

LUCAS ERXLEBEN

Ungleichbehandlungen vorfindlich Gleicher

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

71

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 71



Lucas Erxleben

Ungleichbehandlungen vorfindlich Gleicher

Zu „Kollisionen“ zwischen
Art. 3 Abs. 1 GG und
freiheitsgrundrechtlichen Schutzpflichten
sowie dem Zufall als Auswahlkriterium

Mohr Siebeck

Lucas Erxleben, geboren 1996 unter dem Namen Pentschew; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld; 2021 erste Prüfung („erstes Staatsexamen“); Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht der Universität Bielefeld; 2025 Promotion; Rechtsreferendar am Landgericht Bielefeld.
orcid.org/0009-0002-7409-1788

ISBN 978-3-16-164747-5 / eISBN 978-3-16-164748-2
DOI 10.1628/978-3-16-164748-2

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025.

© Lucas Erxleben.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomariningen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Jasmin

Danksagung

Das Gelingen dieser Doktorarbeit ist nicht allein das Ergebnis mühseliger und (meist) freudvoller Arbeit, sondern auch einer Verkettung glücklicher Umstände und Bekanntschaften:

Ohne alles, was meine (Groß-)Eltern mir mit auf den Weg gegeben haben, hätte diese Doktorarbeit nicht entstehen können. Neben ihnen verdanke ich auch meinem übrigen privaten Umfeld den Rückhalt, der notwendig war, um sowohl das Studium der Rechtswissenschaft als auch die Promotion erfolgreich zu Ende zu bringen und mir dabei selbst treu zu bleiben: meinen Freunden, meiner Schwester und ganz besonders meiner Frau Jasmin. Um eine Brücke vom Privaten zum Beruflichen zu schlagen, möchte ich mich gesondert bei jenen Freunden bedanken, die zugleich meine Leidensgenossen in der Vorbereitung auf das „erste Staatsexamen“ waren: Benedikt E. Defly, Peter Meißner und Philipp T. Unverzagt. Neben allem Persönlichen habe ich ersteren zugleich für geduldiges Korrekturlesen dieser Doktorarbeit und letzterem dafür zu danken, dass er mich überhaupt auf den Gedanken gebracht hat, Rechtswissenschaft zu studieren.

Sodann möchte ich mich all jenen zuwenden, die besonderen Anteil daran hatten, dass ich es inzwischen (vorsichtig) wage, mich als Wissenschaftler zu bezeichnen: Ich danke meinem Doktorvater, dem Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht der Universität Bielefeld, Herrn Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M. (UWE Bristol) dafür, dass er durch sein stets offenes Ohr, seinen Einsatz und seine Freude am Erklären der beste Betreuer und Lehrer war, den ich mir hätte wünschen können und dass er ein Umfeld geschaffen hat, in dem es Spaß macht, kritisch zu denken und etwas dazuzulernen. Ebenso danke ich allen, die dieses Umfeld geprägt haben: meinen Kollegen am Lehrstuhl, meinen dortigen Mitstreitern Steffen Bulk, Sebastian Plesdonat und besonders E. Malte N. Reifegerste – meinem Freund und Bürogenossen, mit dem ich so viele spannende Gespräche führen und von dem ich so viel lernen konnte, dass ich ihn gelegentlich als Mentor bezeichne. Die vom Lehrstuhl durchgeführten Doktorandenseminare und besonders unser rechtstheoretisches Seminar werden mir stets als Höhepunkte meiner universitären Laufbahn im Gedächtnis bleiben. Erst

jetzt wird mir in Gänze klar, wie sehr diese Doktorarbeit auch Produkt ihrer Umgebung – des Lehrstuhls – ist.

Besonderer Dank in Bezug auf die Doktorarbeit gebührt den Herren Prof. Dr. Matthias Jestaedt und Prof. Dr. Oliver Lepsius, LL.M. (Chicago). Beide haben sich über Gebühr Zeit für Gespräche mit mir genommen, worin sie mich einerseits ermuntert, aber auch durch kritische Fragen zum Nachdenken über Schwachpunkte der damaligen Fassung dieser Arbeit angeregt haben.

Nicht minder herzlich bedanke ich mich bei der Zweitgutachterin der Arbeit, Frau Prof. Dr. Ulrike Davy, für das Teilen hilfreicher Gedanken einerseits und ihre freundliche, ermutigende Art andererseits. Herrn Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (UB) danke ich dafür, dass er den Vorsitz der Prüfungskommission genutzt hat, um eine ebenso spannende wie angenehme Prüfungsatmosphäre zu schaffen.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für die Gewährung eines Promotionsstipendiums, das mir nicht nur wertvollen zeitlichen Freiraum verschafft, sondern mir zudem ermöglicht hat, viele unheimlich kluge (und freundliche) Menschen kennenzulernen. In finanzieller Hinsicht habe ich ebenso dem Publikationsfonds der Universität Bielefeld und dem Ostwestfälisch-Lippischen Steuerkreis e.V. für großzügige Druckkostenzuschüsse zu danken.

Nachdem ich schließlich – dem Beispiel eines US-amerikanischen Musikers folgend – meinem Vergangenheits-Ich, ohne dessen Beharrlichkeit es diese Doktorarbeit nicht gäbe, ebenfalls einen kleinen, halb scherzhaften Dank entgegenbringen möchte, will ich diese Zeilen mit der Anerkennung eines in seiner Wichtigkeit allzu oft unterschätzten Phänomens beschließen, das gewiss einen Anteil am Gelingen dieser Arbeit hatte: des Zufalls, genauer gesagt: des Glücks.

Berlin, im Juni 2025

Lucas Erxleben

Inhaltsübersicht

Danksagung	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX

A. Forschungsfrage und Grundlagen	1
I. Eine Frage von unterschätzter Bedeutung	2
II. Beispiele für den Untersuchungsgegenstand	6
III. Rechtstheoretisches Vorverständnis und methodologische Folgerungen	16
IV. Materiellrechtliche Vorannahme: Bestehen einer freiheitsgrundrechtlichen Schutzdimension	30
V. Begriffsbestimmungen: „Konflikte“ und „Kollisionen“ im rechtstheoretischen und grundrechtsdogmatischen Zusammenhang	35
VI. (Vermeintliche) Spannungen zwischen Freiheit und Gleichheit	51
VII. Verortung der Forschungsfrage in der Normstruktur von Art. 3 Abs. 1 GG	58
VIII. Gang der weiteren Untersuchung	105

B. Entstehungsgeschichtliche Hinweise auf den Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes	107
I. Wer wird als Verfassungsgeber angesehen?	107
II. Entwurfsfassungen des heutigen Art. 3 Abs. 1 GG	109
III. Hinweise aus den Beratungen des Parlamentarischen Rats . . .	112
IV. Entstehungsgeschichtliche Hinweise neben den Beratungen des Parlamentarischen Rats	129

