

**Grundkurs Öffentliches Recht II. Grundrechte**

Dienstag, den 14. Juni 2005

**Die Gleichheitsgrundrechte**

Das Thema der nächsten Vorlesungseinheiten werden die Gleichheitsgrundrechte sein. Entsprechend den grundlegenden politischen Forderungen nach Freiheit und Gleichheit kann man die Grundrechte in Freiheitsgrundrechte und Gleichheitsgrundrechte aufteilen. Freiheitsgrundrechte schützen die Freiheit menschlichen Verhaltens und die Freiheit menschlicher Rechtsgüter vor staatlichen Eingriffen. Gleichheitsgrundrechte schützen vor Ungleichbehandlungen (= Differenzierungen) durch den Staat, ebenso vor nicht zu rechtfertigender Gleichmacherei.

**I. Die dogmatische Struktur aller Gleichheitsgrundrechte**

Politisch stehen die Forderungen nach Freiheit und Gleichheit in einem Spannungsverhältnis. Freiheit ist immer auch die Freiheit des Stärkeren; Gleichheit ist immer auch die Gleichheit des Schwächeren. Vor diesem Hintergrund bedeutet ein Mehr an Freiheit ein Weniger an Gleichheit und ein Mehr an Gleichheit ein Weniger an Freiheit. Das Grundgesetz löst diesen Konflikt im Grundsatz zugunsten der Freiheit. Der Staat ist grundsätzlich nicht verpflichtet, gesellschaftliche Verhältnisse und damit die Schutzbereiche von Freiheitsgrundrechten in Richtung auf mehr Gleichheit umzugestalten. Es geht nicht um tatsächliche Gleichstellung (Ausnahme Art. 3 II 2 GG). Die Gleichheitsgrundrechte des Grundgesetzes entfalten ihre Verpflichtungswirkung vielmehr bei der Ausgestaltung der staatlichen Rechtsordnung. Gleichheit unter dem Grundgesetz ist in erster Linie Rechtsgleichheit und damit Chancengleichheit bei der Ausübung der Freiheitsgrundrechte.

Ähnlich wie die Freiheitsgrundrechte die Ausübung grundrechtlicher Freiheit nicht schlechthin und uneingeschränkt gewährleisten, sondern nur als Grundsatz, in den eingegriffen werden darf, soweit dies sich verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt, verlangen die Gleichheitsgrundrechte nicht schematisch Rechtsgleichheit. Auch rechtliche Ungleichheit ist zulässig, sofern ein sie rechtfertigender Grund vorliegt. Die Rechtfertigungsfrage lässt sich dabei bei Gleichheitsgrundrechten in zwei Richtungen stellen: als Rechtfertigung für die Gleichbehandlung von Ungleichen und als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von Gleichen. Anders als bei Freiheitsgrundrechten ist jedoch die Technik, mit der das Regel-Ausnahme-Verhältnis geregelt wird. Gleichheitsgrundrechte entfalten sich nicht in Schutzbereichen, sondern in Vergleichsrelationen.

Daraus folgen zwei Unterschiede, die für die Prüfungsaufbau bei allen Gleichheitsgrundrechten relevant sind. **(1)** Gleichheitsgrundrechte haben keinen Schutzbereich im Sinne eines menschlichen Verhaltens oder eines Rechtsguts, die vor Eingriffen des Staates geschützt werden. Das Prüfungsschema Schutzbereich - Eingriff - verfassungsrechtliche Rechtfertigung passt auf sie nicht. Das Prüfungsschema bei Gleichheitsgrundrechten ist vielmehr zweistufig. Es ist erstens zu fragen, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt, und es ist zweitens zu fragen, ob diese Ungleichbehandlung sich verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt. Entsprechendes gilt für Gleichbehandlungen, die Anlass für Kritik geben. **(2)** Einem Freiheitsgrundrecht kann ein Sachverhalt in der Regel nur in einer Hinsicht zugeordnet werden. Bei Gleichheitsgrundrechten sind dagegen Mehrfachzuordnungen eines Sachverhalts möglich, weil ein Sachverhalt in mehreren Hinsichten eine Ungleichbehandlung enthalten kann. Wenn zum Beispiel alleinerziehende Mütter bei der Vergabe von Kindergartenplätzen bevorzugt werden, so ist dies in zwei Hinsichten eine Ungleichbehandlung: Es ist eine Ungleichbehandlung gegenüber gemeinsam erziehenden Eltern und eine Ungleichbehandlung gegenüber alleinerziehenden Vätern. Die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung stellt

sich darum zweimal: in Bezug auf die gemeinsam erziehenden Eltern und in Bezug auf die alleinerziehenden Väter.

