

Grundgesetz: GG

Epping / Hillgruber

3. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74715-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

im Grundsatz auch BVerfGE 116, 164 (194 f.) = NJW 2006, 2757 (2761 f.); grundlegende Gegenposition bei Morgenthaler FS Isensee, 2007, 911 (915 ff.); zum sonstigen Meinungsstand zusp. Tipke, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl. 2000, 337 ff.). Sie stellen also keinen nur ausnahmsweise zulässigen Fremdkörper im Steuerrecht dar, sodass der Gesetzgeber verpflichtet wäre, sich gegen tagesaktuelle Interventionswünsche abzuschirmen (so aber P. Kirchhof AöR 128 (2003), 1 (46 ff.)). Sie sind keine besonders rechtfertigungsbedürftige Durchbrechung des Fundamentalprinzips gerechter Besteuerung (so aber Tipke/Lang/Hey, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 3 Rn. 131 ff.), sondern bilden neben und gleichwertig mit der Leistungsfähigkeit (→ Rn. 147 f.) einen **weiteren Orientierungsmaßstab der Besteuerung** und können selbst eine ungleiche Besteuerung rechtfertigen (BVerfGE 117, 1 (32) = NJW 2007, 573 (575); BVerfGE 135, 126 (151) = NVwZ 2014, 1084 (1088)).

Lenkungszwecke scheinen vom 2. Senat etwas zurückhaltender bewertet zu werden, wobei allerdings die klare Linie fehlt: In BVerfGE 116, 164 (191 ff., 194 ff.) = NJW 2006, 2757 (2761 ff.) wird zunächst ausdrücklich offen gelassen, ob Lenkungsziele nicht nur ergänzend, sondern auch für sich genommen rechtfertigend wirken können, eben diese selbstständige Rechtfertigungswirkung aber wenige Seiten später in fallentscheidender Weise ohne weiteres angenommen. Ein eher versteckter Hinweis auf dann möglicherweise „strenge[r] Anforderungen“ bleibt unbegründet, in seiner Geltung vage und in seiner konkreten Anwendung nicht erkennbar, da anschließend nurmehr wie üblich von „hinreichende(n) Gründe(n)“ die Rede ist, BVerfGE 116, 164 (195 f.) = NJW 2006, 2757 (2762). **158.1**

Die Forderung, der **Subventionsgrund müsse von solcher Art und solchem Gewicht** sein, dass er die Durchbrechung der einmal getroffenen Belastungsentscheidung rechtfertige (so Mellinshoff DStR 2003, Beiheft 3, 3 (10)), wird vom BVerfG zu Recht nicht erhoben. Dies ist umso wichtiger, als diese Forderung sich erkennbar an die neue Formel (→ Rn. 28) anlehnt, aber nicht eine Ungleichbehandlung iSv Art. 3 für rechtfertigungsbedürftig erklärt, sondern die bloße Nichteinhaltung der Belastungsentscheidung des nur einfachen Gesetzgebers durch eben diesen einfachen Gesetzgeber. Sie **misst** also einfaches Recht mit der Drohung der Verfassungswidrigkeit am Maßstab des einfachen Rechts. **159**

Wie bei sonstigen Subventionen und Lenkungen (vgl. BVerfGE 93, 319 (350) = NVwZ 1996, 469 (472)) steht bei Lenkungszwecken dem Gesetzgeber ein **weiter Gestaltungsspielraum** zur Verfügung: Solange die Regelung sich auf eine der **Lebenserfahrung nicht geradezu widersprechende Würdigung** der jeweiligen Lebensverhältnisse stützt, insbesondere der Kreis der von der Maßnahme Begünstigten sachgerecht abgegrenzt ist, kann sie verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden (BVerfGE 110, 274 (293) = NVwZ 2004, 846 (848); BVerfGE 117, 1 (32) = NJW 2007, 573 (575)). Ob eine Subvention steuerrechtlich oder anders überbracht wird, kann auch hier für die Anwendung des Gleichheitssatzes keinen Unterschied machen (vgl. BVerfGE 110, 274 (293) = NVwZ 2004, 846 (848)). Dabei wird in Kauf genommen, dass die steuerliche Lenkung das Lenkungsziel nicht in jedem Fall erreicht (BVerfGE 117, 1 (32) = NJW 2007, 573 (575); vgl. auch → Rn. 168). **160**

Die Rechtsprechung will die Grundsätze zu Lenkungszielen **auch außerhalb des Steuerrechts**, etwa bei der Verteilung knapper Ressourcen, zur Anwendung bringen (BVerfGE 118, 79 (101 f.) = NVwZ 2007, 937 (939 f.)). **160.1**

6. Begründungspflichten: „erkennbare gesetzgeberische Entscheidung“

Eine zumindest potentiell gravierende Beschränkung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit bei Lenkungszwecken liegt in der Forderung der Rechtsprechung nach einer **erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung** für den Lenkungszweck (BVerfGE 105, 73 (112 f.) = NJW 2002, 1103 (1105); BVerfGE 99, 280 (296) = NJW 1999, 1457 (1459); zu beiden Fällen genauer Kischel in Mellinshoff/Palm, Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, 175 (186 f.); vgl. auch Osterloh FS Selmer, 2004, 875 (887)). **161**

Eine Ausweitung dieser Forderung auf andere als Lenkungszwecke lehnt BVerfGE 123, 111 (126) = NZG 2009, 836 (839) ausdrücklich ab, ebenso BVerfGE 143, 246 Rn. 359 = NJW 2017, 217 Rn. 359. Zu einer Ausweitung auf Lenkungszwecke außerhalb des Steuerrechts vgl. BVerfGE 140, 65 Rn. 45 = NJW 2015, 2399 Rn. 45 im Zusammenhang mit Art. 72 Abs. 2. **161.1**

