖJZ 1969, 648 muß sich die Gleichheitsprüfung im ersten Schritt der Suche nach den *richtigen* Vergleichsobjekten widmen; vgl ebenso *Walzer*, ZVR 1979, 38; *Korinek*, FS Melichar 45; s auch *Korinek/Holoubek* in *Gassner/Lechner* (Hrsg), Steuerbilanzreform 84 f und *Öhlinger*, Verfassungsrecht 305, die festhalten, daß die Vergleichsnorm auch in einer „Nicht-Regelung“ bestehen kann.

¹³⁷) Vgl *Gassner*, Gleichheitssatz (FN 123) 3.

satz, wenn er für eine Ungleichbehandlung zwar wesentliche Unterschiede und für eine Gleichbehandlung wesentliche Gemeinsamkeiten fordert, es dem Gesetzgeber aber zugleich in einem bestimmten Umfang freistellt, eine Gleichbehandlung oder eine Ungleichbehandlung vorzunehmen¹⁴²⁾.

Vor diesem Hintergrund ist es auch durchaus denkbar, daß sich eine Ungleichbehandlung auf wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen stützen kann, daß aber die Gemeinsamkeiten, die im Tatsächlichen bestehen, „noch wesentlicher“ sind, eine Gleichbehandlung mithin geboten und eine Ungleichbehandlung verboten ist. Wenn eine

Student, der vier Semester als Studentenvertreter tätig war, konnte somit vier Semester länger durch Studienbeihilfe unterstützt studieren als ein Student, der keine solche Tätigkeit ausgeübt hatte. Mit BGBl 1986/390 wurde § 13 Abs 4 HochschülerschaftsG dahingehend geändert, daß die Zeiten als Studentenvertreter nur mehr „unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme“ bis zum Höchstausmaß von vier Semestern zu berücksichtigen sind. Ein Studentenvertreter, der vier Semester lang in einer Funktion tätig war, die ihn bloß für 20 Stunden pro Woche in Anspruch nahm, konnte Studienbeihilfe daher nicht mehr wie bisher vier, sondern nur mehr zwei Semester länger in Anspruch nehmen als ein Nicht-Studentenvertreter. Mangels einer anders lautenden Übergangsbestimmung erfaßte die Neuregelung auch Zeiten als Studentenvertreter, die vor dem Inkrafttreten der Neuregelung lagen. Enttäuscht wurde also etwa ein im Ausmaß von 20 Wochenstunden beschäftigter Studentenvertreter (A), der gerade vor der Änderung der Rechtslage sein drittes Semester gemächlich im Vertrauen darauf zugebracht hatte, daß er auch noch für das vierte Semester Studienbeihilfe beziehen würde. Der VfGH hatte nun zu beurteilen, ob es vor dem Gleichheitssatz zu rechtfertigen war, diesem Studentenvertreter die Studienbeihilfe vorzuenthalten. Was diesen Studentenvertreter von einem Studentenvertreter (B), der die neue Rechtslage schon kennt, wesentlich *unterscheidet*, ist, daß er sein drittes Semester so verbracht und gestaltet hat, als bekäme er im vierten Semester noch Studienbeihilfe. In dieser Hinsicht *gleich* er einem Studentenvertreter (C), der vier Semester lang im Ausmaß von 40 Wochenstunden beschäftigt war, der aber im Unterschied zu ihm auch tatsächlich für alle vier Semester Studienbeihilfe bekommt. Er *unterscheidet* sich von diesem aber wiederum wesentlich dadurch, daß er ja tatsächlich nur im Ausmaß von 20 Wochenstunden beschäftigt war, somit 20 Wochenstunden pro Semester mehr als der andere für sein Studium zur Verfügung hatte. In dieser Hinsicht *gleich* er andererseits jenem Studentenvertreter (B), der in Kenntnis der neuen Rechtslage im Ausmaß von 20 Wochenstunden beschäftigt ist. Hinsichtlich seiner *Belastung* unterscheidet sich A also wesentlich von C, *gleich* diesem aber im *Glauben* an ein viertes finanziertes Semester und disponiert auch dementsprechend. Was dieses Vertrauen betrifft, unterscheidet A sich wesentlich von B, mit dem ihn andererseits die tatsächliche Belastung verbindet. Das Bestehen wesentlicher Gemeinsamkeiten schließt wesentliche Unterschiede nicht aus. Unterschiede bzw. Gemeinsamkeiten „im Tatsächlichen“ können im übrigen auch durch rechtliche Regelungen begründet werden, darauf hat schon *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht 29 f hingewiesen.

¹⁴²⁾ Vgl oben C.I.

Ungleichbehandlung daher auf ihre Gleichheitskonformität hin untersucht werden soll, genügt es genaugenommen nicht zu fragen, ob im Tatsächlichen wesentliche Unterschiede bestehen. Zugleich muß geprüft werden, ob nicht die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen womöglich so wesentlich sind, daß eine Gleichbehandlung geboten gewesen wäre. Nichts anderes gilt natürlich für jede *Gleichbehandlung*: Sie ist erlaubt, wenn im Tatsächlichen wesentliche Gemeinsamkeiten bestehen, aber verboten, wenn die Unterschiede im Tatsächlichen so wesentlich sind, daß eine rechtliche Differenzierung geboten gewesen wäre. Auch hier kann es daher nicht genügen, das Augenmerk nur auf die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen zu richten; vielmehr sind Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen gleichermaßen zu erheben. Egal, ob man also eine Gleichbehandlung oder eine Ungleichbehandlung prüft: Die „Janusköpfigkeit“ des Gleichheitssatzes macht es hier wie dort erforderlich festzustellen, was die Sachverhalte im Tatsächlichen verbindet *und* was sie trennt.