## **II. Überblick über die einzelnen Gleichheitsgrundrechte**

Eine Gemeinsamkeit zwischen Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten besteht darin, dass zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG und den speziellen Gleichheitsgeboten ebenso unterschieden werden muss wie zwischen dem allgemeinen Freiheitsgrundrecht des Art. 2 I GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit, die subsidiär jedes menschliche Verhalten erfasst, und den speziellen Freiheitsgrundrechten. Aus der Unterscheidung von einem allgemeinen Gleichheitssatz und einer Mehrzahl spezieller Gleichheitsgebote folgt für den Prüfungsaufbau, dass Art. 3 I GG am (gedanklichen) Ende von Gleichheitsprüfungen zu stehen hat, ebenso wie Art. 2 I GG am Ende von Freiheitsprüfungen steht.

Spezielle Gleichheitsgebote sind: die Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Art. 3 II GG), die Diskriminierungsverbote des Art. 3 III GG, welche Benachteiligungen und Bevorzugungen wegen des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens oder der religiösen oder politischen Anschauungen verbieten, die gesetzliche Gleichstellung von nichtehelichen mit ehelichen Kindern (Art. 6 V GG), die Chancengleichheit der politischen Parteien (Art. 21 I GG), die Gleichheit der staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten (Art. 33 I GG), der gleiche Zugang zum öffentlichen Dienst (Art. 33 II / III), die Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 I 1), die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 I / II WRV).

Die speziellen Gleichheitsgrundrechte stellen besondere Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, indem sie entweder bestimmte Differenzierungskriterien verbieten oder für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nur bestimmte Kriterien zulassen. Ein Beispiel für das Erste ist

Art. 3 III GG; diese Vorschrift verbietet einzelne Differenzierungskriterien, lässt Differenzierungen aus anderen als den dort genannten Kriterien aber zu. Ein Beispiel für das Zweite ist Art. 33 II GG: Diese Vorschrift schreibt vor, welche Differenzierungskriterien allein zulässig sind. Art. 33 II bindet mithin stärker als Art. 3 III GG: Art. 3 III GG schließt nur bestimmte Differenzierungskriterien aus, erlaubt aber alle nicht ausgeschlossenen Kriterien; Art. 33 II GG verpflichtet auf bestimmte Differenzierungskriterien und schließt alle nicht dort genannten Kriterien aus.

### **III. Der allgemeine Gleichheitssatz**

Von den Gleichheitsgrundrechten ist Art. 3 I GG das praktisch wichtigste. Man bezeichnet seine kurze, aus sieben Worten bestehende Aussage als den allgemeinen Gleichheitssatz.

#### **1. Grundrechtsberechtigte**

Berechtig aus Art. 3 I GG sind "alle Menschen". Art. 3 I GG ist damit ein Jedermanngrundrecht, das nicht nur Deutsche, sondern auch Ausländer und Staatenlose schützt. Schon in diesem Zusammenhang sei aber darauf hingewiesen, dass die Staatsangehörigkeit nicht zu den nach Art. 3 III GG verbotenen Differenzierungsmerkmalen gehört. Differenzierungen wegen der Staatsangehörigkeit sind deshalb nicht verboten. Das Fehlen des Merkmals "Staatsangehörigkeit" in Art. 3 III GG kann auch nicht mit dem Hinweis auf das Merkmal "Heimat oder Herkunft" überspielt werden, denn dieses Merkmal stellt auf Tatsächliches, nicht auf ein rechtliches Merkmal wie die Staatsangehörigkeit ab.

Berechtig aus Art. 3 I GG sind weiterhin juristische Personen. Auf sie ist der allgemeine Gleichheitssatz gemäß Art. 19 III GG seinem Wesen nach anwendbar: Die Anwendung dieses Grundrechts auf juristische Personen ergibt Sinn.