C. Zusammenführung von entstehungsgeschichtlichem Befund und gegenwärtigem Stand der Wissenschaft: Wertungsmaßstab der Ungleichbehandlungsrechtfertigung	150
I. Wertungsquellen	152
II. „Gegengewichte“ zur schweren Handhabbarkeit des Maßstabs	163
III. Vorschlag für den Rechtfertigungsmaßstab	166
D. Die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen vorfindlich Gleicher	168
I. Keine Rechtfertigung aufgrund vorfindlicher Unterschiede . .	169
II. Legitimer Zweck der Ungleichbehandlung	172
III. Rechtfertigungskraft des Ungleichbehandlungszwecks für die Ungleichbehandlung	177
IV. Auswahl anhand eines erlaubten Unterscheidungskriteriums .	253
E. Einfluss „außergrundgesetzlicher“ Normen auf die Forschungsfrage	280
I. Unionsrecht	280
II. Völkerrecht	285
III. Einfaches nationales Recht	287
IV. „Fremdes ,Recht““	288
V. Zwischenergebnis	289
F. Zusammenfassung der wichtigsten Forschungsergebnisse	290
G. Prüfungsschema	295
Literaturverzeichnis	297
Sachverzeichnis	321

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Forschungsfrage und Grundlagen	1
I. Eine Frage von unterschätzter Bedeutung	2
II. Beispiele für den Untersuchungsgegenstand	6
1. Freiwilligkeitssituationen	6
a) Verfassungsrechtlich nicht gebotene Leistungen	7
b) Verfassungsrechtlich nicht gebotene Eingriffe	8
c) Nachteilszufügungen durch verfassungsrechtlich nicht gebotene Leistungen	9
aa) Bloße Nachteilszufügung durch Leistung	9
bb) Eingriff durch Leistung	10
2. Verpflichtungssituationen	10
a) Schutzpflichten	11
b) Nachteilszufügungen durch Schutzpflichtenerfüllung	14
aa) Konkurrenz	14
bb) Keine Konkurrenz	15
III. Rechtstheoretisches Vorverständnis und methodologische Folgerungen	16
1. Der Gegenstand „Recht“ und seine Betrachtung	16
2. Wie kommt eine Norm zu ihrem Inhalt?	21
3. Was folgt daraus für die Ermittlung des Rechtsinhalts?	26
IV. Materiellrechtliche Vorannahme: Bestehen einer freiheitsgrundrechtlichen Schutzdimension	30
V. Begriffsbestimmungen: „Konflikte“ und „Kollisionen“ im rechtstheoretischen und grundrechtsdogmatischen Zusammenhang	35

1. Mehrere Normen mit widersprüchlichen Rechtsfolgen: Rechtsfolgenwiderspruch	36
2. Konfliktvermeidung auf Tatbestandsebene: sogenannte Grundrechtskollisionen	39
3. Folgerungen für die hiesige Begriffsverwendung	49
<i>VI. (Vermeintliche) Spannungen zwischen Freiheit und Gleichheit . .</i>	<i>51</i>
1. Freiheit und Gleichheit als vom Recht unabhängige Werte oder Zustände	51
2. Freiheitsgrundrechte in der Abwehrdimension und allgemeiner Gleichheitssatz	52
3. Freiheitsgrundrechte in der Schutzdimension und allgemeiner Gleichheitssatz	55
4. Gefundene Spannungen	57
<i>VII. Verortung der Forschungsfrage in der Normstruktur von Art. 3 Abs. 1 GG</i>	<i>58</i>
1. Bestehen einer Rechtfertigungsnotwendigkeit („Ungleichbehandlung“)	59
a) Weitgehend wertungsfreie Feststellung – einstufiger Aufbau . .	60
b) Wertungsbedürftige Feststellung – zweistufiger Aufbau	65
c) Unbedeutsamkeit für die Forschungsfrage	68
2. Rechtfertigung	68
a) Verschiedene Rechtfertigungslogiken	69
aa) Unterschiedslogik	69
bb) Zwecklogik	75
cc) Abgestufte Verbindung beider Rechtfertigungslogiken . . .	80
dd) Einordnung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	83
(1) Willkürformel	83
(2) Neue Formel	86
(3) Stufenlosformel	90
(4) Keine eindeutige Zuordnung	91
ee) Probe: Typisierung	91
b) Verschieden strenge Rechtfertigungsmaßstäbe	97
c) Folgerungen für die Beantwortung der Forschungsfrage	101
3. Zusammenfassende Darstellung	104
<i>VIII. Gang der weiteren Untersuchung</i>	<i>105</i>

B. Entstehungsgeschichtliche Hinweise auf den Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes	107
<i>I. Wer wird als Verfassungsgeber angesehen?</i>	107
<i>II. Entwurfsfassungen des heutigen Art. 3 Abs. 1 GG</i>	109
<i>III. Hinweise aus den Beratungen des Parlamentarischen Rats</i>	112
1. Gründe für die Veränderungen zwischen den Entwurfsfassungen	112
a) Die Veränderung der systematischen Stellung	112
b) Ergänzungen hinsichtlich der Bindung des Gesetzgebers und der Unantastbarkeit der Grundrechte	116
c) Die letztliche Löschung der Ergänzungen	125
2. Hinweise auf eine „Entwicklungsoffenheit“ der Grundrechte . . .	127
<i>IV. Entstehungsgeschichtliche Hinweise neben den Beratungen des Parlamentarischen Rats</i>	129
1. US-amerikanische Bundesverfassung	131
2. Schweizerische Bundesverfassung	135
3. Weimarer Reichsverfassung	141
4. Überschneidungen	148
C. Zusammenführung von entstehungsgeschichtlichem Befund und gegenwärtigem Stand der Wissenschaft: Wertungsmaßstab der Ungleichbehandlungsrechtfertigung	150
<i>I. Wertungsquellen</i>	152
1. Wertungen des „übrigen“ Grundgesetzes	152
2. Außerverfassungsrechtliche Wertungen	155
<i>II. „Gegengewichte“ zur schweren Handhabbarkeit des Maßstabs</i> .	163
1. Grenzen der Verfassung	163
2. Einzelfallbetrachtung	163
3. Ungleichbehandlungsverbote als Ausnahmeerscheinungen	164
<i>III. Vorschlag für den Rechtfertigungsmaßstab</i>	166

D. Die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	
vorfindlich Gleicher	168
<i>I. Keine Rechtfertigung aufgrund vorfindlicher Unterschiede</i>	<i>169</i>
1. Abwesenheit, Unbeachtlichkeit oder Widersprüchlichkeit vorfindlicher grundsätzlich rechtfertigungstauglicher Unterschiede	169
2. Zu schwache Ausprägung vorfindlicher grundsätzlich rechtfertigungstauglicher Unterschiede	171
3. Abgrenzung: Unterlassen einer an sich möglichen Anknüpfung an vorfindliche rechtfertigungstaugliche Unterschiede	171
<i>II. Legitimer Zweck der Ungleichbehandlung</i>	<i>172</i>
1. Benennung und Für-legitim-Erklärung eines Zwecks	172
2. Untrennbare Verknüpfung von Tuns- und Unterlassenseite der Ungleichbehandlung (Knappheit)	173
3. Eigenständige Zwecke jeweils von Tuns- und Unterlassenseite der Ungleichbehandlung	176
<i>III. Rechtfertigungskraft des Ungleichbehandlungszwecks für die Ungleichbehandlung</i>	<i>177</i>
1. Gewicht des Zweck(bündel)s	177
a) Zweck(bündel) liegt in der Erfüllung freiheitsgrundrechtlicher Ge- und/oder Verbote	178
aa) Begriffe im Zusammenhang mit der freiheitsgrundrechtlichen Schutzdimension	179
bb) Lösung von Grundrechtskollisionen in freiheitsgrundrechtlichen Zusammenhängen	181
(1) Nichtwidersprüchliche Rechtslagen	182
(2) Verbreitete Wertungskriterien	184
(a) Mögliche Folgen für das gefährdete Freiheitsgrundrechtsgut	186
(aa) Keine abstrakte Bewertung von Freiheitsgrund- rechten oder Freiheitsgrundrechtsgütern	186
(bb) Konkrete Folgenbetrachtung	189
(b) Mögliche Folgen des zum Schutz des gefährdeten Grundrechtsguts vorzunehmenden Eingriffs	190
(c) Gegenüberstellung	190
cc) Lösung von Grundrechtskollisionen zwischen Freiheitsgrundrechten und allgemeinem Gleichheitssatz	194
(1) These vom „Vorrang des Abwehrrechts“	196