Abschließend läßt sich freilich auf dieser Stufe der Gleichheitsprüfung noch nicht beurteilen, ob eine bestimmte Ungleichbehandlung durch die Unterschiede im Tatsächlichen sachlich gerechtfertigt ist; genauso wenig läßt sich jetzt schon sagen, ob die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen für eine ganz bestimmte Gleichbehandlung wesentlich genug sind. Beides setzt schließlich Kenntnisse über die konkrete (Un-)Gleichbehandlung voraus.

3. Der dritte Schritt: Feststellung der Unterschiede bzw der Gemeinsamkeiten im Rechtlichen

Genauso wichtig wie die Ermittlung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen ist daher die Feststellung der Unterschiede (bei einer Ungleichbehandlung) und der Gemeinsamkeiten (bei einer Gleichbehandlung), die im *Rechtlichen* bestehen. Nur selten¹⁴³⁾ wird dieser Frage aber ein eigener Prüfungsschritt zugestanden, idR wird die Differenz im Rechtlichen zwar implizit im letzten Schritt mitgeprüft¹⁴⁴⁾, sie zu explizieren, macht das Prüfungsergebnis aber sicher nachvollziehbarer.

Je stärker die Rechtsfolgen sich voneinander unterscheiden, desto gravierender ist eine *Ungleichbehandlung* idR; diese Differenz gibt sozusagen Auskunft über die Intensität des „Grundrechtseingriffs“, und sie beeinflusst das „Interesse des einzelnen an der Gleichbehandlung“¹⁴⁵⁾. Wird etwa

¹⁴³⁾ Etwa bei *Gassner*, Gleichheitssatz (FN 123) 5; *Korinek*, FS Melichar 45.

¹⁴⁴⁾ Etwa bei *Neisser/Schantl/Welan*, ÖJZ 1969, 648, die im letzten Schritt der Gleichheitsprüfung ua fragen, wie stark die Rechtsfolgen voneinander differieren dürfen; in diesem Sinne auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht 305 f. *Walter*, ZVR 1979, 38 stellt immerhin fest, daß eine Unsachlichkeit nur bei einer unterschiedlichen Behandlung „von einigem Gewicht“ vorliegen könne.

¹⁴⁵⁾ Vgl oben C.I.

einer Personengruppe ein bestimmtes Verhalten verboten, das allen anderen erlaubt ist, so ist zu prüfen, ob es sich dabei um ein absolutes Verbot handelt oder ob Ausnahmen davon bestehen, wenn ja, ob diese Ausnahmen von Faktoren abhängen, die der Normadressat beeinflussen kann, oder ob deren Vorliegen von ihm unabhängig ist¹⁴⁶). Die Ungleichbehandlung ist naturgemäß gravierender, wenn das Verbot ein absolutes ist; dementsprechend intensiv wird diesfalls auch das Interesse an der Gleichbehandlung sein.

So leicht man eine Ungleichbehandlung als mehr oder weniger einschneidend empfinden kann, so schwer fällt es umgekehrt, sich eine Gleichbehandlung als „mehr oder minder gravierend“ vorzustellen. Schließlich wird bei einer Gleichbehandlung ja an eine Reihe von Sachverhalten gerade ein und dieselbe Rechtsfolge geknüpft. Alle diese Sachverhalte werden völlig gleich behandelt, und man möchte meinen, „ein bißchen“ oder „ganz besonders“ gleich könne es hier gar nicht geben. Auch eine Gleichbehandlung ist aber bis zu einem gewissen Grad quantifizierbar. Denn der Sache nach ist eine (formale) Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte ja nichts anderes als eine Ungleichbehandlung¹⁴⁷). Sie wird umso einschneidender sein, je unterschiedlicher die Wirkungen sind, die sie für die Normadressaten jeweils entfaltet. Wenn zwei Personen völlig gleich behandelt werden, dann kann das die eine ein bißchen, aber auch wesentlich härter treffen als die andere. An den Folgen einer Gleichbehandlung wird daher ihre Intensität und damit auch das „Interesse des einzelnen an einer Ungleichbehandlung“¹⁴⁸) zu messen sein.

4. Der vierte Schritt: Konfrontation der Unterschiede im Rechtlichen mit den Unterschieden im Tatsächlichen

In diesem letzten Prüfungsschritt liegt der eigentliche Kern der Gleichheitsprüfung. Unterschiede bzw. Gemeinsamkeiten im Rechtlichen sind den Unterschieden und Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen gegenüberzustellen, und es gilt zu untersuchen, ob sie einander „entsprechen“, ob die Gegebenheiten im Tatsächlichen die rechtliche Regelung zu tragen vermögen¹⁴⁹). Das ist bei einer Ungleichbehandlung dann der Fall, wenn die Unterschiede im Tatsächlichen wesentlich genug sind, um die konkret vorgenommene Differenzierung zu rechtfertigen; außerdem dürfen die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen nicht so wesentlich sein, daß eine Gleichbehandlung geboten gewesen wäre. Für Gleichbehandlungen gilt dasselbe

mit vertauschten Vorzeichen: Die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen müssen so wesentlich sein, daß eine Gleichbehandlung, wie sie der Gesetzgeber vorgenommen hat, zu rechtfertigen ist; ferner dürfen die Unterschiede im Tatsächlichen nicht so wesentlich sein, daß eine rechtliche Differenzierung angebracht gewesen wäre.