Dies wird von einem Teil der Rechtsprechung offenbar so verstanden, dass eine ausdrückliche Stellungnahme des Gesetzgebers zur Zeit des Gesetzeserlasses erforderlich wäre, also **162**

nicht etwa ein – auch bewusstes – Unterlassen gesetzgeberischer Reaktionen auf neue Sachverhalte und Entwicklungen ausreicht (vgl. BVerfGE 105, 73 (113) = NJW 2002, 1103 (1105)). Auch eine irgendwie bekannt gewordene Intention scheint nicht auszureichen, sondern muss im Gesetzeswortlaut selbst nicht nur angedeutet, sondern sogar **tatbestandlich vorgezeichnet** sein (vgl. BVerfGE 99, 280 (296 f.) = NJW 1999, 1457 (1459); Ausweitung auf Gesetzgebungsmaterialien angedeutet in BVerfGE 122, 210 (237 f.) = NJW 2009, 48 (52)). Die ursprüngliche Anbindung dieser Forderungen an Eingriffe in Länderkompetenzen und Grundrechte (BVerfGE 93, 121 (147) = NJW 1995, 2615 (2619 f.)) wurde später nicht mehr wiederholt. Damit wäre speziell für Lenkungszwecke eine ausdrückliche und genaue Zweckangabe des Gesetzgebers, maW eine **spezielle Begründungspflicht** notwendig.

- 162.1** Eine eher strenge Sicht scheint das BVerfG auch im Gebührenrecht (→ Rn. 170.1) zu vertreten, wo es zwar zur Feststellung des Gebührenzwecks allgemein auf die üblichen Auslegungsmittel verweist, gleichzeitig aber keine spätere Änderung der Zwecksetzung durch den Gesetzgeber selbst akzeptiert und offenbar allein die ursprüngliche Gesetzesbegründung für ausschlaggebend hält (BVerfGE 144, 369 Rn. 65, 81 f. = NVwZ 2017, 696 Rn. 65, 81 f.). Ausdrücklich verweigert sich das Gericht hier sogar der verfassungskonformen Auslegung (BVerfGE 144, 369 Rn. 86 = NVwZ 2017, 696 Rn. 86).
- 163** Zu Recht interpretiert demgegenüber die neuere Rechtsprechung die Forderung nach einer erkennbaren gesetzlichen Entscheidung als Verweis auf die **üblichen Auslegungsmittel**, sodass sowohl Hinweise in den Gesetzesmaterialien ausreichen als auch sich indirekt aus einer kundigen Gesamtschau aller etwa einschlägigen Vorschriften ergebende Anhaltspunkte (BVerfGE 110, 274 (296 f.) = NVwZ 2004, 846 (848); BVerfGE 135, 126 (151 f.) = NVwZ 2014, 1084 (1088); speziell für die Gesetzesbegründung BVerfGE 116, 164 (191 ff.) = NJW 2006, 2757 (2761 ff.); BVerfGE 122, 1 (36 f.) = NVwZ-RR 2009, 655 (660) stellt ausdrücklich dahin, ob eine tatbestandliche Vorzeichnung zu fordern ist). Den Gesetzgeber demgegenüber zu genaueren Angaben zwingen zu wollen, wenn er seinen Willen durchsetzen möchte, ist mit den sonst im Gleichheitssatz und im übrigen Verfassungsrecht aufgestellten Anforderungen unvereinbar (zust. jetzt auch Kempny JöR 2016, 477 (483 f.)). Unterschiede zwischen Lenkungszwecken und anderen gesetzgeberischen Zielsetzungen, die sich bei Begründungspflichten auswirken könnten, sind nicht erkennbar.
- 163.1** Eine Begründungspflicht ist nicht aus dem Gleichheitssatz ableitbar und bindet auch im Übrigen nicht den Parlamentsgesetzgeber (vgl. Kischel, Die Begründung, 2003, 92 ff., 260 ff., 401). Weit wichtiger noch bedeutete eine Reduzierung der Prüfung auf vom Gesetzgeber ausdrücklich, wohl sogar im Tatbestand zu erkennen gegebene (Lenkungs-)Zwecke nicht nur einen Rückschritt der Auslegungslehre in Richtung auf die im 19. Jh begründete sog. subjektive Theorie. Eine solche Auffassung stünde auch im Gegensatz zur einhelligen sonstigen Rechtsprechung des BVerfG, das zu Recht und ausdrücklich den gesetzgeberischen Zweck nicht mit dem Willen des historischen Gesetzgebers gleichsetzt, sondern ihn aus dem Gesetz und dem Zusammenhang, in dem es mit dem zu regelnden Lebensgebiet steht, ermittelt (deutlich BVerfGE 62, 169 (183 f.) = NJW 1983, 2309 (2309 f.)).
- 164** Ebenso klar kann „nicht die ‚Gedankenlosigkeit‘ (...) des Gesetzgebers, sondern lediglich das objektive Fehlen der von Verfassungs wegen anzuerkennenden gesetzgeberischen Zielsetzungen zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit führen“ (BVerfGE 75, 246 (268) = NJW 1988, 545 (546 f.)). Gerade auch im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ist es nach der Rechtsprechung unschädlich, wenn sich der Entstehungsgeschichte keine Zweckvorstellungen zur Rechtfertigung entnehmen lassen, denn es komme nicht auf die subjektive, sondern nur auf die **objektive Rechtfertigung** an (BVerfGE 48, 227 (236 f.); 51, 1 (26 f.) = NJW 1979, 2295 (2297); BVerfGE 85, 238 (245) = NJW 1992, 1815 (1815); BVerfGE 130, 131 (144) = NVwZ-RR 2012, 257 (259); zum Ganzen auch Kischel, Die Begründung, 2003, 267 ff., 286 ff. mwN; auch für das Steuerrecht deutlich BVerfGE 135, 126 (152 f.) = NVwZ 2014, 1084 (1088 f.)). Dasselbe gilt für fehlende oder fehlerhafte Vorstellungen des Gesetzgebers über den sachlichen Zusammenhang seiner Ziele mit den konkreten Tatbestandsvoraussetzungen des Gesetzes (BVerfGE 132, 72 (95 f.) = NVwZ-RR 2012, 825 (829)). Im Ergebnis ist die Suche nach einem Rechtfertigungsgrund also nicht auf den wie auch immer zu ermittelnden Willen des Gesetzgebers beschränkt, sondern **vom Gericht** objektiv selbstständig vorzunehmen (→ Rn. 56, → Rn. 33). Nur so wird auch die abstruse Situation vermieden, dass der Gesetzgeber das verfassungswidrige Gesetz inhalts-

gleich sofort wieder verfassungsgemäß erlassen könnte, wenn er nur seinen zuvor nicht klar ausgedrückten Lenkungswillen klar in das Gesetz oder jedenfalls in die Materialien hineinschriebe.