(2) Abstrakte Rangfolge der „kollidierenden“ Grundrechte	197
(3) Keine „allgemeine gleiche Unfreiheit“	199
(4) Folgerungen für jene, die das Bestehen einer Schutzpflichtendimension ablehnen: freiwilliger Schutz von Freiheitsgrundrechtsgütern	206
dd) Zwischenergebnis	206
b) Freiwillig verfolgter Zweck wird vom Grundgesetz „ausdrücklich gutgeheißen“	208
aa) Staatszielbestimmung: Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG)	209
bb) Staatsprinzipien und andere Verfassungsnormen	212
cc) Abschweifung: partielle Gegenläufigkeit freiheits- und gleichheitsgrundrechtlicher Bewertungen umweltschützender Maßnahmen	213
c) Freiwillig verfolgter Zweck liegt in freiheitsgrundrechtlich nicht gebotenem Schutz von Freiheitsgrundrechtsgut und/oder in der Vermeidung rechtfertigbarer Freiheitseingriffe	214
d) Zweck wird vom Grundgesetz nicht missbilligt	218
aa) Zur Zuordnung von Zwecken zu dieser Gruppe	219
bb) Grundsätzliche Rechtfertigungskraft solcher Zwecke	221
e) Zwischenergebnis	224
2. Gewicht der Ungleichbehandlung	224
a) Bestimmung des Vorliegens von „Eigengewicht“ einer Ungleichbehandlung	224
aa) Problematik	224
bb) Mögliche Lösungsansätze	226
(1) Hohe Zahl der zu ihrem Nachteil Ungleichbehandelten	227
(2) Art des Unterscheidungskriteriums („Nähe“ zu Art. 3 Abs. 3 GG, Beeinflussbarkeit)	227
(3) Folgen der Ungleichbehandlung	230
(a) Ungleichbehandlungsfälle mit zwei denkbaren Gleichbehandlungsmöglichkeiten (Zweckbündel)	232
(b) Ungleichbehandlungsfälle mit nur einer denkbaren Gleichbehandlungsmöglichkeit (Knappheitsfälle)	237
(4) Folgerung, Zusammenfassung und Einordnung	240
(5) Abweichung im Zusammenhang mit Achtungsanspruchsverletzungen	242
b) Bestimmung der Höhe des Gewichts einer Ungleichbehandlung	242
aa) „Messbare“ Ungleichbehandlungen	243

bb) „Lebensbereich“ und Auswirkung der Ungleichbehandlung darauf (Freiheitsgrundrechte)	244
cc) Ausgleichende Maßnahmen	249
dd) Zustimmung zu einer Ungleichbehandlung ungewissen Ausgangs	250
3. Gegenüberstellung von Zweck- und Ungleichbehandlungsgewicht	251
<i>IV. Auswahl anhand eines erlaubten Unterscheidungskriteriums . . .</i>	253
1. Bedeutsamkeit des Unterscheidungskriteriums auch und gerade in den hier untersuchten Fällen	254
2. Lösungsvorschlag: Zufall	256
a) Grundgesetzliche Pflicht zur (einfachrechtlichen) Regelung von Auswahlentscheidungen	257
b) Das Zufallskriterium bei Auswahlentscheidungen	262
aa) Der Zufall als „wertungsfreies“ Kriterium?	263
bb) Praktische Beispiele für Zufallsentscheidungen „im Recht“	264
cc) Meinungen zum Zufall als Auswahlkriterium	267
dd) Das Zufallskriterium im Lichte der Forschungsfrage	271
ee) Zufallsauswahlen nur unter Beachtung des Vorbehalts des Gesetzes?	274
3. Ausnahmen	275
 E. Einfluss „außergrundgesetzlicher“ Normen auf die Forschungsfrage	280
<i>I. Unionsrecht</i>	280
1. Einschlägiges Recht	280
2. Rechtstheoretische Konstruktion	282
a) Unionsrecht als Ausgangspunkt der Rechtsbetrachtung	282
b) Nationales Recht als Ausgangspunkt der Rechtsbetrachtung . .	284
<i>II. Völkerrecht</i>	285
1. Einschlägig wirkendes Recht	285
2. Rechtstheoretische Konstruktion	286
<i>III. Einfaches nationales Recht</i>	287
<i>IV. „Fremdes „Recht““</i>	288
<i>V. Zwischenergebnis</i>	289

F. Zusammenfassung der wichtigsten Forschungsergebnisse	290
G. Prüfungsschema	295
Literaturverzeichnis	297
Sachverzeichnis	321

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AJPH	American Journal of Public Health (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts [Schweiz]
BAföG	Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (Bundesausbildungsförderungsgesetz) v. 7.12.2010 (BGBl. 2010 I S. 1952; 2012 I S. 197), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 408)
BBl.	Bundesblatt [Schweiz]
Bd.	Band
Begr.	Begründer
begr.	begründet
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 2.1.2002 (BGBl. 2002 I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.2021 (BGBl. 2021 I S. 5252)
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	schweizerisches Bundesgericht
BKartA	Bundeskartellamt
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BS	Bereinigte Sammlung der [schweizerischen] Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 29.5.1874 (BBl. 1874 I S. 284, 497)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Rechtsprechungssammlung)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Rechtsprechungssammlung)
BWahlG	Bundeswahlgesetz v. 23.7.1993 (BGBl. 1993 I S. 1288, 1594), zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.3.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 91)

bzw.	beziehungsweise
CO ₂	Kohlenstoffdioxid
d.	der
d. h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Dr.	Doktor
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
Ed.	Edition
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) v. 4.11.1950 (SEV Nr. 5; BGBl. 1952 II S. 685), zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 15 v. 24.6.2013 (SEV Nr. 213; BGBl. 2021 II S. 522)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union – Europäischer Gerichtshof
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 26.10.2012 (Abl. EU C 326, S. 391)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union v. 9.5.2008 (Abl. EG C 115, S. 13), zuletzt geändert durch Akte v. 24.4.2012 (Abl. EU L 112, S. 21)
f.	folgende
F. Cas.	Federal Cases, circuit and district courts (Rechtsprechungs-sammlung)
Fn.	Fußnote
Fortf.	Fortführer
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. 1949 S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz v. 28.6.2022 (BGBl. 2022 I S. 968)
ggf.	gegebenenfalls
GV. NW./GV. NRW.	Gesetz- und Verordnungsblatt [Nordrhein-Westfalen]
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hess. VGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IfSG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz) v. 20.7.2000 (BGBl. 2000 I S. 1045), zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 359)