Insgesamt müssen hier also drei Teilfragen gestellt werden: einmal nämlich, ob (im Falle einer Ungleichbehandlung) die Unterschiede bzw. (im Falle einer Gleichbehandlung) die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen überhaupt „wesentlich“ sind¹⁵⁰); dann aber auch, ob sie „wesentlich genug“ sind, um die konkrete Regelung zu rechtfertigen¹⁵¹); schließlich, ob nicht (im Falle einer Ungleichbehandlung) so wesentliche Gemeinsamkeiten bzw. (im Falle einer Gleichbehandlung) so wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen bestehen, daß eine andere Regelung geboten gewesen wäre.

a) „Wesentlichkeit“ von Unterschieden und Gemeinsamkeiten

Klärungsbedürftig ist bei alledem zunächst, wann Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen überhaupt für „wesentlich“ zu halten sind. Ein und dieselbe Eigenschaft kann bekanntlich je nach dem Aspekt, unter dem man sie betrachtet, einmal als „wesentlich“ und das andere Mal als „unwesentlich“ erscheinen; denn nichts ist „wesentlich“ an sich, alles kann „wesentlich“ nur für etwas ganz Bestimmtes sein. Im Grunde fragt sich daher, welches der Gesichtspunkt ist, unter dem Unterschiede und Gemeinsamkeiten auf ihre „Wesentlichkeit“ hin zu überprüfen sind.

Sinnvollerweise wird dies das Ziel sein, das der Gesetzgeber mit seiner Regelung zu erreichen wünscht¹⁵²). Denn das Ziel ist es ja, das die Ungleich- oder Gleichbehandlung erst zu rechtfertigen vermag¹⁵³). Eine Ungleichbehandlung ist dem

¹⁵⁰) Neisser/Schantl/Welan, ÖJZ 1969, 648 nennen in diesem Zusammenhang als Prüfungsschritt die „Beurteilung, ob der in gewissem Maß immer gegebenen Unterschiedlichkeit der Vergleichsobjekte im Hinblick auf den normadäquaten Gesichtspunkt Bedeutung zukommt oder nicht“.

¹⁵¹) Vgl schon Neisser/Schantl/Welan, ÖJZ 1969, 648, die fragen, „wie groß die Bedeutung der Unterschiedlichkeit ist“ und „wie stark die Rechtsfolgen voneinander differieren dürfen“ (Hervorhebung im Original).

¹⁵²) So schon Neisser/Schantl/Welan, ÖJZ 1969, 648 und Gassner, Gleichheitssatz (FN 123) 4; vgl auch Kneucker/Welan, ÖZP 1975, 15, die bezugnehmend auf VfSlg 3822/1960 feststellen, daß „zwischen Aufgabe und Zweck der rechtlichen Maßnahme und den Differenzierungskriterien (immer) ein sachlicher Zusammenhang bestehen (muß)“. Vgl in diesem Sinn auch Gussy, Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes, JuS 1982, 30 ff (34); denselben, Gleichheitssatz, NJW 1988, 2505 ff (2507). Für Walter, ZVR 1979, 36 ist die Frage nach der „Wesentlichkeit“ eines Sachverhaltsmerkmals demgegenüber bereits eine Wertungsfrage. Daß in der Judikatur dabei jedenfalls Wertungsgesichtspunkte einfließen, hat auch Korinek, FS Melichar 46 festgehalten.

¹⁵³) Vgl schon Stelzer, Wesensgehaltsargument 193 f.

¹⁴⁶) Nach diesen Kriterien prüft der VfGH bekanntlich auch die Intensität von Eingriffen in die Erwerbsfreiheit; vgl dazu zB Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit (1994) 91 ff.

¹⁴⁷) Vgl oben FN 123.

¹⁴⁸) Vgl oben C.I.

¹⁴⁹) Vgl zB Walter, ZVR 1979, 38; Öhlinger, Verfassungsrecht 305 f.

Gesetzgeber nämlich *um ihrer selbst willen* ebenso verwehrt, wie eine Gleichbehandlung aus bloßem Selbstzweck nicht statthaft ist. Denn der Gleichheitssatz gebietet nicht etwa *grundsätzlich* (dh ohne daß es dafür einer besonderen Begründung bedürfte) die Gleichbehandlung und läßt *ausnahmsweise* (dh wenn besondere Gründe dafür vorliegen) eine Ungleichbehandlung zu, und er garantiert die Gleich- und Ungleichbehandlung auch nicht in umgekehrter Weise; der Gleichheitssatz verlangt sie alle beide – die Gleichbehandlung, wenn wesentlich gleiche Sachverhalte geregelt werden, und die Ungleichbehandlung, wo im Tatsächlichen wesentlich verschiedene Gegebenheiten bestehen¹⁵⁴). Deshalb ist eine Norm, deren *einziges* Ziel es ist, etwas (un)gleich zu behandeln, von vornherein gleichheitswidrig. Wenn nun aber weder eine Gleich- noch eine Ungleichbehandlung aus bloßem Selbstzweck vorgenommen werden darf und jede Norm sowohl das eine ist als auch das andere¹⁵⁵), so verbirgt sich im Gleichheitssatz in Wahrheit das *allgemeine Gebot, begründbare Regelungen zu schaffen*¹⁵⁶), Regelungen also, die *Mittel* zur Erreichung eines Zwecks sind, der über sie hinausgeht. Wie *Stelzer* bereits dargetan hat, muß dieser Zweck stets einem Interesse gelten, das verallgemeinerbar ist; die Beförderung bloß privater Interessen ist durch den Gleichheitsgrundsatz ausgeschlossen¹⁵⁷): Die *erste Teilforderung des Verhältnismäßigkeitsgebots*, daß ein Eingriff nämlich im öffentlichen Interesse liegen muß, ist dem Gleichheitssatz problemlos zu entnehmen.