Zu denkbaren Ausnahmesituationen → Rn. 33.1f.

164.1

Anderenfalls ergäben sich auch kaum tragbare **Wechselwirkungen** mit einer etwaigen Forderung nach **Folgerichtigkeit** (→ Rn. 153 f.), da der Gesetzgeber der Selbstbindung an ein einfachgesetzliches Prinzip (das hier im Übrigen durch Auslegung gewonnen wird) nur durch ausdrückliche Ablehnung oder Einschränkungen entgegen könnte, die gesetzgebungstechnisch höchst ungewöhnlich und unwahrscheinlich wären.

165

Schwer haltbare Wechselwirkungen könnten sich auch mit der Typisierung ergeben, wenn also deren rechtfertigende Wirkung (→ Rn. 122 ff.) nur dann geprüft würde, wenn der Gesetzgeber auch ganz bewusst und in Normtext oder Materialien nachweisbar genau so hätte typisieren wollen (in diese Richtung BVerfGE 122, 210 (241) = NJW 2009, 48 (53)). Dagegen spricht bereits, dass der Gesetzgeber auch deshalb stets generalisieren muss, weil er bei Massenerscheinungen nicht alle Fallkonstellationen vorhersehen kann. Typisierungen erfolgen daher notwendigerweise oft unbewusst.

166

7. Mindestmaß an zweckgerechter Ausgestaltung

Nur bei außersteuerlichen Lenkungszwecken fordert ein Teil der Rechtsprechung auch ein Mindestmaß an zweckgerechter Ausgestaltung des Vergünstigungstatbestandes (BVerfGE 105, 73 (113) = NJW 2002, 1103 (1105); nur angedeutet oder impliziert in den dort zum Beleg angegebenen BVerfGE 99, 280 (296 f.) = NJW 1999, 1457 (1459); BVerfGE 93, 121 (148) = NJW 1995, 2615 (2620); zust. Mellinshoff FS Bareis, 2005, 171 (183)). In der Anwendung dieses zunächst sinnvoll klingenden Maßstabs ergibt sich allerdings im Ergebnis ein fast **prohibitiv wirkender Zwang zur exakten Erfassung** selbst komplexester Auswirkungen einer Regelung und genauester Anpassung eventueller Subventionen an diese Konturen (vgl. BVerfGE 105, 73 (113 ff.) = NJW 2002, 1103 (1105 ff.)). Fließende Übergänge zwischen Subventions- und anderen Wirkungen werden offenbar ausgeschlossen (BVerfGE 99, 280 (297) = NJW 1999, 1457 (1459)). Die punktgenaue Erfassung wird selbst und gerade dann gefordert, wenn die rechtliche und tatsächliche Komplexität eines Regelungsgegenstandes es zweifelhaft erscheinen lässt, ob eine realitätsgerechte Abbildung überhaupt erreicht werden kann (vgl. BVerfGE 105, 73 (114 ff.) = NJW 2002, 1103 (1105 ff.)). Die sich in solchen Fällen sonst geradezu aufdrängende, umfassende Typisierungsbefugnis (→ Rn. 122 ff.) wird dabei gar nicht erwähnt und scheint insofern ausgeschlossen.

167

Für diesen Versuch einer weitgehenden Ausschaltung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit beim Einsatz von auch steuerlich überbrachten Subventionen ist keine verfassungsrechtlich tragfähige Begründung ersichtlich. Zu Recht wurde diese Rechtsprechungslinie daher der Sache nach in späteren **Entscheidungen nicht aufgegriffen**, sondern ausdrücklich akzeptiert, dass etwa das Lenkungsziel durch die Maßnahme nicht sicher erreicht wird, und bei der genauen Abgrenzung der Subventionsempfänger der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum betont, der nur bei einer der Lebenserfahrung geradezu widersprechenden Würdigung der jeweiligen Lebensverhältnisse überschritten sei (BVerfGE 110, 274 (292 f., 298 ff.) = NVwZ 2004, 846 (847 f., 849 f.); BVerfGE 117, 1 (32) = NJW 2007, 573 (575)). Es ist nicht Sache des BVerfG zu prüfen, ob der Steuergesetzgeber die **zweckmäßigste und gerechteste Lösung** gefunden hat (BVerfGE 105, 17 (47) = NJW 2002, 3009 (3014); ausf. zum Ganzen auch Kischel in Mellinshoff/Palm, Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, 175 (190 ff.)). **Grenzen der Gestaltungsfreiheit** liegen jedoch dort, wo eine erwünschte Begünstigungswirkung aufgrund der tatbestandlichen Ausgestaltung völlig ungleichmäßig und damit willkürlich eintritt (BVerfGE 117, 1 (42 ff.) = NJW 2007, 573 (578)); doch ist für dieses Ergebnis keine eigene dogmatische Figur erforderlich, da letztlich eine einfache Überschreitung der Typisierungsbefugnis vorliegt und der gesetzgeberische Lenkungszweck schlicht verfehlt wird (vgl. dazu auch BVerfGE 117, 1 (44 f., 51 ff.) = NJW 2007, 573 (578 f., 580 f.); vgl. dazu auch Hey JZ 2007, 564 (565)).