IPbürgR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966 (BGBl. 1973 II S. 1533)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JöR N. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lfg.	(Ergänzungs-)Lieferung
LL.M.	legum magister
Ls.	Leitsatz
LOwG NRW	Gesetz über die Wahl zum Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen (Landeswahlgesetz) v. 16.8.1993 (GV. NRW. 1993 S. 516), zuletzt geändert durch Gesetz v. 16.2.2021 (GV. NRW. 2021 S. 189)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MindAbstUmsG Berlin	Gesetz zur Umsetzung des Mindestabstands nach dem Spielhallengesetz Berlin für Bestandsunternehmen (Mindestabstandsumsetzungsgesetz Berlin) v. 22.3.2016 (GVBl. [Berlin] S. 117)
Nds. OVG	Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer/Nummern
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
o. dgl.	oder dergleichen
OLG Rostock	Oberlandesgericht Rostock
ÖZÖR	Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
PA-DBT	Parlamentsarchiv Deutscher Bundestag (Quellenangabe für Archivgut)
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen v. 25.7.2003 (GV. NRW. 2003 S. 441), zuletzt geändert durch Gesetz v. 13.4.2022 (GV. NRW. 2022 S. 504).
Prof.	Professor
RGBL	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer/Randnummern
Rs.	Rechtssache/Rechtssachen
S.	Satz/Seite

SEV	Sammlung Europäischer Verträge/Sammlung der Europa-ratsverträge
sic	sic erat scriptum [Latein: „so wurde es geschrieben“]
StGB	Strafgesetzbuch v. 13.11.1998 (BGBl. 1998 I S. 3322), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.3.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 109)
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
u.	und
u. a.	unter anderen/unter anderem
u. dgl.	und dergleichen
U.S.	United States Reports (Rechtsprechungssammlung)
Urt.	Urteil
US	United States – Vereinigte Staaten [von Amerika]
USSC	Supreme Court of the United States – United States Supreme Court
usw.	und so weiter
UWE	University of the West of England
v.	vom/von/versus [Latein: „gegen“; hier nur in Namen US-amerikanischer Gerichtsentscheidungen]
VergabeVO NRW	Verordnung über die Vergabe von Studienplätzen in Nordrhein-Westfalen (Vergabeverordnung NRW) v. 13.11.2020 (GV. NRW. 2020 S. 1060), zuletzt geändert durch Verordnung vom 23.5.2023 (GV. NRW. 2023 S. 256)
VersG NRW	Versammlungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (Versammlungsgesetz NRW) v. 17.12.2021 (GV. NRW. 2022 S. 2)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung) v. 12.4.2016 (BGBl. 2016 I S. 624), zuletzt geändert durch Verordnung v. 7.2.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 39)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer
WiVerw.	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs [Weimarer Reichs- verfassung] v. 11.8.1919 (RGBl. 1919 S. 1383)
Z.	Zeile
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10.12.1907 (AS 24 233; 27 207; BS 2 3)
ZÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht

A. Forschungsfrage und Grundlagen

„Die allgemeine gleiche Unfreiheit. Das ist die Gefahr.“¹

Diese Aussage wurde im Parlamentarischen Rat während der Beratungen über den allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes getroffen. Sie drückt die Sorge davor aus, dass Gleichheit – genauer gesagt: Gleichbehandlung – manchmal nur auf Kosten von Freiheit verwirklicht werden könne und beschreibt, dass dies nicht um jeden Preis wünschenswert sei. Dieser Gedanke wird insbesondere in solchen Fällen interessant, die den Inhalt dieser Arbeit ausmachen: Fällen, in denen zwischen Ungleichbehandelten oder in der Zukunft noch ungleich zu Behandelnden keine Unterschiede vorzufinden sind, welche eine bereits geschehene oder bislang nur gedachte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen, während die Alternative zur Ungleichbehandlung – eine Gleichbehandlung – jedoch Nachteile mit sich brächte, die sich zumindest auf den ersten Blick als Ausdruck von Unfreiheit beschreiben ließen. Es stellt sich die Frage: Kann es Fälle geben, in denen „wesentlich Gleiches“ ungleich behandelt werden darf?

Im ersten Teil dieser Arbeit wird zunächst die Forschungsfrage näher vorgestellt und der Bedarf nach ihrer Beantwortung dargelegt werden (dazu Abschnitt I). Fallbeispiele sollen die Forschungsfrage verdeutlichen (dazu Abschnitt II). Sodann werden das dieser Arbeit zugrunde liegende rechtstheoretische Verständnis und daraus gezogene Folgerungen für die Methodik offenbart (dazu Abschnitt III), eine materiellrechtliche Vorannahme getroffen (dazu Abschnitt IV) und notwendige Begriffsbestimmungen vorgenommen werden (dazu Abschnitt V). Danach soll umrissen werden, in welchem (vermeintlichen) Spannungsfeld „zwischen Freiheit und Gleichheit“ (dazu Abschnitt VI) und an welcher Stelle in der Normstruktur des allgemeinen Gleichheitssatzes die Beantwortung der Forschungsfrage stattfinden wird (dazu Abschnitt VII). Aus diesen Erkenntnissen wird zuletzt der Gang der weiteren Untersuchung entwickelt werden (dazu Abschnitt VIII).

¹ *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Parlamentarischer Rat*, Bd. 5/I, S. 751.

I. Eine Frage von unterschätzter Bedeutung

Der Staat „will“ oder – etwa, wenn Schutzpflichten es (vordergründig) gebieten² – muss (vordergründig) regelmäßig ungleich behandeln. Ein Großteil der Literatur und Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG (im Folgenden, wie üblich, auch als allgemeiner Gleichheitssatz bezeichnet) widmet sich der Frage, aufgrund welcher *vorfindlichen* Unterschiede zwischen Grundrechtsträger und Vergleichsperson eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sei. Mit dem eben verwendeten Begriff der „Vorfindlichkeit“ ist hier gemeint, dass der Staat die jeweiligen Unterschiede nicht mit Blick auf eine konkrete Ungleichbehandlungsentscheidung selbst erzeugt, sondern bereits vorgefunden hat.³

Es kann jedoch Fälle geben, worin keine vorfindlichen Unterschiede bestehen, die eine (geplante) Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Das ist zum einen der Fall, wenn ein Grundrechtsberechtigter und eine Vergleichsperson, die einer staatlichen Maßnahme unterworfen wurden oder werden sollen, hinsichtlich aller für eine etwaige Rechtfertigung maßgeblichen Eigenschaften *gleich* vorgefunden werden. Denkbar ist auch, dass zwar grundsätzlich Unterschiede hinsichtlich dieser Eigenschaften bestehen, diese *Unterschiede aber zu schwach ausgeprägt* sind, um eine bestimmte Ungleichbehandlung angesichts ihrer „Tragweite“ zu rechtfertigen. Zuletzt besteht die Möglichkeit, dass zwar bestimmte Unterschiede bestehen, die eine Ungleichbehandlung jeweils für sich genommen rechtfertigen würden, daneben aber noch andere – gewissermaßen gegenläufige – Unterschiede bestehen, die für eine genau „gegenteilige“ Ungleichbehandlung sprechen, sodass alle Unterschiede innerhalb eines Vergleichspaares sich bei einer Gesamtbetrachtung gewissermaßen gegenseitig aufheben.⁴

Darf der Staat die Teile des Vergleichspaares trotz der eben beschriebenen vorfindlichen Gleichheit ungleich behandeln? Falls nein: Bedeutet dies, dass „an sich“ bestehende Schutzpflichten des Staates ausnahmsweise nicht be-

² Geboten ist in diesen Fällen nicht die Ungleichbehandlung um ihrer selbst willen, sondern eine Maßnahme, welche aufgrund der tatsächlichen Umstände (z. B. Knappheit) zwingend ungleich behandelt. Das Bestehen von Schutzpflichten ist umstritten, wird aber so verbreitet angenommen (siehe dazu Abschnitt A IV [ab S. 30]), dass es in dieser Arbeit unterstellt wird, wobei punktuell ein Schweißblick auf die Auswirkungen, die es hätte, wenn man nicht vom Bestehen von Schutzpflichten ausginge, geworfen werden wird (siehe dazu Abschnitt D III 1 a cc (4) [ab S. 206]).