Dieser Zweck der Regelung allein kann nun der Gesichtspunkt sein, unter dem die „Wesentlichkeit“ der Unterschiede und Gemeinsamkeiten zu beurteilen ist. Eigenschaften, die dafür ohne Belang sind, müssen jedenfalls als „unwesentlich“ eingestuft werden; „wesentlich“ sind dagegen jene Eigenschaften, die für das Regelungsziel von Bedeutung sind, die Einfluß auf seine Verwirklichung haben. Knüpft der Gesetzgeber daher bei einer Ungleichbehandlung an Eigenschaften an, die für

das Regelungsziel keine Rolle spielen, so ist seine Regelung *per se* gleichheitswidrig. Dasselbe gilt, wenn er zwei Sachverhalte gleich behandelt, obwohl sie auf die Erreichung des Normzweckes gerade unterschiedliche Auswirkungen haben¹⁵⁸).

Stellt der Gesetzgeber aber solcherart auf „unwesentliche“ Eigenschaften ab, so ergreift er in Wahrheit ein Mittel, das an einem wohlbekannten Mangel leidet – ein Mittel nämlich, das zur Zielerreichung *nicht geeignet* ist. Auch die *Tauglichkeit* als der *zweite Teilgrundsatz der Verhältnismäßigkeit* findet sich damit durchaus in den Anforderungen wieder, die der Gleichheitssatz an den Gesetzgeber stellt.

Dieses Ergebnis ist nicht überraschend, sondern im Grunde selbstverständlich. Schließlich war dem Gleichheitssatz ja zu entnehmen, daß eine Norm nicht um ihrer selbst willen bestehen darf. Sie muß ein *Mittel* sein, das seine *Legitimation* in einem Zweck findet, der weiter reicht als die Gleich- oder Ungleichbehandlung als solche. Nur logisch ist dann aber, daß eine Norm, die sich zur Beförderung dieses Zweckes nicht eignet, von ihm auch nicht legitimiert werden kann¹⁵⁹).

b) „Ausreichende“ Wesentlichkeit von Unterschieden und Gemeinsamkeiten

Steht fest, daß die Sachverhalte, die der Gesetzgeber gleich behandelt, wesentliche Eigenschaften gemeinsam haben bzw daß Sachverhalte, zwischen denen der Gesetzgeber differenziert, sich in wesentlichen Eigenschaften voneinander unterscheiden, so muß weiter gefragt werden, ob diese Eigenschaften auch „wesentlich genug“ sind, um die konkret vorgenommene Regelung zu rechtfertigen. Das Ausmaß einer Ungleichbehandlung ist also der Unterschiedlichkeit im Tatsächlichen gegen-

¹⁵⁴) Vgl schon oben FN 123.

¹⁵⁵) Vgl oben C.I.

¹⁵⁶) Vgl *Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBI 1994, 233 ff, 309 ff (316); s auch *Berka*, Der Freiheitsbegriff des „materiellen Grundrechtsverständnisses“, in: FS Schambeck (1994) 339 ff (346 f) und VfSlg 8073/1977: „Die dem Gesetzgeber grundsätzlich zustehende Gestaltungsfreiheit wird durch das Gleichheitsgebot nur insofern beschränkt, als es ihm verwehrt ist, Regelungen zu treffen, für die eine sachliche Rechtfertigung nicht besteht.“ Von Seiten der Soziologie wurde, freilich mit anderer Begründung, schon früh auf eine aus dem Gleichheitssatz abzuleitende allgemeine Begründungspflicht für Ungleichbehandlungen hingewiesen; vgl *Luhmann*, Grundrechte als Institution (1965) 174 ff; auch *Podlech*, aaO (FN 25) 191 ff sieht den Begründungszwang für Ungleichbehandlungen als eine Funktion des Gleichheitssatzes an. Hier wird demgegenüber die Auffassung vertreten, daß aus der „Janusköpfigkeit“ des Gleichheitsgebots eine Begründungspflicht sowohl für Ungleich- als auch für Gleichbehandlungen folge.

¹⁵⁷) Vgl oben B.I.

¹⁵⁸) Das läßt sich etwa am Beispiel des Verbots der postalischen Meldung (vgl oben FN 17 und 72) zeigen: Die Bundesregierung hatte zur Verteidigung der entsprechenden meldegesetzlichen Vorschriften ua ein meldepolizeiliches Argument vorgebracht; die im MeldeG getroffene Regelung verfolge den Zweck, der Behörde die Identifikation des Meldepflichtigen zu erleichtern. Zur Erreichung dieses Zwecks mochte die Ungleichbehandlung zwischen persönlicher und postalischer Meldung noch tauglich erscheinen; ungeeignet war die Ungleichbehandlung aber, soweit sie die Meldung durch Boten und die postalische Meldung betraf – beide Meldearten gleichen sich nämlich jedenfalls in einer für den Regelungszweck wesentlichen Eigenschaft: Sie sind der sofortigen Kontrolle der Nämlichkeit des Meldepflichtigen gleichermaßen unzugänglich. Zur Erreichung eines anderen Regelungsziels war diese Unterscheidung demgegenüber sehr wohl geeignet: Der Verwaltungsökonomie war die Unzulässigkeit der postalischen Meldung tatsächlich zuträglich, weil dem Meldepflichtigen bei dieser Art der Meldung der mit dem Anmeldevermerk versehene Meldezettel samt Urkunden im Postweg rückzuübermitteln wäre, was weder bei der persönlichen noch bei der Meldung durch Boten erforderlich ist.

¹⁵⁹) Darauf hat bereits *Stelzer*, Wesensgehaltsargument 200 überzeugend hingewiesen. Vgl zur Eignungsprüfung im Gleichheitssatz auch *Wendt*, NVwZ 1988, 784.

überzustellen¹⁶⁰); die „Intensität“¹⁶¹) einer Gleichbehandlung muß mit der Tragweite der tatsächlich vorhandenen Gemeinsamkeiten verglichen werden.