168

Allein aufgrund dieser nurmehr zufälligen und damit willkürlichen Belastungswirkungen ist mit BVerfGE 117, 1 (35) = NJW 2007, 573 (576) die Bewertungsebene zur Verfolgung von Lenkungszielen

168.1

im Erbschaftsteuerrecht ungeeignet (zur problematischen Einordnung dieser Entscheidung auch → Rn. 143.1).

8. Verhältnismäßigkeit, Belastungserfolg, Typisierung

169 Auch in Bezug auf die strenge Prüfung nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten (vgl. insbesondere → Rn. 37 ff., → Rn. 45 ff.) geht das BVerfG in seinen steuerrechtlichen Entscheidungen zum Teil – aber keineswegs immer → Rn. 169a – eigene Wege, wobei nicht ganz klar erkennbar ist, in welchem Umfang dies möglicherweise Rückwirkungen auf die allgemeine Dogmatik haben wird. Im Wesentlichen geht es hier um zwei entscheidende Weichenstellungen: Erstens wird die Frage nach den **Voraussetzungen einer strengen Rechtfertigungsprüfung** vor allem mit Hinweis auf das Ausmaß der Abweichung vom Leistungsfähigkeitsprinzip beantwortet und so ein eigenständiges und sehr dehnbare Kriterium gefunden. Zweitens wird, ganz anders als bislang noch außerhalb des Steuerrechts (→ Rn. 37), bei strengen Rechtfertigungsanforderungen zum Teil eine **echte, dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung** angestellt.

169.1 In Bezug auf die Voraussetzungen für eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung hat das BVerfG – ohne jegliche Problematisierung – schon aus dem bloßen finanziellen **Ausmaß der Ungleichbehandlung** zwischen Besteuerung zu 50 % und Steuerfreiheit auf den strengstmöglichen Prüfungsmaßstab geschlossen (BVerfGE 138, 136 (182 f., 185, noch deutlicher 217, 225) = NJW 2015, 303 (306, 307 f., 317, 319)). Dabei ging es nach der früher üblichen Stufenlehre (→ Rn. 42) nur um ein nicht persönlich verfügbares Merkmal, also nur um die zweite und keinesfalls die strengste Stufe, was das BVerfG auch erkannte, ohne daraus jedoch weitere Konsequenzen zu ziehen (BVerfGE 138, 136 (185 f.) = NJW 2015, 303 (308)). Auch nachdem die Stufenlehre aufgegeben wurde (→ Rn. 45), ist dies im Ergebnis kaum zu vereinbaren mit dem Grundgedanken des geschützten Individualitätskerns, der der heute stufenlosen Maßstabbildung im allgemeinen zugrunde liegt und im Steuerrecht kaum einschlägig sein dürfte. Da der Schutz des Vermögens allenfalls auf die allgemeine Handlungsfreiheit gestützt werden kann, liegt auch eine Verschärfung des Rechtfertigungsmaßstabs aufgrund einschlägiger Freiheitsrechte (dazu auch → Rn. 48) kaum nahe. Das BVerfG geht nunmehr davon aus, dass strengere Rechtfertigungsmaßstäbe schon deshalb anzunehmen seien, weil der Gesetzgeber vom steuerrechtlichen Leistungsfähigkeitsprinzip abgewichen sei (BVerfGE 135, 126 (148) = NVwZ 2014, 1084 (1087); zustimmend Eichenberger FS BFH, Bd. 1, 2018, 501 (510)). Das damit etablierte, schwichte Merkmal des Ausmaßes der Abweichung fand auch etwa bei Steuerbefreiungstatbeständen Anwendung. Hier soll ein strenger Prüfungsmaßstab in Betracht kommen, wenn eine Befreiung ein solches Ausmaß erreiche, dass dieser erforderlich sei (BVerfGE 139, 1 (14) = NVwZ 2015, 964 (965)). Wieder andere Entscheidungen gehen von einer strengen Prüfung schon aufgrund eines ganz allgemein festgestellten großen Ausmaßes der Ungleichbehandlung aus, das zudem in der Struktur der zugrundeliegenden Normen angelegt ist (BVerfG NJW 2018, 1451 Rn. 128).

169.2 Für den strengsten Rechtfertigungsmaßstab bei Gleichheitsverstößen ist die Rechtsprechung im Steuerrecht nunmehr sehr deutlich zu einer echten, dreistufigen Verhältnismäßigkeitsprüfung übergegangen (vgl. grundlegend BVerfGE 138, 136 (183 ff., 207 ff., 217 ff., 221 ff., 229 ff.) = NJW 2015, 303 (307, 314, 317, 318, 320 f.); zuvor schon etwas weniger deutlich BVerfGE 135, 126 (143 f., 148 f., 158) = NVwZ 2014, 1084 (1085 f., 1087 f., 1089)). Interne Stimmen aus dem Gericht scheinen hierin keine vollständige Kehrtwende der allgemeinen Gleichheitsdogmatik in der Rechtsprechung zu sehen, auch soweit sie selbst eine solche Wende befürworten (vgl. Osterloh FS Kloepfer, 2013, 139 (143); Britz NJW 2014, 346 (350)), die beide eine gleichheitsrechtlich modifizierte Anwendung von Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten sehen, dabei aber auch untereinander in den Details abweichen). Auffällig ist auch, dass spätere Entscheidungen zwar eine strenge Prüfung annehmen, jedoch mit keinem Wort auf eine echte, dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen (BVerfG NJW 2018, 1451 Rn. 128 ff.). Es besteht daher die Hoffnung, dass auch das BVerfG sich wieder von diesem Irrweg löst.

169a Gleichzeitig bemüht das BVerfG sich aber erkennbar wieder um den Anschluß an die allgemeine gleichheitsrechtliche Dogmatik, indem vor allem prominent auf die Stufenlos-Formel (→ Rn. 45 ff.) Bezug genommen wird (BVerfG NJW 2018, 1451 Rn. 94 f.; BVerfG NJW 2018, 1379 Rn. 103 f., 116). Dabei wird die allgemeine Maßstabsformulierung teilweise auch auf den Fall angewendet (vgl. BVerfG NJW 2018, 1379 Rn. 116), bleibt teilweise aber auch eher wirkungslos und wird durch ein allgemeines Schwerkriterium ersetzt (BVerfG NJW 2018, 1451 Rn. 128).