³ Siehe dazu ausführlich in Abschnitt A VII 2 a aa (ab S. 69).

⁴ Eine ausführlichere Beschreibung dieser Fallgruppen findet sich in Abschnitt D I (ab S. 169).

stehen, wenn zu ihrer Erfüllung Ungleichbehandlungen vorfindlich Gleiches notwendig wären? Falls ja: Wie darf oder muss der Staat unter den möglichen Maßnahmenadressaten eine Auswahl treffen, da ihm vorfindliche Unterschiede zur Entscheidungsfindung ja nicht „zur Verfügung stehen“?

Diese Fragen stellen sich im staatlichen Entscheidungsalltag nicht selten, wie etwa ein Blick auf das Vergaberecht⁵, staatliche Leistungsgewährung oder die durch die Corona-Pandemie in jüngerer Vergangenheit ins Bewusstsein gerückte Möglichkeit der Notwendigkeit einer Triage⁶ – die auch abseits von Pandemien Alltag in Deutschlands Hospizen ist⁷ – zeigt. Keineswegs kann unterstellt werden, dass in jeder Entscheidungssituation vorfindliche rechtfertigungstaugliche Unterschiede zwischen (in der Zukunft möglicherweise) Ungleichbehandelten bestehen.

Einige wenige Gleichheitsrechtler führen ausdrücklich an, dass auch (anlässlich einer [geplanten] Ungleichbehandlung) staatlicherseits erzeugte, nach hiesiger Begriffsverwendung also nichtvorfindliche, Unterschiede – z. B. hinsichtlich einer „Betroffenheit von Losglück“ – rechtfertigungstauglich sein können.⁸ Diesem Gedanken schließt sich indes zwangsläufig die Frage an, welche Voraussetzungen für die Erlaubtheit und welche Anforderungen an das Verfahren der Erzeugung von Unterschieden bestehen. Das wird besonders deutlich, wenn man statt des (bundesverfassungsgerichtlichen) Kontrollblickwinkels, aus dem die erzeugten Unterschiede bereits sichtbar sind, weil beispielsweise ein Losverfahren schon durchgeführt wurde, den (gesetzgeberischen oder verwaltungsseitigen) Entscheidungsblick-

⁵ Vgl. BR-Drs. 87/16, S. 225; siehe zudem den dort begründeten § 75 Abs. 6 VgV.

⁶ Das Bundesverfassungsgericht sprach in BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, BVerfGE 160, 79, eine Verpflichtung zur gesetzlichen Regelung der Triage aus, um eine Benachteiligung behinderter Menschen aufgrund ihrer Behinderung auszuschließen, woraufhin das Infektionsschutzgesetz angepasst wurde (vgl. BT-Drs. 20/3877, S. 1 f.). Einige Stimmen äußerten sich in diesem Zusammenhang zu Losentscheiden: Siehe aus der Rechtswissenschaft etwa T. Walter, Die Zeit v. 2.12.2021, 15 (15); zu Stimmen aus der Politik M. Peer, Triageregulung stößt bei den Grünen auf Widerstand, Zeit Online, zuletzt aktualisiert am 12.9.2022, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2022-09/pandemie-triage-regelung-widerstand-gruene>, zuletzt abgerufen am 22.4.2025; aus ärztlicher Sicht S. Kluge, „Auszulosen, wer behandelt wird, halte ich nicht für sinnvoll“, Zeit Online, zuletzt aktualisiert am 11.5.2022, <https://www.zeit.de/gesundheits/2022-05/triage-gesetz-entwurf-intensivmediziner-interview>, zuletzt abgerufen am 22.4.2025.

⁷ Siehe nur L. Gather, Wenn im Hospiz kein Platz ist, Tagesschau, zuletzt aktualisiert am 23.3.2023, <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/hospiz-platzmangel-101.html>, zuletzt abgerufen am 5.3.2025 – inzwischen nicht mehr abrufbar, liegt dem Verfasser vor.

⁸ Nachweise zu sowie eine Auseinandersetzung mit dieser (noch) wenig verbreiteten Sicht finden sich in Fn. 11 in diesem Abschnitt sowie in Abschnitt A VII 2 a aa (ab S. 69).

winkel einnimmt. Aus diesem Blickwinkel nämlich sind noch keine (erzeugten) Unterschiede zwischen den (möglicherweise in der Zukunft) Ungleichbehandelten sichtbar, weil noch gar kein Losverfahren o.ä. durchgeführt wurde.

Bleibt man, nur für den Augenblick, einen gedanklichen Schritt vorher stehen, fasst unter den Begriff des Unterschieds allein *vorfindliche* Unterschiede, und nimmt man zudem die vereinfachte Wiedergabe des Gehalts von Art. 3 Abs. 1 GG ernst, wonach (wesentlich) Gleiches nicht ungleich behandelt werden dürfe⁹, muss man für die besagten Fälle wohl annehmen, dass eine (geplante) ungleichbehandelnde Maßnahme darin stets verboten sei. Die Kurzformel, wonach Gleiches gleich zu behandeln sei, wird bei näherem Hinsehen freilich aufseiten des Begriffs des „Gleichen“ aufgeweicht, indem gesagt wird, dass damit keine völlige Gleichheit (letztlich Identität), sondern eine – oft so oder so ähnlich bezeichnete – „verhältnismäßige Gleichheit“ gemeint sei.¹⁰

Der Fall jedoch, dass innerhalb eines betrachteten Vergleichspaares jene verhältnismäßige Gleichheit besteht und darin dennoch eine Ungleichbehandlung vorgenommen wird (oder werden soll), harrt der grundrechtsdogmatischen Durchdringung: Ausdrücklich wird die Figur der Ungleichbehandlung vorfindlich Gleicher nur selten erwähnt;¹¹ wo dies doch geschieht, wird die Frage, ob und wann solche Ungleichbehandlungen gerechtfertigt sein können, eher gestreift als ausführlich untersucht.¹² Im rechtsdogmati-

⁹ Beispielhaft aus der Kommentarliteratur *H. D. Jarass* in: Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 12; die Kurzformel war früh Bestandteil der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, siehe nur BVerfG, Urt. v. 23.10.1951, 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 (52).

¹⁰ Siehe dazu näher bei und in Fn. 328 in diesem Abschnitt.