Dabei kann sich herausstellen, daß die Unterschiede im Tatsächlichen auf das Regelungsziel keinen so gravierenden Einfluß haben, daß eine derart massive Ungleichbehandlung, wie sie der Gesetzgeber vorgenommen hat, sachlich zu rechtfertigen wäre. Ebenso kann die Prüfung ergeben, daß die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen zwar an sich eine Gleichbehandlung erlauben würden, daß die konkret vorgenommene aber zu weitreichend ist, weil sie gewisse – gleichwohl bestehende und für das Regelungsziel wesentliche – Unterschiede unberücksichtigt gelassen hat.

Der Gesetzgeber hat in solchen Fällen eine überschießende Regelung geschaffen; Rechtsfolgen und Sachverhalte sind nicht im Gleichgewicht, sie entsprechen einander nicht. In Wahrheit hat der Gesetzgeber diesfalls zu massive Mittel eingesetzt, Mittel also, die zur Zielerreichung *nicht erforderlich* gewesen sind. Auch der *dritte Teilgrundsatz der Verhältnismäßigkeit*, der Grundsatz der Erforderlichkeit, entspricht damit den Anforderungen, die der Gleichheitssatz an den Gesetzgeber stellt.

Auch dieses Ergebnis ist in Wahrheit nicht verwunderlich. Denn der eben beschriebene Schritt der Gleichheitsprüfung entspricht nicht nur dem Wortsinn der Forderung, daß „wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln“ ist, er folgt auch aus dem Sinn dieser Forderung als solcher. Sie enthält, wie bereits festgestellt wurde¹⁶²), das allgemeine Gebot, eine Norm nicht um ihrer selbst willen zu erlassen, sodaß nur ein Zweck, der über sie hinausgeht, ihre Legitimation sein kann. Gezeigt wurde auch, daß dieses Gebot das Verbot in sich schließt, Belastungen zu schaffen, die für die Verwirklichung dieses Zwecks nicht tauglich oder nicht erforderlich sind¹⁶³).

Nun hat *Stelzer* gegen eine gleichheitsrechtliche Begründung der Erforderlichkeit eingewendet, ein aus dem Gleichheitsgebot abgeleiteter Begriff des öffentlichen Interesses sei bloß formal und beinhalte daher die Rechtsposition nicht, *für* die ein Mittel erst das geringste sein könne. Oben¹⁶⁴) wurde bereits zu zeigen versucht, daß das öffentliche Interesse diese Rechtsposition gar nicht enthalten *kann*, weil es ihr – jedenfalls in der Eingriffssituation – gerade diametral entgegensteht. Das bedeutet freilich nicht, daß diese Position dem Gleichheitssatz schlechthin nicht zu entnehmen wäre. Eine genauere Betrachtung zeigte schließlich, daß der Gleichheitssatz Gleichbehandlung und Ungleichbehandlung *zugleich* garantiert – er gewährt sowohl ein Recht auf Gleich- als auch

ein Recht auf Ungleichbehandlung. Indes kann der einfache Gesetzgeber nicht beide Rechte gleichzeitig verwirklichen – er kann zwei Sachverhalte nur ungleich behandeln oder aber gleich. Innerhalb seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums steht es ihm zwar frei, eine Gleich- oder eine Ungleichbehandlung vorzunehmen; davon abgesehen ist aber jede rechtliche Behandlung erst dann erlaubt, wenn nicht ihr Gegenteil geboten ist¹⁶⁵). Das Gleichheitsgebot gewährt damit aber zumindest *potentiell ein Recht des einzelnen, anders – ungleich oder gleich – behandelt zu werden*. Ob dieses Recht auch *aktuell* wird, ist eine andere Frage, deren Antwort nur die Gleichheitsprüfung liefern kann. Feststeht aber, daß der Gleichheitssatz die Rechtsposition, die dem „öffentlichen Interesse“ jeweils gegenübersteht, stets notwendig beinhaltet und, wenn auch nur potentiell, beschützt. Mag das öffentliche Interesse daher auch die von *Stelzer* geforderte Maßstabsfunktion nicht erfüllen – der Gleichheitssatz als ganzer tut dies doch. Nur aus ihm, nicht bloß aus dem Eingriffsinteresse muß aber der Erforderlichkeitsgrundsatz begründbar sein. *Stelzers* Bedenken erweisen sich damit als nicht berechtigt.

Dem Befund, daß der Erforderlichkeitsgrundsatz sich aus dem Gleichheitsgebot ableiten läßt, stehen aber auch jene Unterschiede nicht entgegen, die *Lerche* zwischen Gleichheit und Erforderlichkeit gesehen hat¹⁶⁶). Denn ein Sachverhaltsvergleich, wie er dem Kern der Gleichheitsprüfung voranzugehen hat (C.II.1), wird zwar für die Erforderlichkeitsprüfung in aller Regel nicht ausdrücklich vorgenommen. Das ändert aber nichts daran, daß hier wie dort dieselbe Frage im Hinblick auf gleich zu ermittelnde Eigenschaften zu beantworten ist: In beiden Fällen geht es nämlich darum festzustellen, ob ein zur Zielerreichung taugliches Mittel auch das schonendste ist, das der Gesetzgeber ergreifen konnte. Ob das der Fall ist oder nicht, hängt von jenen Eigenschaften des geregelten Sachverhaltes ab, die für die Zielerreichung „wesentlich“ sind – nur sie bestimmen, ob auch andere taugliche, aber gelindere Mittel zur Verfügung gestanden wären. Die Ermittlung dieser Eigenschaften kann natürlich hier wie dort nur mit Blick auf das Regelungsziel geschehen, sodaß eine „wesentliche“ Eigenschaft vor dem Gleichheitssatz stets auch von Bedeutung für den Grundsatz der Erforderlichkeit ist; ebenso ist eine Eigenschaft, die für den einen Grundsatz „unwesentlich“ ist, unmaßgeblich auch für den anderen. Der Sache nach stellt sich die Frage der Erforderlichkeit somit sehr wohl bereits beim Gleichheitssatz; sie ist aus diesem daher abzuleiten, auch wenn er selbst noch andere Fragen stellt¹⁶⁷).