## 2. Grundrechtsverpflichtete

Verpflichtet wird durch Art. 3 I GG zunächst die gesetzesanwendende Staatsgewalt. Die Formulierung "vor dem Gesetz" setzt ein Gesetz voraus und verlangt Rechtsanwendungsgleichheit. So müssen die Finanzbehörden die Steuern nach Maßgabe der Steuergesetze gleichmäßig festsetzen und erheben (§ 85 AO). Abweichungen vom Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit sind nur zulässig, wo das Gesetz selbst Spielräume gibt. Im Übrigen verlangen die Gebote der Gesetzmäßigkeit des staatlichen Handelns und der Rechtsanwendungsgleichheit übereinstimmend, dass der Staat nach Maßgabe der geltenden Gesetze handelt. Die Frage, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt und ob die Ungleichbehandlung sich rechtfertigen lässt, beantwortet sich unmittelbar aus dem Gesetz. Als Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit ist Art. 3 I GG unproblematisch.

Verpflichtet wird durch Art. 3 I GG aber auch der Gesetzgeber selbst. Dies lässt sich seinem Wortlaut zwar nicht entnehmen, folgt aber aus Art. 1 III GG, der auch den Gesetzgeber an die Grundrechte, unter anderem an Art. 3 I GG, bindet. Die Bindung des Gesetzgebers selbst ist die praktisch relevantere, aber auch schwierigere Gewährleistungsdimension von Art. 3 I GG. Die Rechtsetzungsgleichheit ist schwieriger als die Rechtsanwendungsgleichheit, für die Rechtsanwendungsgleichheit ist Maßstab das Gesetz. Für die Rechtsetzungsgleichheit fehlt ein solcher Maßstab. Bei der Rechtsetzungsgleichheit muss dieser Maßstab aus der Verfassung entwickelt werden. Das BVerfG hat ihn in zwei alternativen Formeln konkretisiert. Die ältere dieser Formeln ist die Willkürformel: Danach verbietet Art. 3 I GG dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln. Nach der neuen Formel liegt ein Verstoß gegen Art. 3 I GG vor, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht bestehen,

dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Der Unterschied zwischen beiden Formeln betrifft die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen oder Gleichbehandlungen. Keine Unterschiede weisen beide Formeln darin auf, dass eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung vorliegen muss.

Damit bin ich bei dem Schema, in dem Art. 3 I GG geprüft wird, soweit es um die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers geht. Dieses Schema besteht aus zwei Punkten, die ihrerseits weiter zu gliedern sind. Als erstes muss eine Ungleichbehandlung vorliegen. Als zweites muss gefragt werden, ob die Ungleichbehandlung sich rechtfertigen lässt.

Dieselben Fragen können sich auch stellen, wenn der Gesetzgeber Menschen oder Sachverhalte in rechtlich relevanter Weise nicht ungleich, sondern im Gegenteil gleich behandelt. Für diese Konstellation gilt das, was ich gleich ausführe, spiegelverkehrt. Es muss insbesondere nach dem Vorliegen rechtfertigender Gründe für die Gleichbehandlung gefragt werden. Diese Konstellation (verfassungswidrige Gleichbehandlung) wird nicht mehr gesondert erwähnt.

### **3. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung**

Eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung liegt vor, wenn **(1)** eine Personengruppe oder eine Gruppe von Sachverhalten gesetzlich in einer bestimmten Weise behandelt wird, wenn **(2)** eine andere Personengruppe oder eine andere Gruppe von Sachverhalten von demselben Rechtsetzer in einer anderen Weise behandelt wird und wenn **(3)** beide Personengruppen oder Gruppen von Sachverhalten unter einen gemeinsamen Oberbegriff, ein tertium comparationis, gefasst werden können. Die Wirkungsweise dieser Formel will ich Ihnen an zwei Beispielfällen erläutern.

In einigen Bundesländern kann man das Abitur nach zwölfjähriger Schulzeit erwerben, in anderen Bundesländern, so auch in Berlin, dagegen erst nach dreizehnjähriger Schulzeit. Subsumiere ich dies unter die drei Kriterien für eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung, so gelange ich zu folgendem Befund: **(1)** Die Personengruppe der Abiturienten in bestimmten Bundesländern wird so behandelt, dass diese Schüler das Abitur nach zwölf Schuljahren ablegen können. **(2)** Die Personengruppe der Berliner Abiturienten wird anders behandelt. Sie können das Abitur erst nach 13 Schuljahren ablegen. - Allerdings erfolgt die Ungleichbehandlung nicht durch denselben Gesetzgeber. Die Regelungen stammen von unterschiedlichen Landesgesetzgebern. Eine verfassungsrechtlich relevante und rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung liegt darum nicht vor. Es ist im Gegenteil der Sinn der föderalen Aufgliederung von Gesetzgebungszuständigkeiten, Raum für Ungleichheiten zu lassen, die sich nicht besonders rechtfertigen müssen. Gleiches wie im Verhältnis zwischen Gesetzen verschiedener Länder gilt im Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht oder zwischen dem Recht verschiedener Gemeinden oder Universitäten.