¹¹ Siehe insbesondere Fall 29 bei *S. Kempny/P. Reimer*, Gleichheitssätze, S. 161; zumindest angedeutet wird das Problem (oder eine Möglichkeit seiner Lösung), wenn Ergebnisse von Zufallsentscheidungen als vor Art. 3 Abs. 1 GG ungleichbehandlungsrechtlich fähige Unterschiede bezeichnet werden, vgl. *S. Kempny* in: Schön/Stark, Zukunftsfragen, S. 27 (31); *S. Kempny/M. Lämmle*, JuS 2020, 113 (116); *U. Kischel* in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 67 (Stand: 57. Ed., 2024); *P. Reimer* in: Mangold/Payandeh, Antidiskriminierungsrecht, § 17 Rn. 40; *P. Reimer* in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. IV, § 128 Rn. 84; siehe aus der Rechtsprechung BVerfG, Beschl. v. 5.3.1991, 1 BvL 83/86, 1 BvL 24/88, BVerfGE 84, 9 (24); implizit werden derlei Fälle auch in den sogleich in Fn. 12 in diesem Abschnitt genannten Quellen von *M. Sachs* behandelt.

¹² Eher ausführlich ist der Problemfall, dass eine Ungleichbehandlung nicht aufgrund vorfindlicher Unterschiede gerechtfertigt werden kann (dort anders ausgedrückt), bei *M. Sachs* in: Stern/Sachs/Dietlein, Staatsrecht, 1. Aufl., Bd. IV/2, S. 1567–1570, beschrieben, jedoch ohne tiefeschürfenden Problemlösungsvorschlag; siehe auch etwa *M. Sachs/C. Jasper*, JuS 2016, 769 (773); *M. Sachs*, JuS 1997, 124 (129). Daneben findet sich u. a. die nicht speziell auf Art. 3 Abs. 1 GG bezogene Feststellung bei *O. Depenheuer*, JZ 1993,

schen Schrifttum zum allgemeinen Gleichheitssatz wird das Problem regelmäßig nicht erwähnt oder nur mittelbar angedeutet.¹³ Auch unter Rückgriff auf „gewöhnliche“ Formulierungen zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aus Literatur und Rechtsprechung lässt sich keine befriedigende Lösung erzielen, weil besagte Formulierungen im Zusammenhang mit der hier untersuchten Frage entweder nicht ohne Weiteres verständlich sind¹⁴ oder angenommen werden muss, dass sie regelmäßig nicht auf das hier untersuchte Problem zugeschnitten sind und deshalb im hier untersuchten Zusammenhang nicht „beim Wort genommen“ werden sollten¹⁵. In Quellen etwa zum Vergaberecht oder der Medizinethik finden sich zwar ebenfalls Andeutungen zum Problem, sie sind aber entweder gar nicht erst rechts-

171 (176), dass ein Losentscheid zur Entscheidungsfindung aus Gleichheitssicht folgerichtig erscheinen könne, wenn allen Handlungsalternativen gemein sei, dass sie „jedenfalls besser als schlichtes Nichthandeln“ seien, ohne dass erwähnt wird, wie das Besser-als-schlichtes-Nichthandeln-Sein festgestellt werden könne. Andernorts findet sich die an sich überzeugende Aussage, eine Auswahl durch Zufallsverfahren sei dann gerechtfertigt, „wenn zwei Sachverhalte im Hinblick auf die für die Angemessenheit bedeutsamen Belange keine erkennbaren Unterschiede aufweisen“ (*H. D. Jarass*, NVwZ 2017, 273 [279]), die jedoch auch nicht näher erkennen lässt, wann eine Ungleichbehandlung (dann ggf. unter Zuhilfenahme von Zufallsverfahren) trotz der vorfindlichen Gleichheit überhaupt „dem Grunde nach“ gerechtfertigt ist. Dies ist jedoch ein entscheidender Gesichtspunkt, weil nicht jede Ungleichbehandlung vorfindlich Gleicher allein deshalb gerechtfertigt sein dürfte, weil die Maßnahmenadressaten durch den Zufall bestimmt werden.

¹³ Keine ausdrückliche Erwähnung des Problems findet sich etwa bei *A. Thiele* in: Dreier, 4. Aufl., Art. 3 I (passim); ebenso wenig bei *T. Kingreen* in: BK GG, Art. 3 (passim) (Stand: 202. Lfg., 2020), siehe allerdings die mittelbar auf das Problem bezogenen Ausführungen und Verweise in Rn. 337 f.; bei *S. Huster* in: Berl. Komm. GG, Art. 3 Rn. 41 (Stand: 50. Lfg., 2016), findet sich der treffende Hinweis, dass nicht nur Unterschiede zwischen Ungleichbehandelten für die Ungleichbehandlungsrechtfertigung bedeutsam sein könnten.

¹⁴ Uneindeutig ist beispielsweise, ob mit rechtfertigungstauglichen sachlichen „Gründen“ (nur) Unterschiede zwischen Ungleichbehandelten gemeint sind (in diese Richtung und abstellend auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwa *A. Thiele* in: Dreier, 4. Aufl., Art. 3 I Rn. 39, dessen Formulierung lediglich ein Beispiel von vielen ist); siehe zur diesbezüglichen Untersuchung des bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Abschnitt A VII 2 a dd (ab S. 83).

¹⁵ Beispielhaft sei auf die auch unter Verwendung der sogenannten Stufenlos-Formel gängige Ausdrucksweise des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen, dass allein „Unterschiede von [bestimmter, L. E.] Art und [bestimmtem, L. E.] Gewicht“ Ungleichbehandlungen rechtfertigen könnten, vgl. dazu bei und in Fn. 419 in diesem Abschnitt; ähnlich die Formulierung bei *R. Alexy*, Theorie, S. 391 Fn. 91, wonach „[b]ei wertmäßiger Gleichheit [...] stets Gleichbehandlung geboten“ sei (zum Begriff der wertmäßigen Gleichheit siehe *R. Alexy*, Theorie, S. 363), was etwa im Fall einer von einem Grundrechtsgebundenen vorzunehmenden Triage bei der Abwesenheit vorfindlicher Unterschiede bedeuten würde, dass keiner der Rettungsbedürftigen gerettet werden dürfte, wie sogleich (siehe Abschnitt A II 2 a [ab S. 11]) vertieft werden wird.

dogmatischer, sondern beispielsweise philosophischer Art, oder sie beziehen sich nur auf wenige Gesichtspunkte wie Auswahlverfahren, ohne das Problem der Ungleichbehandlung vorfindlich Gleicher vor dem allgemeinen Gleichheitssatz ganzheitlich zu untersuchen.¹⁶ Insbesondere wird regelmäßig vorausgesetzt, dass es in bestimmten Lagen gut, erlaubt oder gar geboten sei, eine Ungleichbehandlung vorzunehmen, ohne dass die gedanklichen Schritte, die zu diesem (angesichts vorfindlicher Gleichheit nicht selbstverständlichen) Zwischenergebnis geführt haben, ausführlich und unter Bezugnahme auf die Vorgaben des allgemeinen Gleichheitssatzes abgebildet werden.

Insofern zeigt sich eine Forschungslücke, welche diese Arbeit schließen soll: Sie widmet sich den Fällen, worin vorfindliche Gleichheit zwischen einem Grundrechtsträger und einer Vergleichsperson besteht, eine Gleichbehandlung beider aber Auswirkungen zeitigte, die (zumindest aus einem wertenden, womöglich aber auch aus einem rechtlichen Blickwinkel) ablehnenswert erscheinen.