¹⁶⁰) Vgl schon *Neisser/Schantl/Welan*, ÖJZ 1969, 648.

¹⁶¹) Vgl oben C.II.3.

¹⁶²) Oben C.II.4.a).

¹⁶³) Oben B.II.4. und C.II.4.a); vgl auch *Wendt*, NVwZ 1988, 785.

¹⁶⁴) Oben B.II.4.

¹⁶⁵) Die Gleichbehandlung ist nur dann erlaubt, wenn eine Ungleichbehandlung nicht geboten ist, und umgekehrt ist eine Ungleichbehandlung verboten, wenn eine Gleichbehandlung geboten ist.

¹⁶⁶) Dazu oben B.II.1.

¹⁶⁷) Das zeigt sich zB dann, wenn man einen Eingriff in ein Freiheitsrecht als Gleichheitsproblem betrachtet: So

c) *Wesentlichkeit der Unterschiede versus Wesentlichkeit der Gemeinsamkeiten*

Unterschiede im Tatsächlichen können für ein Regelungsziel „wesentlich“ und „wesentlich genug“ sein, um eine *Ungleichbehandlung* zu rechtfertigen, und doch besteht die Möglichkeit, daß diese Regelung nicht gleichheitskonform ist. Denn – alle Unterschiede im Tatsächlichen in Ehren – die Gemeinsamkeiten können noch weit „wesentlicher“ sein, so wesentlich nämlich, daß eine Gleichbehandlung dieser Ungleichbehandlung vorzuziehen gewesen wäre. Aus diesem Grund ist bei der Prüfung einer Ungleichbehandlung zuletzt die „Wesentlichkeit“ der Unterschiede mit der „Wesentlichkeit“ der Gemeinsamkeiten zu vergleichen. Dabei zählen nicht in erster Linie jene Gemeinsamkeiten, die für die Erreichung des Regelungsziels „wesentlich“ sind; sie haben schon im vorigen Schritt Berücksichtigung gefunden, als nämlich

beschränkt etwa die Bedarfsprüfung für Bestattungsunternehmer nicht nur die Erwerbsfreiheit; sie ist auch eine Ungleichbehandlung der Bestattungsunternehmer im Verhältnis zu allen anderen Gewerbetreibenden, die ihr Gewerbe unabhängig vom Bedarf antreten dürfen. Der Unterschied, der für diese Ungleichbehandlung wesentlich ist, liegt in der besonderen Sensibilität desjenigen, der die Dienste eines Bestattungsunternehmens in Anspruch nimmt. Dieser Unterschied ist wesentlich genug, um eine Ungleichbehandlung wie die konkret vorgenommene zu rechtfertigen. Genau diese Eigenschaft war es aber auch, von der für die Beurteilung der Erforderlichkeit des Eingriffs in die Erwerbsfreiheit auszugehen war (vgl oben FN 18). Die Frage nach der Erforderlichkeit stellt sich aber auch in „reinen“ Gleichheitsfällen: So wollte der Hochschülerschaftsgesetzgeber des Jahres 1973 ua verhindern, daß Studentenvertreter ihre Tätigkeit wegen der damit verbundenen Studienverzögerung mit dem faktischen Verlust der Studienbeihilfe bezahlen müssen (vgl 673 BlgNR 13. GP 17). Deshalb ordnete er an, daß die Zeiten als Studentenvertreter nicht in die für die Gewährung der Studienbeihilfe höchstzulässige Studienzeit einzurechnen seien (vgl FN 141). Fraglich war dabei freilich, ob zur Erreichung dieses Regelungszwecks eine derart gravierende Ungleichbehandlung zwischen Studentenvertretern und Nicht-Studentenvertretern erforderlich war, daß nicht nur der ein Semester lang mit 40 Wochenstunden belastete Studentenvertreter ein Semester länger mit Studienbeihilfe studieren durfte, sondern auch derjenige Studentenvertreter, der mit einer Funktion betraut war, die bloß 20 Stunden Arbeit in der Woche fordert. Man kann es auch umgekehrt formulieren: Die Gleichbehandlung des 40 Stunden und des bloß 20 Stunden pro Woche beschäftigten Studentenvertreters ist „gravierend“ (vgl oben C.II.3.), weil sie für die Betroffenen sehr unterschiedliche Auswirkungen hat – der ein Semester lang mit 20 Wochenstunden belastete Studentenvertreter bekommt nämlich faktisch ein halbes Semester „geschenkt“, während der 40 Wochenstunden tätige Studentenvertreter „nur“ einen seiner Arbeit entsprechenden Ausgleich erhält. Ohne Zweifel ist es zur Erreichung des Regelungszwecks erforderlich, beide, den mit 40 und den mit 20 Wochenstunden belasteten Studentenvertreter, insofern gleich zu behandeln, als ihre Zeiten als Studentenvertreter für die Studienbeihilfe berücksichtigt werden; fraglich ist aber, ob eine derart intensive Gleichbehandlung erforderlich ist, daß der geringer belastete Student faktisch für seine Tätigkeit belohnt wird.

geprüft wurde, ob die Unterschiede im Tatsächlichen bedeutend genug für die Ungleichbehandlung sind¹⁶⁸).