Die StVO schreibt Motorradfahrern das Tragen eines Sturzhelmes vor, Fahrradfahrern aber nicht. Hier wird die Gruppe der Motorradfahrer durch dasselbe Gesetz, nämlich die StVO, anders behandelt als die Gruppe der Fahrradfahrer. Beide Personengruppen können auch unter einen gemeinsamen Oberbegriff gefasst werden, nämlich denjenigen der Verkehrsteilnehmer. Das erst macht sie vergleichbar und weist den zwischen ihnen bestehenden Unterschied als rechtfertigungsbedürftig aus. Es ist jetzt zu fragen, ob es Gründe für die Ungleichbehandlung von Motorrad- und Fahrradfahrern gibt, etwa das größere Unfall- und Schadensrisiko bei Motorradfahrern.

Gegenbeispiel (bei Identität des Normsetzers): Für Motorradfahrer gilt das Straßenverkehrsrecht, für Gastwirte das Gaststättenrecht. Auch hier werden zwei Personengruppen durch denselben Gesetzgeber unterschiedlich behandelt. Diesem

Unterschied fehlt aber die verfassungsrechtliche Relevanz, weil beide Personengruppen sich keinem gemeinsamen Oberbegriff, keinem tertium comparationis, zuordnen lassen.

#### **4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Liegt eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung vor, so muss nach deren Rechtfertigung gefragt werden. Um diese Frage zu beantworten, muss der Differenzierungsgrund herausgearbeitet werden. Ähnlich wie bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine Vorfrage zu stellen. Beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist vorab zu klären, was Zweck und was Mittel ist und ob Zweck und Mittel, isoliert betrachtet, verfassungsgemäß sind. Erst danach kann geprüft werden, ob das Mittel im Hinblick auf den Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Beim allgemeinen Gleichheitssatz ist vorab zu klären, was Differenzierungsgrund ist. Auf diesen Differenzierungsgrund ist sodann entweder die Willkürformel oder die neue Formel anzuwenden. Nach der Willkürformel liegt ein Verstoß gegen Art. 3 I GG vor, wenn es für eine Ungleichbehandlung keinen sachlichen Grund gibt. Der Differenzierungsgrund ist also darauf zu befragen, ob er sachlich ist oder willkürlich. Die Willkürformel macht Art. 3 I GG damit gegenüber dem Gesetzgeber zu einem recht zahnlosen Grundrecht, denn irgendein sachlicher Grund wird sich für eine Differenzierung des Gesetzgebers zumeist anführen lassen. Dies ist auch ihr Sinn. Dem Gesetzgeber soll ein weiter Spielraum eingeräumt werden, der erst dann überschritten ist, wenn sich eine gesetzliche Regelung als evident unsachlich und ungerecht darstellt. Der Gesetzgeber soll selbst die Maßstäbe der Gerechtigkeit setzen, wobei er vom BVerfG nur auf die Einhaltung äußerster Grenzen kontrolliert wird. Umgekehrt passt die Willkürformel zu der Aufgabe der Grundrechte, ein Mindestmaß an gesetzgeberischer Rationalität zu gewährleisten.

Strenger ist die neue Formel. Nach ihr ist zu prüfen, ob der Differenzierungsgrund von solcher Art und solchem Gewicht ist, dass er die ungleiche Behandlung rechtfertigt. Das wiederum ist der Fall, wenn die Differenzierung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt wird (insoweit Übereinstimmung mit der Willkürformel) und wenn die Differenzierung zur Erreichung des mit dem Grund verbundenen Zweckes verhältnismäßig ist. Die neue Formel ist strenger als die Willkürformel. Sie verlangt vom Gesetzgeber mehr, nämlich zu einem sachlichen Grund dessen Verhältnismäßigkeit.