Zur **Typisierung** → Rn. 121 ff., insbesondere → Rn. 124.5; zur Gleichheit im **Belastungs- 169b**
erfolg → Rn. 119.

M. Der allgemeine Gleichheitssatz in anderen Rechtsgebieten

Außerhalb des Steuerrechts ist der Gleichheitssatz zwar vielfach angewendet worden, doch 170
kam es niemals zu Abweichungen von der allgemeinen Dogmatik, sondern nur zu einer
Reihe von Einzelfallergebnissen und gewissen fallbezogenen Konkretisierungen, die sich
ohne weiteres aus der allgemeinen Dogmatik herleiten lassen. Nur wenige Ergebnisse sind
von einer gewissen übergeordneten Bedeutung; sie sind nicht selten im Kern auf andere
Verfassungssätze und nur am Rande auch auf den Gleichheitssatz gestützt. Der immer wieder
einmal zitierte Satz von der Präzisierung der Gleichheitsbindung im Hinblick auf den zu
regelnden Sachbereich (BVerfGE 75, 108 (157) = NJW 1987, 3115 (3118); grundlegend
Maunz/Dürig/P. Kirchhof Art. 3 Abs. 1 Rn. 383 ff.; zum Sonderfall Steuerrecht
→ Rn. 141 ff.) erweist sich damit als ein bloßer Hinweis darauf, dass die Sachgerechtigkeit
eines Differenzierungskriteriums vom sachlichen Zusammenhang der jeweiligen Regel
abhängt (deutlich auch BVerfGE 93, 319 (348 f.) = NVwZ 1996, 469 (472); BVerfGE 75,
108 (157) = NJW 1987, 3115 (3118) mit Verweis auf BVerfGE 42, 374 (388); aA Palm JöR
64 (2016), 457 (464 f.); Stern/Becker/Englisch Rn. 19 ff., für den die bereichsspezifische
Ausgestaltung zu einem dogmatischen Grundpfeiler der Gleichheitsprüfung wird). Damit
wird also nur auf einen unmittelbar einsichtigen Zusammenhang verwiesen, aus dem zB
folgt, dass die juristische Vorbildung zwar bei der Einstellung in juristische Berufe und sogar
bei der Besoldung (BVerfGE 107, 257 (272) = NJW 2003, 3335 (3337)) ein sachgerechtes
Differenzierungskriterium ist, nicht aber deshalb auch bei der Pflicht, Steuern zu zahlen,
oder beim Zugang zu allgemeinen öffentlichen Einrichtungen.

Das **Abgabenrecht** wird dabei in gewisser Parallele zum Steuerrecht behandelt, etwa im Hinblick 170.1
auf den Grundsatz der Belastungsgleichheit (BVerfGE 137, 1 (19 f.) = NVwZ 2014, 1448 (1450)), aber
auch den Grundsatz der erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung (BVerfGE 144, 369 Rn. 65 =
NVwZ 2017, 696 Rn. 65; dazu näher → Rn. 161 ff.). Insgesamt ist es aber bislang noch nicht zu einer
ähnlich ausgefeilten und vom Gleichheitssatz im Übrigen abweichenden Dogmatik gekommen. Da der
Bürger regelmäßig ohnehin Steuern zahlt, erfordern Abgaben eine besondere sachliche Rechtfertigung,
die bei Gebühren und Beiträgen in der Kostendeckung, dem Vorteilsausgleich, der Verhaltenslenkung
und sozialen Zwecken liegen können (BVerfGE 137, 1 (20 f.) = NVwZ 2014, 1448 (1450); detailliert
zu den gleichheitsrechtlichen Anforderungen an **Straßenausbaubeiträge** BVerfGE 137, 1 (21) =
NVwZ 2014, 1448 (1450)). Gefordert wird für Abgaben, dass die Differenzierung zwischen Beitrags-
pflichtigen und nicht Beitragspflichtigen nach Maßgabe des jeweils abgegoltenen Vorteils vorgenommen
wird. Die dafür notwendigen sachlichen Gründe, die eine individuell-konkrete Zurechenbarkeit rechtfertigen,
können insbesondere aus der rechtlichen oder tatsächlichen Sachherrschaft oder -nähe und
der damit verbundenen Möglichkeit hergeleitet werden, aus der Sache konkret Vorteile oder Nutzen
zu ziehen. Dabei kann nach der Rechtsprechung keineswegs nur eine abgegrenzte Gruppe, sondern
auch eine unbestimmte Vielzahl oder gar alle Bürger zu Beiträgen herangezogen werden, wenn nur
diese Zurechnung möglich ist (zum Ganzen BVerfG NJW 2018, 3223 Rn. 66 f. zum Rundfunkbeitrag).
Mehrfache Heranziehung für denselben Vorteil ist regelmäßig unzulässig; im Übrigen besteht ein erheblicher
Spielraum gerade auch bei Einbeziehung von Praktikabilitätsabwägungen, sodass nicht einmal
zwingend ein Wirklichkeitsmaßstab erforderlich, sondern auch ein Ersatz- oder Wahrscheinlichkeits-
maßstab möglich ist (BVerfG NJW 2018, 3223 Rn. 70 f., 88). In bezug auf den Zusammenhang zwi-
schen Gebührenzwecken und Gebührenbemessung kommt dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum
zu, der nur bei einem groben Mißverhältnis nicht mehr gewahrt ist und dann gegen Art. 2 Abs. 1 sowie
die Begrenzungs- und Schutzfunktion der grundgesetzlichen Finanzverfassung verstößt; von einem
solchen groben Mißverhältnis ist jedenfalls auszugehen, wenn die Gebühren mehr als doppelt so hoch
sind wie die Kosten (BVerfGE 144, 369 Rn. 66, 93 = NVwZ 2017, 696 Rn. 66, 93). Zu den nur am
Rande auch auf den Gleichheitssatz gestützten, im Wesentlichen aber verselbstständigten Voraussetzungen
einer **Sonderabgabe** mit Finanzierungszweck vgl. ausf. etwa BVerfGE 135, 155 (206 ff.) = NVwZ
2014, 646 (650 f.)).