Hier geht es um die Gemeinsamkeiten, die unabhängig vom Regelungsziel im Tatsächlichen bestehen und den Gesetzgeber zumindest *potentiell* zu einer Gleichbehandlung verpflichten, ihm eine Ungleichbehandlung daher verwehren. *Aktuell* wird diese „Pflicht zur Gleichbehandlung“, wenn die Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen die Unterschiede *überwiegen*. Es geht also nicht mehr darum, Unterschiede und Gemeinsamkeiten auf ihre „Qualität“¹⁶⁹ und ihre „Quantität“¹⁷⁰ hin zu untersuchen; hier muß das „Gewicht“ der Unterschiede und jenes der Gemeinsamkeiten festgestellt werden¹⁷¹).

Selbstverständlich ist das letztlich eine Wertungsfrage. Das bedeutet jedoch nicht, daß jede Antwort auf sie irrational sein muß. Ob die Unterschiede oder die Gemeinsamkeiten im Einzelfall für gewichtiger gehalten werden, hängt zunächst von dem Interesse ab, das mit der Ungleichbehandlung befördert werden soll, dann aber auch von dem Interesse, das der Grundrechtsträger an einer Gleichbehandlung hat – dieses Interesse wird umso intensiver sein, je massiver die Ungleichbehandlung den Grundrechtsträger trifft. Letztlich läuft dieser Prüfungsschritt daher auf eine *Interessenabwägung* hinaus: Das (gesetzgeberische) Interesse an der Ungleichbehandlung muß mit dem (verfassungsrechtlich geschützten) Interesse an der Gleichbehandlung verglichen werden; überwiegt letzteres das erstere bei weitem, dann müssen im Tatsächlichen wohl sehr gewichtige Gemeinsamkeiten bestehen, und eine Ungleichbehandlung ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Überwiegt dagegen das Interesse an der Ungleichbehandlung, so müssen auch bedeutsamere Unterschiede als Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen bestehen; gegen eine Ungleichbehandlung lassen sich Bedenken diesfalls nicht erheben¹⁷²¹⁷³).

¹⁶⁸) War dies nicht der Fall, so hat der Gesetzgeber nämlich ganz offensichtlich tatsächlich bestehende Gemeinsamkeiten außer acht gelassen, die für das Regelungsziel wesentlich gewesen wären. Waren die Unterschiede aber „wesentlich genug“, so gab es offenbar zwischen den unterschiedlich behandelten Sachverhalten keine Gemeinsamkeiten, die für das Regelungsziel von Bedeutung und daher durch eine weniger intensive Ungleichbehandlung zu berücksichtigen gewesen wären.

¹⁶⁹) Das heißt, auf ihre Bedeutsamkeit oder Indifferenz dem Regelungszweck gegenüber, wie sie oben C.II.4.a) behandelt wurde.

¹⁷⁰) Das heißt, auf das Ausmaß der Bedeutung für den Regelungszweck, wie es oben C.II.4.b) angesprochen wurde.

¹⁷¹) Vgl in diesem Sinne zB VfSlg 11.641/1988: „Welche Unterschiede eine differenzierende Regelung rechtfertigen, hängt allerdings auch von dem *Gewicht* der angeordneten (unterschiedlichen) Rechtsfolgen ab“ (Hervorhebung im Original). S auch *Wendt*, NVwZ 1988, 785 f.

¹⁷²) Vgl dazu zB *Holoubek*, ÖZW 1991, 77 ff.

¹⁷³) So mögen etwa im Bsp aus FN 17, 72 und 158 die Unterschiede zwischen der persönlichen Meldung und der Meldung durch Boten auf der einen und der postali-

All das gilt mit vertauschten Vorzeichen selbstverständlich auch für jede Gleichbehandlung. Mögen für sie auch Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen sprechen, die „wesentlich“ und „wesentlich genug“ sind; sachlich zu rechtfertigen ist eine Gleichbehandlung stets nur dann, wenn die vorhandenen Gemeinsamkeiten zudem nicht durch noch „wesentlichere“ Unterschiede im Tatsächlichen aufgewogen werden. Denn der Gleichheitssatz ist „janusköpfig“: Er garantiert die Gleichbehandlung nicht nur, er restringiert sie auch durch sein Gebot, im Rechtlichen zu differenzieren. Ob nun die Unterschiede oder die Gemeinsamkeiten als „wesentlicher“ zu bewerten sind, hängt einmal ab vom Wert des Ziels, das der Gesetzgeber mit seiner Regelung verfolgt, liegt aber auch am Interesse, das der Grundrechtsträger an einer Ungleichbehandlung hat. Auch hier sind Güter gegeneinander abzuwägen¹⁷⁴).

Damit zeigt sich aber, daß auch die Verhältnismäßigkeit ieS und damit der *vierte Teilgrundsatz der Verhältnismäßigkeit* ein Kriterium ist, an dem die Gleichheitskonformität einer Regelung zu messen ist.

D. Schlußbemerkung

Jede der vier Teilvoraussetzungen der Verhältnismäßigkeit – öffentliches Interesse, Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ieS – wird vor dem Gleichheitsgebot daher zumindest impli-

schen Meldung auf der anderen Seite wesentlich und wesentlich genug für die Erreichung des Regelungszieles der Verwaltungsökonomie gewesen sein; dennoch war das Verbot der postalischen Meldung nicht gleichheitskonform. Der VfGH hielt es nämlich nicht für sachlich gerechtfertigt, Meldepflichtigen, für die die persönliche Meldung mit besonderen Belastungen verbunden ist, „die Möglichkeit einer bestimmten für sie entlastenden Form der postalischen Anmeldung zu nehmen, um dafür eine geringfügige, keineswegs besondere Mehrbelastung der staatlichen Verwaltung zu vermeiden“. Das (verwaltungsökonomisch motivierte) Interesse an der Ungleichbehandlung war also weniger gewichtig als das Interesse des Meldepflichtigen an der Gleichbehandlung der drei Meldearten.