Es bleibt die Frage, wann das Gericht im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung gesetzgeberischer Ungleichbehandlungen mit der Willkürformel operiert und wann mit der neuen Formel. Eine klare Antwort auf diese Frage gibt es leider nicht. Es ist nicht so, dass die neue Formel die Willkürformel vollständig verdrängt hätte. Vielmehr verwendet das Gericht beide Formeln nebeneinander. Zur Abgrenzung äußert es sich nicht eindeutig, und auch die Wissenschaft hat es über Tendenzaussagen nicht hinausgebracht. Zum Teil wird gesagt, die neue Formel komme zur Anwendung, wenn es um die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Personengruppen gehe, die Willkürformel dagegen, wenn es um die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von apersonalen Sachverhalten gehe. Andere sagen, die neue Formel komme bei Ungleichbehandlungen von größerer Intensität zur Anwendung, die Willkürformel bei Ungleichbehandlungen von geringerer Intensität. Im Zweifelsfall würde ich von der neuen Formel ausgehen. In Prüfungsarbeiten dürfte es ausreichen, überhaupt den Unterschied zwischen Willkürformel und neuer Formel zu erkennen und beide einigermaßen plausibel abzugrenzen.

Für die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch den Gesetzgeber ergibt dies folgende Reihenfolge: **(1)** Was ist der Differenzierungsgrund? **(2)** Findet die Willkürformel oder die neue Formel Anwendung? **(3a)** Bei Anwendung der Willkürformel: Handelt es sich bei dem Differen-

zierungsgrund um einen sachlichen Grund? **(3b)** Bei Anwendung der neuen Formel: Handelt es sich bei dem Differenzierungsgrund um einen sachlichen Grund? Ist das mit ihm verfolgte Ziel verhältnismäßig? Wegen eines Prüfungsschemas wird auch verwiesen auf Pieroth / Schlink, Rn. 501.

#### **IV. Vertiefungsfall: BVerfGE 93, 386**

##### **1. Sachverhalt**

B wird als Beamter im Geschäftsbereich des Bundesministers der Verteidigung zu einer Stelle im Ausland versetzt. Für diese Tätigkeit erhält er keine Auslandszulage. Anders verhält es sich mit Soldaten. Diese erhalten im Fall ihrer Versetzung zu einer Stelle im Ausland eine Auslandszulage. Dies alles ergab sich aus § 55 V 6 BBesG (a.F.). Als Grund für diese Ungleichbehandlung führt der Gesetzgeber an, ein Teil der Soldaten hätte, im Unterschied zu Beamten, in ihrem Berufsleben ständig wiederkehrende Auslandsverwendungen hinzunehmen, Beamte würden dagegen maximal einmal zu einer Stelle im Ausland versetzt. Hiergegen kann B einwenden, auch Soldaten würden selten mehr als einmal im Ausland eingesetzt.

Ist diese Ungleichbehandlung mit dem Grundgesetz vereinbar?

##### **2. Obersatz**

Die Ungleichbehandlung ist mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn sie nicht gegen ein Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes verstößt. Da im vorliegenden Fall keines der speziellen Gleichbehandlungsgebote eingreift, richtet diese Frage sich nach Art. 3 I GG. Danach ist zu prüfen, ob zwischen den Beamten und den Soldaten im Geschäftsbereich des BMVg bei Verwendungen im Ausland ein Unterschied besteht und ob diese Ungleichbehandlung sich verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.

##### **3. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung**

Eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung liegt vor, wenn derselbe Gesetzgeber eine Personengruppe in einer bestimmten Weise behandelt, eine andere Personengruppe anders behandelt und beide Personengruppen unter einen gemeinsamen Oberbegriff gefasst werden können. So liegt es hier. Als Personengruppen sind zu unterscheiden: einmal die Beamten im Geschäftsbereich des BMVg, die im Ausland verwendet werden, und sodann die Soldaten im Geschäftsbereich des BMVg, die im Ausland verwendet werden. Beide Personengruppen werden von § 55 V BBesG und damit von demselben Gesetzgeber unterschiedlich behandelt. Beide Personengruppen können schließlich unter einem gemeinsamen Oberbegriff zusammengefasst werden und sind darum vergleichbar. Dieser Oberbegriff lautet: Bedienstete im Geschäftsbereich des BMVg, die im Ausland verwendet werden. Eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung liegt damit vor.