Im **Prozessrecht** lässt sich die Waffengleichheit als Ausdruck des rechtsstaatlichen fairen 171
Verfahrens daneben auch auf Art. 3 stützen (BVerfGE 52, 131 (156) = NJW 1979, 1925
(1927)). Die Gleichheit von Bemittelten und Unbemittelten wird in Verbindung mit Rechts-

und Sozialstaatsprinzip geschützt, allerdings ohne Absicherung einer umfassenden Prozesskostenhilfe (BVerfGE 81, 347 (356 ff.) = NJW 1991, 413 (413 f.); BVerfGE 78, 104 (118) = NJW 1988, 2231 (2232)). Das betrifft auch den außergerichtlichen Bereich, insbesondere die Beratungshilfe (BVerfGE 122, 39 (50 ff.) = NJW 2009, 209 (210)), an deren Versagung ein strenger Maßstab angelegt wird (BVerfGK 15, 438 (441 ff.) = NJW 2009, 3417 (3418 f.)). Der Ausschluss einzelner Rechtsgebiete bedarf hier eines sachlichen Grundes, der speziell bei diesen und nicht auch bei anderen Rechtsgebieten vorliegt (BVerfGE 88, 5 (13 ff.) = NZA 1993, 427 (427)); BVerfGE 122, 39 (52 ff.) = NJW 2009, 209 (211)).

- 172 Im **Arbeitsrecht** ist eine Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten nicht verfassungsrechtlich ausgeschlossen (BVerfGE 82, 126 (146) = NJW 1990, 2246 (2247)). Wahlen im Arbeits- und Sozialwesen folgen teilweise den Grundsätzen der Chancengleichheit, wie sie für staatliche Wahlen aus Art. 38, 3 Abs. 1 entwickelt wurden (BVerfGE 71, 81 (93 ff.) = NJW 1986, 1093; BVerfGE 111, 289 (301 ff.) = NZA 2004, 1395 (1397 ff.)). Der arbeitsrechtliche Gleichheitssatz hingegen ist mit seinen zahlreichen Verästelungen ein einfachrechtliches Produkt der Rechtsprechung des BAG (vgl. etwa BAGE 71, 29 (34 f.) = NJW 1993, 874 (875 f.)). Auf Tarifverträge hingegen wendet das BAG den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz an (BAGE 71, 29 (35) = NJW 1993, 874 (876)), was vom BVerfG ausdrücklich offen gelassen wurde (BVerfGE 82, 126 (154) = NJW 1990, 2246 (2248)); BVerfGE 90, 46 (58) = NZA 1994, 661 (663)). Art. 3 Abs. 1 schützt jedoch gegen gleichheitswidrige Allgemeinverbindlicherklärungen (BVerfGE 116, 202 (219) = NJW 2007, 51 (53)).
- 173 Im **Sozialversicherungsrecht** gilt aufgrund der Zwangsmitgliedschaft (Eingriff in Art. 2 Abs. 1) ein strengerer Rechtfertigungsmaßstab (BVerfGE 92, 53 (69, 71) = NZA 1995, 752 (753)). Aufgrund des Versicherungsprinzips gilt eine gewisse, aber keine strenge Bindung an die Äquivalenz von Beitrag und Geldleistung, die aus sachlichen Gründen durchbrochen werden kann (BVerfGE 92, 53 (71) = NZA 1995, 752 (753); BVerfGE 102, 127 (142) = NJW 2000, 2264 (2266)), zu denen insbesondere auch das Solidarprinzip zählt (BVerfGE 79, 223 (236 ff.) = NVwZ 1989, 547 (548 f.); BVerfGE 75, 108 (157 ff.) = NJW 1987, 3115 (3118)).
- 174 Im **Bildungsbereich** beherrscht der aus dem Gleichheitssatz folgende Grundsatz der **Chancengleichheit** das Prüfungsrecht, dem zufolge für vergleichbare Prüflinge so weit wie möglich vergleichbare Prüfungsbedingungen und Bewertungskriterien gelten müssen (BVerfGE 84, 34 (50, 52) = NJW 1991, 2005 (2007)). Er wurde vor allem von der Fachrechtsprechung angewandt (vgl. etwa BVerwGE 55, 355 (358) = NJW 1978, 2408 (2408 f.); BVerfGE 87, 258 (261 f.) = NVwZ 1991, 1084 (1084 f.)), die auch ein Recht auf ein faires Prüfungsverfahren im Zusammenspiel mit dem Rechtsstaatsprinzip herleitet (BVerwGE 70, 143 (144 f.) = NVwZ 1985, 187 (187)). Bedeutsam wird er auch für den Problemkreis Legasthenie/Dyskalkulie (dazu → Rn. 241 ff.). Aus Gleichheitssatz, Berufsfreiheit und Sozialstaatsprinzip ergibt sich für die Hochschulzulassung der Grundsatz, dass die Auswahlregelungen jedem Zulassungsberechtigten eine Chance lassen müssen (BVerfGE 43, 291 (313 f., 316) = NJW 1977, 569; → Art. 12 Rn. 26). Wer die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, hat ein Recht auf gleiche Teilhabe am staatlichen Studienangebot und damit einen derivativen Anspruch auf gleichheitsgerechte Zulassung zum Studium seiner Wahl (BVerfGE 147, 253 Rn. 103 = NJW 2018, 361 Rn. 103). Die Vergabe muss sich bei beschränktem Angebot grundsätzlich am Kriterium der Eignung orientieren, darf aber auch andere Gemeinwohlbelange und das Sozialstaatsprinzip einbeziehen (BVerfGE 147, 253 Rn. 108 = NJW 2018, 361 Rn. 108; zum Ganzen etwa Klafki JZ 2018, 541, insbesondere 546 ff.).
- 175 Im **Besoldungsrecht** wird ein weiter Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont (BVerfGE 107, 257 (271) = NJW 2003, 3335 (3336)) und deshalb etwa ein laufbahnübergreifender Vergleich sehr kritisch gesehen (BVerfGE 13, 356 (363 ff.); BVerfGE 26, 141 (156 f.) = NJW 1969, 1803 (1804)).
- 176 Für das Recht der **politischen Parteien** auf eine streng formal verstandene Chancengleichheit, die auch Wählervereinigungen erfasst (BVerfGE 78, 350 (358) = NJW 1989, 285 (285)), wird neben Art. 21, 38 zum Teil auch auf den Gleichheitssatz verwiesen (etwa BVerfGE 104, 14 (19) = NVwZ 2002, 70 (70)), zum Teil nicht (etwa BVerfGE 82, 322 (337) = NJW 1990, 3001 (3001)). Die strengen Maßstäbe der Chancengleichheit setzen sich auch gegenüber den weniger strengen steuerlichen Gleichheitsmaßstäben durch (BVerfGE 121, 108 (119 f.) = NVwZ 2008, 998 (1000)).