II. Beispiele für den Untersuchungsgegenstand

Die Bedeutsamkeit der Frage nach der Rechtfertigbarkeit von Ungleichbehandlungen vorfindlich Gleicher lässt sich anhand folgender Beispiele für Lagen, worin der Staat ungleichbehandelnde Maßnahmen vornehmen „will“ – hier bezeichnet als Freiwilligkeitssituationen – (dazu Abschnitt 1) oder (vordergründig) vornehmen muss – hier bezeichnet als Verpflichtungssituationen – (dazu Abschnitt 2) verdeutlichen. Dazu sei angemerkt: Wie es ihrer Eigenschaft als Beispiele geschuldet ist, sind sie nicht als abschließend zu begreifen. Der Blickwinkel, woraus die Beispiele geschildert sind, entspricht dem eines Amtswalters, der in einer tatsächlichen Lage entscheiden muss, ob und, wenn ja, welche Maßnahme(n) er ergreift (Entscheidungsblickwinkel). Dieser Blickwinkel wird im Verlauf der Arbeit teils verändert werden, indem fingiert werden wird, eine Maßnahme sei bereits ergriffen worden und nun auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu untersuchen (Kontrollblickwinkel).

1. *Freiwilligkeitssituationen*

Im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ist denkbar, dass der Staat ohne verfassungsrechtliches Gebot, d. h. freiwillig, an manche leis-

¹⁶ Siehe zu diesen Quellen insbesondere Abschnitt D IV (ab S. 195).

ten will (dazu Abschnitt a),¹⁷ dass er abseits von Leistungen freiwillig ein Ziel verfolgt, das einen Freiheitsgrundrechtseingriff bedingt (dazu Abschnitt b), oder dass durch die freiwillige Erbringung einer Leistung Dritten ein Nachteil zugefügt wird, der unter Umständen sogar in einem Freiheitsgrundrechtseingriff bestehen kann (dazu Abschnitt c).

Zumeist werden Art.-3-Abs.-1-GG-Prüfungen sich in diesen Fällen der dann anhand vorfindlicher Unterschiede zu beantwortenden Frage widmen, ob der Staat unter allen möglichen Adressaten „die richtigen“ für die jeweilige (Nicht-)Begünstigung bzw. (Nicht-)Belastung ausgewählt habe. In den hier untersuchten Fällen, worin vorfindliche Unterschiede nicht bestehen, ist eine solche Prüfung jedoch nicht durchführbar und stellt sich zunächst die Frage, ob Ungleichbehandlungen angesichts der vorfindlichen Gleichheit überhaupt gerechtfertigt sein können.

a) Verfassungsrechtlich nicht gebotene Leistungen

Wenn der Staat leisten will, dann üblicherweise nicht an alle gleichermaßen. Zumeist hat er ein Ziel, dessen Förderung es als sinnvoll erscheinen lässt, den Kreis der Leistungsempfänger zu begrenzen. Beispielsweise wäre es dem Abbau von sozialen Ungleichheiten möglicherweise weniger zuträglich, anstatt der jeweils hinsichtlich eines bestimmten Kriteriums sozial Benachteiligten alle (also auch als nichtbenachteiligt Angesehene) gleichermaßen zu fördern. Denkbar ist jedoch auch, dass der Staat zwar am liebsten „jedem“¹⁸ eine Leistung zuteilwerden ließe, davon jedoch aufgrund von Sachzwängen (etwa wegen begrenzter finanzieller Mittel in den Staatshaushalten oder Knappheit anderer Güter als Geld) absehen muss.¹⁹ Verdeutlicht sei ein solcher Fall am

Filter-Beispiel: Der Staat möchte eine in seinem Eigentum stehende CO₂-Filteranlage (im Folgenden: [CO₂-]Filter) an ein produzierendes Unternehmen verschenken und übereignen, damit es in die Lage versetzt werde, umweltfreundlicher zu produzieren. Unter den Bewerbern verbleiben zwei hinsichtlich aller für eine Ungleichbehandlungsrechtfertigung tragfähigen Eigenschaften gleiche Unternehmen A und B, die sich auch – soweit feststellbar – gleichzeitig um den Filter beworben haben (die Feststellung des Bewerbungszeit-

¹⁷ Die Verfolgung eines entsprechenden Zwecks (Leistung nur an manche) wird am Beispiel des kürzlich geänderten BAFöG deutlich, vgl. BT-Drs. 20/1631, S. 1.

¹⁸ Regelmäßig kommt nicht wirklich „jeder“ als Adressat in Betracht, sondern es besteht eine oft unausgesprochene Vorauswahl. Für die Erteilung einer Subvention an Unternehmen kommen etwa Verbraucher von Anfang an nicht in Betracht.

¹⁹ Beispielsweise in Fällen, worin der Staat an „jeden“ leisten könnte, davon aber aus Gründen der Mittelleinsparung absieht, kann man mit *S. Kempny* in: Schön/Stark, Zukunftsfragen, S. 27 (45), von „zusammengesetzten‘ Zweck[en]“ von Ungleichbehandlungen sprechen.

punkts erfolgte mittels eines Fristenbriefkastens und somit nur tageweise)²⁰. Die Förderung von nur A oder B hätte keine Wettbewerbsbeeinträchtigung für den jeweils Nichtbegünstigten zur Folge.

Darf der Staat in diesem Fall die Filteranlage (gezwungenermaßen nur) A oder B schenken und übereignen? Falls ja: Macht Art. 3 Abs. 1 GG Vorgaben hinsichtlich der Einzelheiten der Auswahl? Wäre es etwa verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der mit der Zuteilung betraute Amtswalter Unternehmen A begünstigte, weil es seiner Schwester gehörte? Dafür könnte sprechen, dass Unternehmen A hinsichtlich aller „Würdigkeitskriterien“ „genauso gut“ wie Unternehmen B erscheint. Spielen die Beweggründe für die Auswahl deshalb keine Rolle, oder muss zwischen den beiden Unternehmen gerade deshalb eine Auswahl stattfinden, die nicht an intersubjektiv unüberzeugenden Merkmalen wie persönlichen Beziehungen zu Inhabern ausgerichtet ist?

Eine Lage des Wettstreits vieler, die hinsichtlich einer bestimmten Verteilungsfrage vorfindlich gleich erscheinen, dürfte in der Praxis – etwa im Vergaberecht – nicht selten auftreten. Nicht immer wird sich ein hinsichtlich der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen überzeugender „Würdigkeitsunterschied“ zwischen Bewerbern finden lassen.

b) Verfassungsrechtlich nicht gebotene Eingriffe

Ebenso ist denkbar, dass der Staat, um freiwillig einen Zweck zu verfolgen, einen Eingriff vornehmen muss. Zeigen lässt sich ein entsprechender Fall am

Spielhallen-Beispiel:²¹ Der Staat beabsichtigt, die Anzahl an Spielhallen in einem bestimmten Gebiet zu begrenzen, um Gesundheitsschutz zu betreiben, indem er die Anzahl spielsuchthervorrufender oder -begünstigender Orte verkleinert. Zu diesem Zweck ändert er die einfache Rechtslage dahingehend, dass Erlaubnisse für den Betrieb entsprechender Einrichtungen aufgehoben werden müssen, wenn zwischen zwei Spielhallen kein Abstand von mindestens 500 Metern Luftlinie besteht. Spielhallen, für deren Betrieb keine Erlaubnis besteht, müssen geschlossen werden. Unter den von dieser Rechtslage „bedrohten“ Spielhallen finden sich die hinsichtlich aller wertungsbedürftigen Kriterien gleichen Spielhallen der Betreiber A und B. Für diesen Fall sieht das einfache Recht keine „Handlungsanweisung“ für den zuständigen Amtswalter vor.