**Hinweis:** Ich habe den Fall vereinfacht. Im Original existiert noch eine weitere Vergleichsgruppe. Dies sind die Beamten im Geschäftsbereich des Auswärtigen Amtes (im Weiteren AA), die deutschen Diplomaten, die ebenfalls einen Auslandszuschlag bei Verwendung im Ausland erhalten. Auch Beamte im Geschäftsbereich des Auswärtigen Amtes und Beamte im Geschäftsbereich des BMVg lassen sich unter einen gemeinsamen Oberbegriff bringen, der sie vergleichbar macht. Dies ist der Begriff des Bundesbeamten. Das BVerfG hat es mithin mit zwei verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlungen zu tun: derjenigen zwischen Beamten und Soldaten des BMVg und derjenigen zwischen Beamten des BMVg und Beamten des AA. In beiden Relationen stellt sich die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.

#### **4. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung**

Am Anfang der Prüfung, ob die Ungleichbehandlung zwischen Beamten und Soldaten sich rechtfertigen lässt, muss festgestellt werden, was den Gesetzgeber zu dieser Ungleichbehandlung veranlasst hat. Der Grund für die Unterscheidung zwischen Beamten und Soldaten ist die höhere Belastung von Soldaten durch

wiederkehrende Auslandsverwendungen.

Fraglich ist nun, ob dieser Grund nach der Willkürformel oder nach der neuen Formel zu prüfen ist. Diese Frage ist zugunsten der neuen Formel zu beantworten, weil es um die Ungleichbehandlung zwischen Personengruppen geht und weil die Ungleichbehandlung von einiger Intensität ist. Es muss also ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegen. Die höhere Belastung von Soldaten durch wiederkehrende Auslandsverwendungen ist ein sachlicher Grund. Im Hinblick auf diesen sachlichen Grund muss die Ungleichbehandlung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Insoweit verneint das BVerfG schon die Eignung, weil die Mehrzahl der Soldaten ebenso wie Beamte nur einmal im Ausland eingesetzt würden und der Hinweis auf mehrfache Auslandsverwendungen nur auf einen Teil der Soldaten zutreffe. Damit sei eine gruppenspezifische Sonderbelastung der Soldaten (insgesamt) nicht gegeben. Der Hinweis auf mehrfache Auslandsverwendungen sei nicht geeignet, die Gewährung eines Auslandszuschlags an die gesamte Gruppe der Soldaten zu rechtfertigen. Es handele sich um eine Differenzierung, die im Hinblick auf das Differenzierungsziel ungeeignet sei, weil sie zu pauschal sei. Zwar würden Soldaten teilweise verstärkt zu Auslandseinsätzen herangezogen und seien dem Gesetzgeber Pauschalisierungen unter bestimmten Umständen erlaubt. Zu fordern sei aber jedenfalls, dass die Pauschalisierung aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung erforderlich sei. Spätestens an der Erforderlichkeit fehle es, weil die Möglichkeit bleibe, bei Beamten und Soldaten im Einzelfall die Gewährung einer Auslandszulage von der Häufigkeit der Verwendungen im Ausland abhängig zu machen.

Das BVerfG kommt damit zu dem Ergebnis, dass die Ungleichbehandlung zwischen Beamten und Soldaten im Geschäftsbereich des BMVg bei der Gewährung einer Auslandszulage durch § 55 V 6 BBesG mit Art. 3 I GG unvereinbar ist.

## **V. Rechtsfolgen des Gleichheitsverstosses**

## 1. Gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss

Dies bedeutet aber nicht, dass die genannte Vorschrift nichtig wäre. Auch auf der Rechtsfolgenseite unterscheiden sich Gleichheits- von Freiheitsgrundrechten grundlegend. Greift ein Gesetz in einer nicht zu rechtfertigenden Weise in den Schutzbereich eines Freiheitsgrundrechts ein, so ist die Rechtsfolge eindeutig: Der Eingriff muss unterbleiben; das Gesetz ist nichtig. Bei einem Verstoß gegen ein Freiheitsgrundrecht gibt es regelmäßig nur eine Möglichkeit, einen verfassungsmäßigen Zustand herzustellen: die Unterlassung des Eingriffs. Anders bei einem Gleichheitsgrundrecht. Hier gibt es in der Fallgruppe des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses mehrere Möglichkeiten, Gleichheit herzustellen. Dies zeigt der Beispielsfall. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, Beamten im Geschäftsbereich des BMVg die Auslandszulage zu gewähren, die er schon Soldaten gewährt. Im Ergebnis herrscht dann Gleichheit. Der Gesetzgeber kann aber auch die Soldaten gewährte Auslandszulage streichen. Die Beamten bekommen dann zwar nicht mehr als vorher, die Ungleichbehandlung mit den Soldaten ist aber abgestellt. Abstrakt gesprochen hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, eine von einer Begünstigung ausgeschlossene Gruppe einzubeziehen oder die Begünstigung zu streichen. Beides schafft Gleichheit, und nur das, nicht die Begünstigung, wird vom Grundgesetz verlangt.