Zum Strafrecht vgl. Mellinghoff in Mellinghoff/Palm, Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, 147; 176.1
Mellinghoff FS Hassemer, 2010, 503.

Aus dem Bundesstaatsprinzip in Verbindung mit dem Gleichheitssatz folgt ein **föderatives Gleichbehandlungsgebot** für den Bund gegenüber den Ländern (BVerfGE 122, 1 (38 f.) = NVwZ-RR 2009, 655 (660); BVerfG NVwZ 2018, 1703 Rn. 301 ff.). 177

N. Die Gleichheit von Mann und Frau (Abs. 2, 3)

I. Grunddebatte in Literatur und Rechtsprechung

1. Veränderte Schwerpunkte

Die anfänglichen Kämpfe um die formale juristische Gleichstellung von Mann und Frau unter dem GG, insbesondere auch auf dem Gebiet des Familienrechts (vgl. etwa Bosch NJW 1987, 2617 (2618 ff.)), sind längst beendet und weitgehend nurmehr von historischem Interesse. Laut Aussage der früheren Bundesfamilienministerin „haben wir seit Bestehen der Bundesrepublik die juristische Gleichstellung von Frauen und Männern erreicht“ (BT-Prot. 2379 B v. 13.3.2003; zu weiter bestehenden Unterschieden im Beschäftigungsbereich abgewogen Langenfeld DVBl 2010, 1019 (1020 ff.)). Die Diskussionen und Entscheidungen haben sich heute auf mögliche subtilere Formen der Diskriminierung von Frauen und auf die mögliche Diskriminierung von Männern auch als Nebenfolge einer Frauenförderung (instruktiv Richter NVwZ 2005, 636) verlagert. Zentrale Fragen werden dabei heute über Art. 157 AEUV und diverse Gleichstellungsrichtlinien vor dem EuGH ausgetragen und dort für die Praxis gelöst. 178

2. Vielzahl dogmatischer Grundlagenfragen

In der Literatur werden zahlreiche dogmatische, oft miteinander verbundene Grundlagenprobleme erörtert, die sich im Vorfeld der Beantwortung konkreter Fragen stellen, und dabei eine Vielzahl von Meinungen in verschiedensten Kombinationen vertreten. 179

Diese Probleme umfassen ua das Verhältnis der Art. 3 Abs. 2 S. 1, S. 2 und Abs. 3 zueinander, insbesondere auch die Eigenständigkeit des Art. 3 Abs. 2 S. 2, die Auslegung des Begriffs der Benachteiligung, die Bedeutung von Rechtsgleichheit, faktischer Gleichheit oder Chancengleichheit, den absoluten oder relativen Charakter des Gleichberechtigungsgebots sowie die genaue Bedeutung dieser Begriffe, die Möglichkeit auch mittelbarer Diskriminierung, ihre Voraussetzungen, Einordnung und Rechtfertigungsmöglichkeiten, die Ableitung von Schutzpflichten, die Auslegung in Individual- oder Gruppenperspektive oder als Dominierungsverbot nur zugunsten von Frauen sowie den Rechtfertigungsmaßstab (vgl. nur den Überblick etwa bei Dreier/Heun Rn. 98 ff.). 179.1

Dabei reichen die Stimmen im pauschalen Vergleich etwa von einer Auslegung als Gebot nur rechtlicher, nicht tatsächlicher Gleichheit mit dem Förderungsgebot des Art. 3 Abs. 2 S. 2 als bloßem Staatsziel, das das Differenzierungsverbot nicht überwinden kann, (vgl. MKS/Starck, 2010, Rn. 309 ff.; Maunz/Dürig/Scholz, 1996, Art. 3 Abs. 2 Rn. 59 ff., 62) bis hin zu einer Auslegung „aus der Opfer- statt aus der Täterperspektive“ (Umbach/Clemens/Sacksofsky Rn. 333), die den Schutzgehalt auf Frauen begrenzt, an die Stelle der individuellen Grundrechtsbetrachtung eine Gruppenperspektive setzt und einen Verfassungsauftrag zur Herstellung realer Chancengleichheit annimmt, der auch Ungleichbehandlungen rechtfertigen könne (vgl. AK-GG/Eckertz-Höfer Abs. 2 und 3 Rn. 41 ff., 79 ff., aber auch 34) und Art. 3 Abs. 3 auf feministisch-sozialwissenschaftlicher Grundlage gar nicht mehr als Differenzierungsverbot sondern als „Dominierungsverbot“ verstehen will (Kempny/Reimer/Sacksofsky, Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, 63 (68)). Dazwischen findet sich die Mehrheit unterschiedlich akzentuierender Stimmen, die sich letztlich in der Nähe der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH bewegen (vgl. statt vieler Sachs/Nußberger Rn. 258 ff.; Dreier/Heun Rn. 105 ff.; Jarass/Pieroth Rn. 78 ff.). 180