¹⁷⁴) Im Beispiel der Studentenvertreter (FN 141, 167) war der Unterschied zwischen einem Studentenvertreter, der auf die alte Rechtslage vertraute, und einem Studentenvertreter, der im Wissen um die neue Rechtslage disponieren konnte, nicht so wesentlich, daß eine Ungleichbehandlung geboten gewesen wäre; die Rückwirkung der neuen Regelung war nämlich nach Auffassung des VfGH „zur Vermeidung einer Gleichheitswidrigkeit notwendig“ und stand schon deshalb nicht mit dem Gleichheitssatz in Widerspruch. Die Gleichbehandlung der beiden Personengruppen war durch die zwischen ihnen bestehenden Gemeinsamkeiten gerechtfertigt, wenn sie eine gleich arbeitsintensive Tätigkeit als Studentenvertreter ausgeübt hatten. Das aus dem Vertrauensschutz motivierte Interesse der einen („enttäuschten“) Personengruppe an einer Ungleichbehandlung konnte das Interesse an der Gleichbehandlung nicht überwiegen. Deshalb war der durch die Rückwirkung verursachte Eingriff in das „prima-facie-Recht“ auf Ungleichbehandlung auch nicht unverhältnismäßig ieS.

zit mitgeprüft. Wonach man dort unter dem Deckmantel „wesentlicher“ Unterschiede und Gemeinsamkeiten fragt, das prüft man vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich.

Die (stillschweigende) Verhältnismäßigkeitsprüfung des Gleichheitssatzes kann freilich erst vorgenommen werden, wenn die Ergebnisse der ersten drei Teilschritte der Gleichheitsprüfung vorliegen: Die Fragen nach Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ieS sind nämlich ohne Kenntnis der Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Tatsächlichen nicht zu beantworten; ebensowenig kann man ein Urteil über Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ieS abgeben, wenn nicht vorher die Unterschiedlichkeit bzw die Gemeinsamkeit im Rechtlichen, mithin die Intensität des „Eingriffes“, erhoben worden ist.

Nicht nur die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Gleichheitssatzes ist aber solcherart von Vorfragen abhängig. Jede Verhältnismäßigkeitsprüfung setzt Kenntnisse über die tatsächlichen Gegebenheiten des Regelungsgegenstandes und über die Intensität der Regelung selbst voraus. Denn die Eigenheiten der jeweiligen Sachverhalte haben ja zumeist den Anstoß für die Regelung gegeben; auf sie wird man das Augenmerk zu lenken haben, wenn man nach dem Ziel eines Eingriffs fragt und nach der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit ieS des Mittels, das zu seiner Verwirklichung ergriffen worden ist.

Es mag richtig sein, daß die Verhältnismäßigkeitsprüfung außerhalb des Gleichheitssatzes zur Ermittlung dieser Eigenheiten den geregelten Sachverhalt *nicht ausdrücklich* mit einem anderen vergleicht. Dennoch lassen sich die besonderen Merkmale eines Falles nur erforschen, wenn festgestellt wird, was gerade *diesen* Fall ausmacht, das heißt aber auch: *was ihn von anderen Fällen unterscheidet*. Diese Feststellung muß nicht explizit auf einen bestimmten anderen Sachverhalt bezogen sein, implizit ist ein „Anderes“ aber stets Vergleichsmaßstab. Die Farbe „rot“ gibt es nur, weil es auch andere Farben gibt, die „nicht-rot“ sind; „fröhlich“ kann jemand nur sein, weil er „nicht traurig“ ist, und mit jeder anderen Eigenschaft verhält es sich nicht anders. Und ebenso wie sich ein Sachverhaltsmerkmal in Wahrheit nur vor dem Hintergrund einer Reihe *anderer* Sachverhaltsmerkmale feststellen läßt, kann natürlich auch ein Eingriff nur deshalb als besonders „intensiv“ empfunden werden, weil es andere, weniger intensive Eingriffe gibt, mit denen man den in Prüfung stehenden stillschweigend vergleicht. Sowohl die Bestimmung der tatsächlichen Gegebenheiten als auch eine Feststellung der Eingriffsintensität ist also für die Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich, und sie ist ohne Vergleich – sei er auch nur implizit – nicht möglich.

So sind Gleichheit und Verhältnismäßigkeit einander auf seltsame Weise verbunden: Die Verhältnismäßigkeit macht explizit, was für die Gleichheit implizit geprüft wird; und wonach die Ver-

hältnismäßigkeit stillschweigend fragt, das ermittelt die Gleichheitsprüfung ausdrücklich.

Vor diesem Hintergrund läßt sich auch *Lerches Insel*-Beispiel leicht entschärfen: Natürlich kann Robinson Crusoe nicht anders behandelt werden als ein konkreter Freitag, wenn dieser Freitag nicht vorhanden ist. Dennoch kann er aber ungleich oder gleich behandelt werden: Er kann montags anderen Regelungen unterworfen sein als mittwochs; er kann als Autofahrer anders behandelt werden, als wenn er mit dem Fahrrad

fährt, er kann als Bäcker stärkeren Restriktionen unterworfen sein, als wenn er einen Rauchfang kehrt. Als Synonym des „Anderen“ ist „Freitag“ stets vorhanden und für die Gleichheit genauso unverzichtbar wie für die Verhältnismäßigkeit. „Freitag“ ist in diesem Sinn nicht wegzudenken. Wenigstens vor dem Gesetz kann Robinson Crusoe nicht einsam sein.

Korrespondenz: Dr. *Magdalena Pöschl*, Institut für öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Universität Innsbruck, Innrain 82, A-6020 Innsbruck, Österreich.