Darf der Amtswalter in diesem Fall nur einer der beiden Spielhallen die Erlaubnis entziehen, oder verbietet das der allgemeine Gleichheitssatz?

²⁰ Ohnehin ist zweifelhaft, ob man in unterschiedlichen Bewerbungszeitpunkten, die beide innerhalb einer gesetzten Frist liegen, einen ungleichbehandlungsrechtfertigungs-tauglichen Unterschied erblicken kann.

²¹ Das Beispiel hat praktische Vorkommnisse zum Vorbild, siehe dazu etwa *H. D. Jarass*, NVwZ 2017, 273 (273 f.); VGH BW, Beschl. v. 22.11.2023, 6 S 1625/23, DÖV 2024, 244.

Falls es in solchen Fällen aufgrund des allgemeinen Gleichheitssatzes verboten wäre, nur einer von mehreren in Betracht kommenden Spielhallen die Erlaubnis zu entziehen, bedeutete dies, dass der Staat – wollte er an der mindestens gleich wirksamen Verfolgung des Gesundheitsschutzzwecks festhalten – gezwungen wäre, alle vorfindlich gleichen Spielhallen innerhalb derselben Fläche schließen zu lassen. Mit anderen Worten müsste er aus Gleichheitsgründen „mehr Eingriffe“ vornehmen, als er zur Zweckförderung für nötig hielte.

Falls der Amtswalter hingegen nur einer der beiden Spielhallen die Erlaubnis entziehen dürfte, stellte sich erneut die Auswahlfrage.

c) Nachteilszufügungen durch verfassungsrechtlich nicht gebotene Leistungen

Freiwillige Leistungen des Staates können für Nichtbegünstigte einerseits insofern nachteilig sein, als daraus eine schlechte tatsächliche Auswirkung, die über das bloße Nicht-begünstigt-Sein hinausgeht²², folgen kann (dazu Abschnitt aa), andererseits kann die Begünstigung sogar einen Eingriff in ein Freiheitsgrundrecht eines Nichtbegünstigten darstellen (dazu Abschnitt bb).

aa) Bloße Nachteilszufügung durch Leistung

Ein Fall bloßer Nachteilszufügung durch Leistung kann veranschaulicht werden am

Lieferwagen-Beispiel: Einer Stadt gehört ein Lieferwagen, den sie nicht mehr benötigt. Sie möchte die örtliche Wirtschaft fördern und beschließt (unterstellt sei, dass haushaltsrechtlich nichts dagegen spreche), den Lieferwagen im „abgekürzten Zahlungswege“ – anstatt ihn zu veräußern und den Erlös einem Unternehmen zu geben – an ein ansässiges Unternehmen zu verschenken und zu übereignen. Nach Durchführung des Auswahlverfahrens bleiben zwei mit Blick auf alle maßgeblichen Kriterien gleichermaßen „würdige“ Pizzalieferdienste A und B übrig. Die beiden Betriebe stehen in unmittelbarer Konkurrenz. Mithilfe des Lieferwagens könnte der Geförderte deutlich effizienter ausliefern, sodass er in der Lage wäre, seine Preise spürbar zu senken. Der Nichtgeförderte verlöre dadurch einige Kunden. Durch die Effizienzsteigerung beim Geförderten könnte dieser sein Angebot jedoch so vergünstigen, dass insgesamt mehr Leute als ohne die Förderung Pizza bestellten, sodass der Geförderte mehr Kunden hinzugewönne, als der Nichtgeförderte verlöre.

In diesem Fall ist nicht davon auszugehen, dass in der Förderung des einen ein Eingriff in die Berufsfreiheit des anderen läge.²³ Dennoch kann zumin-

²² Zur erheblichen Bedeutsamkeit dieses Umstands im Rahmen der Ungleichbehandlungsrechtfertigung siehe näher insbesondere in Abschnitt D III 2 a bb (3) (ab S. 176).

²³ Vgl. F. Wollenschläger in: Dreier, 4. Aufl., Art. 12 Rn. 86 (wo sich auch eine Über-

dest eine tatsächliche Nachteiligkeit der Leistung für den Nichtbegünstigten festgestellt werden. Es fragt sich, ob die Schenkung und Übereignung des Lieferwagens an nur A oder nur B vor diesem Hintergrund gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstieße und falls nein, wie zwischen beiden auszuwählen wäre.

bb) Eingriff durch Leistung

Eine staatliche Leistung kann jedoch auch einen Eingriff für von der Leistung nicht Begünstigte bedeuten, etwa wie im nachfolgenden

Blitzlieferwagen-Beispiel: Anders als im Lieferwagen-Beispiel²⁴ verlöre der Nichtbegünstigte infolge der Förderung seines Konkurrenten so viele Kunden, dass er seinen Betrieb aufgeben müsste, weil der verschenkte Lieferwagen besonders schnell ist.

In diesem Fall stellte sich eine Förderung des einen als Eingriff in die Berufsfreiheit des anderen dar.²⁵ Umso dringlicher stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit einer Förderung von nur A oder nur B mit Art. 3 Abs. 1 GG und ggf. nach Vorgaben für die Auswahl zwischen beiden.

2. Verpflichtungssituationen

Mit Verpflichtungssituationen sind hier solche gemeint, worin den Staat (vordergründig) eine freiheitsgrundrechtlich begründete Tunspflicht (insbesondere Schutzpflicht) trifft, er also zumindest bei alleiniger Betrachtung²⁶ von Freiheitsgrundrechten aktiv handeln (etwas tun) *muss*. Dieses Müssen

sicht über verschiedene Ansichten dazu findet, wann die Förderung von Mitbewerbern einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstelle): Wegen des Erfordernisses einer berufsregelnden Tendenz ist nicht jeder staatlich herbeigeführte Nachteil im Zusammenhang mit der Berufsausübung ein Eingriff in die Berufsfreiheit, sondern der Nachteil muss eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten (wobei die genaue Höhe dieser Schwelle umstritten ist). Unterstellt sei für dieses Beispiel jedoch, dass sie nach allen Ansichten nicht überschritten sei.

²⁴ Siehe dazu Abschnitt A II 1 c aa (ab S. 9).

²⁵ Siehe statt vieler *F. Wollenschläger* in: Dreier, 4. Aufl., Art. 12 Rn. 45, 86.

²⁶ Der relativierende Zusatz „bei alleiniger Betrachtung“ bezüglich der Freiheitsgrundrechte ist deshalb entscheidend, weil ohne ihn ein Teil des Untersuchungsergebnisses vorweggenommen würde: ohne ihn stünde fest, dass dem Staat ein bestimmtes Tun geboten wäre, unabhängig davon, ob dadurch vorfindlich Gleiche möglicherweise ungerechtfertigterweise ungleich behandelt würden. Stellte sich die Ungleichbehandlung als ungerechtfertigt heraus, bestünde zwangsläufig ein Rechtsfolgenwiderspruch (siehe dazu Abschnitt A V 1 [ab S. 36]), da ein Freiheitsgrundrecht dann ein Tun, der allgemeine Gleichheitssatz das Unterlassen jenes Tuns geböte. Die Möglichkeit, dass aufgrund einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung im Einzelfall gar keine Tunspflicht besteht, wäre aber bereits ausgeschlossen.