Auffälligerweise herrscht über **praktische Einzelfragen**, insbesondere auch die Quotenregelung, eine weit größere Einigkeit als der intensive Streit um Grundlegendes vermuten ließe. So wird die Rechtsprechung des EuGH zur beschränkten Zulässigkeit von Frauenquoten im Kern weitgehend akzeptiert (→ Rn. 199 ff.). 181

3. Pragmatische Rechtsprechung des BVerfG

182 Das BVerfG weist demgegenüber eine **pragmatische Rechtsprechung** auf, die sich nicht auf ausführliche Debatten zu dogmatischen Grundlagenfragen einlässt, sondern erkennbar den Einzelfall in seinem auch tatsächlichen Umfeld in den Mittelpunkt rückt, ohne auf Strukturierung zu verzichten. Die Rechtsprechung verfolgt dabei eine in der Regel abgewogene Mittellinie zwischen den denkbaren ideologischen Fronten, die selten ausbricht (vgl. aber zur Strafbarkeit nur männlicher Homosexualität BVerfGE 6, 389 = NJW 1957, 865, die sich heute kaum wiederholen dürfte; immer noch Ausdruck überkommener Geschlechterstereotypen ist ein Teil der Rechtsprechung zum Familienrecht, vgl. zum Unterhalt BVerfGE 105, 1 = NJW 2002, 1185; BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957; zum Sorgerecht BVerfGE 107, 150 (172 ff.) = NJW 2003, 955 (957 ff.), zu Recht als menschenrechtswidrig erkannt in EGMR NJW 2010, 501 (502 ff.) und nicht aufrechterhalten in BVerfGE 127, 132 (155) = NJW 2010, 3008 (3012); abgewogen auch BVerfGE 114, 357 (364 ff.) = NVwZ 2006, 324 (325 f.)). Sie wird im Folgenden als zentraler Maßstab herangezogen. Immer wieder orientiert sich das BVerfG auch qua ausdrücklicher Zitierung an unionsrechtlichen Vorgaben und sogar der Rechtsprechung des EuGH (vgl. etwa BVerfGE 113, 1 (20 f.) = NJW 2005, 2443 (2445); BVerfGE 97, 35 (43) = NJW 1998, 1215 (1216); vgl. auch BVerfGE 13, 501 (502 ff.) = JZ 2008, 792 (793 f.) mkritAnm Classen; krit. vergleichende Darstellung bei Nishihara, Das Recht auf geschlechtsneutrale Behandlung nach dem EGV und GG, 2002). Auch für die Zukunft ist insofern eine Übereinstimmung beider Judikaturen wahrscheinlich.

II. Verhältnis der Abs. 2 S. 1, S. 2, Abs. 3 untereinander

183 Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 entsprechen im Diskriminierungsverbot einander (BVerfGE 74, 163 (179) = NJW 1987, 1541 (1542); ohne Begründung nur Art. 3 Abs. 3 erwähnt BVerfGE 121, 241 (253) = NVwZ 2008, 987 (988)), während nach der Rechtsprechung nur Abs. 2 S. 1 ein Gleichberechtigungsgesetz aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt, also für die Zukunft die Gleichberechtigung durchsetzen will (BVerfGE 85, 191 (206 f.) = NJW 1992, 964 (965)). Der später eingefügte Art. 3 Abs. 2 S. 2 stelle nur diesen zweiten Gesichtspunkt klar (BVerfGE 92, 91 (109) = NJW 1995, 1733 (1734)). Tatsächlich entspricht genau dies dem Willen des Verfassungsgebers, der im Übrigen, insbesondere bei der Art. der nunmehr zulässigen Fördermaßnahmen, die Diskussion bewusst offengehalten hat (vgl. BT-Drs. 12/6000, 49 f.). Die genannten Vorschriften sind letztlich als **einheitlicher Regelungskomplex** zu behandeln. Eine **Ausnahme** hierzu bildet nach der – abzulehnenden (→ Rn. 219) – Rechtsprechung das sog. „dritte Geschlecht“, das nicht unter Art. 3 Abs. 2, wohl aber unter Art. 3 Abs. 3 fällt. Demnach gilt also, konstruktiv konsequent, für das sog. **dritte Geschlecht nur ein Diskriminierungsverbot, aber kein Gleichberechtigungsgesetz** und erst recht kein Gebot, eine Gleichberechtigung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit durchzusetzen (vgl. BVerfGE 147, 1 Rn. 50, 60 = NJW 2017, 3643 Rn. 50, 60).

III. Diskriminierung

184 Die Regelung setzt zunächst bei der Diskriminierung an, also einer benachteiligenden oder bevorzugenden **Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts**. Sie untersagt dem Staat, eine bestimmte Verschiedenheit der Menschen – die geschlechtliche – zu berücksichtigen (BVerfGE 10, 59 (73) = NJW 1959, 1483 (1483)), das Geschlecht ist grundsätzlich kein geeigneter Anknüpfungspunkt (BVerfGE 114, 357 (364) = NVwZ 2006, 324 (324); BVerfGE 85, 191 (206 f.) = NJW 1992, 964 (965); Sachs/Nußberger Rn. 259). Mit anderen Worten ist jede Rechtsnorm, deren Tatbestand Begriffe wie „Mann“ oder „Frau“, „männlich“ oder „weiblich“ enthält und daran Rechtsfolgen anknüpft, prima facie – also vorbehaltlich der engen Rechtfertigungsmöglichkeiten (→ Rn. 190 ff.) – verfassungswidrig. Finalität ist nicht erforderlich, irrelevant also, wenn der Gesetzgeber ganz andere Ziele verfolgt (BVerfGE 85, 191 (206) = NJW 1992, 964 (965)).

184.1 Keine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts liegt in der Verwendung des sog. **generischen Maskulinums**. Nicht nur werden Männer und Frauen hier gerade gleichbehandelt, da für beide exakt