Wegen dieser Besonderheit lautet bei einem Verstoß gleichheitswidriger Begünstigungsausschlüsse gegen den allgemeinen Gleichheitssatz die Rechtsfolge nicht Nichtigkeit des Gesetzes. Die Rechtsfolge lautet vielmehr bloße Unvereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 3 I GG. Das bedeutet Folgendes: **(1)** Das Gesetz bleibt wirksam. **(2)** Der Gesetzgeber wird verpflichtet, rückwirkend auf den in der Unvereinbarkeitsfeststellung genannten Zeitpunkt die Rechtslage gleichheitsgemäß umzugestalten. **(3)** Bis zu einer Entscheidung des Gesetzgebers dürfen Verwaltungen und Gerichte das als gleichheitswidrig beanstandete Gesetz nicht anwenden. Anhängige Verfahren sind auszusetzen. - Eine Frist wird dem

Gesetzgeber in der Regel nicht gesetzt. Dies ist anders in Rechtsgebieten, in denen die Rechtsanwendung sich in Zeitintervallen vollzieht, wie vor allem im Steuerrecht mit seinen jährlichen Veranlagungen. In seltenen Fällen kann es sogar sein, dass ein Gesetz trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit bis zu einer Neuregelung anwendbar bleibt; auch hier ist das Hauptbeispiel das Steuerrecht (Beispiel: E 87, 153, 178 ff. - Steuerfreiheit des Existenzminimums). Allgemein gilt bei Entscheidungen des BVerfG, dass die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz bei Begünstigungen vom Gericht näher dargelegt werden. Anders als bei Freiheitsgrundrechten mit der regelmäßigen Nichtigkeitsfolge verstehen sie sich nicht von selbst.

## 2. Gleichheitswidrige Belastungen

Bei gleichheitswidrigen Belastungen tritt dagegen die Nichtigkeitsfolge ein, sie trifft aber möglicherweise die gesamte Regelung, nicht nur die Vergleichsrelation, um auch hier dem Gesetzgeber die Gelegenheit zu einer gleichheitskonformen Gesamtregelung zu geben. **Beispiel** (wie oben): Ein Gesetz verpflichtet Männer zwischen dem 18. und dem 55. Lebensjahr zum Feuerwehrdienst, hilfsweise zu einer Feuerwehrabgabe. Das Gesetz gilt auch für Schwerkriegsbeschädigte. Deren Belastung ist gleichheitswidrig. Denn sie stellt eine willkürliche Gleichbehandlung von Ungleichem dar. Hier begnügte das BVerfG sich nicht damit, die Heranziehung der Schwerkriegsbeschädigten für verfassungswidrig und nichtig zu erklären, sondern es kassiert die gesamte Regelung über den Feuerwehrdienst und die Feuerwehrabgabe, damit der Gesetzgeber sich unter den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten gleichheitskonform neu orientieren könne.

Damit ergeben sich folgende mögliche Rechtsfolgen, wenn der Gesetzgeber gegen Art. 3 I GG verstößt:

(1) Von einer Belastung, die den Bürger unter Verstoß gegen dieses Grundrecht trifft, wird er frei. Nichtig ist entweder die

belastende Teilregelung oder die Gesamtregelung.

(2) Wird dem Bürger eine Begünstigung gleichheitswidrig vorenthalten, so führt die verfassungsgerichtliche Feststellung des Verstoßes gegen Art. 3 I GG nicht automatisch dazu, dass der Bürger an der Begünstigung beteiligt wird. Er kann nur erreichen, dass dem Gesetzgeber eine Neuregelung unter Vermeidung des Gleichheitsverstoßes aufgegeben, dass abschlägige Verwaltungsentscheidungen ihm gegenüber aufgehoben und dass laufende Verfahren bis zu einer Neuregelung ausgesetzt werden.