

## „Keine Gleichheit im Unrecht“: dogmatische Rekonstruktion eines Verfassungsgrundsatzes

Philipp Reimer\*

<p>A. Einleitung: „ParömiK“ statt Dogmatik? ..... 2</p> <p>B. Annäherung an das Thema: welche Gleichheit, welches Unrecht? ..... 3</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Normativer Bezugspunkt: ein Gleichheitssatz ..... 3</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Situative Voraussetzung: eine (voll tatbestandliche) Ungleichbehandlung ist geschehen ..... 4</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Tatbestandsmerkmal Ungleichbehandlung ..... 4</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Weitere Tatbestandsmerkmale von Gleichheitssätzen ..... 5</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Zwischenergebnis ..... 6</p> <p>III. Das „Unrecht“: Behandlung der Vergleichsperson war rechtswidrig ..... 6</p> <p>IV. Die „Gleichheit“: erstrebte Behandlung wäre ebenso rechtswidrig ..... 7</p> <p>V. Zwischenergebnis ..... 9</p> <p>C. Materiellrechtliche Rekonstruktion des Problems mit schuldrechtlichen Begriffen ..... 9</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Die Gleichbehandlungspflicht als Wahlschuld ..... 10</p> <p style="padding-left: 20px;">II. „Gleichheit im Unrecht“ als Fall rechtlicher Unmöglichkeit der Erfüllungsalternative „Behandlungserstreckung“ ..... 12</p>	<p style="padding-left: 40px;">1. Unmöglichkeit als Konzept auch für Gleichheitssätze ..... 12</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Unmöglichkeit des Anspruchs auf Behandlungserstreckung ..... 14</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Folge: Beschränkung des Anspruchs auf die Behandlungsumkehr ..... 15</p> <p>D. Die prozessuale Seite der „Gleichheit im Unrecht“ ..... 16</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Ausgangspunkt für (auch gleichheitsrechtliche) Wahlschulden: alternative Leistungsklage ..... 17</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Zivil- und Verwaltungsprozessrecht ..... 17</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Verfassungsprozessrecht ..... 18</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Bei Unmöglichkeit einer der beiden Erfüllungsalternativen: Klage auf die verbleibende Alternative ..... 19</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Bei „Gleichheit im Unrecht“ allenfalls drittbelastende Gleichheitsklage ..... 19</p> <p style="padding-left: 40px;">2. ... nicht aber selbstbegünstigende Gleichheitsklage! ..... 21</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Bei Unmöglichkeit beider Erfüllungsalternativen: nur noch Haftung oder Feststellung ..... 23</p> <p>E. Fazit ..... 24</p>
---	---

*Dass „im Unrecht keine Gleichheit“ gewährt werden soll, ist zwar Konsens, aber wird weitgehend nur als Sprich- und Schlagwort gebraucht. Der vorliegende Beitrag bringt das Thema mit dem Rechtsinstitut der Unmöglichkeit in Verbindung, deren Bedeutung für das Öffentliche Recht noch nicht hinreichend beleuchtet sein dürfte. Die Konstellation der Gleichheit im Unrecht ergibt sich dann, wenn eine der stets denkbaren zwei Alternativen der Gleichstellung (Besserstellung hier oder Schlechterstellung dort) aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen, also rechtlich unmöglich ist. Dieser Ausgangspunkt wird im Hinblick auf seine materiellrechtlichen und prozessualen Konsequenzen untersucht.*

\* Prof. Dr. Philipp Reimer ist Professor für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

## A. Einleitung: „Parömik“ statt Dogmatik?

Gleichheitssätze erscheinen in der Anwendung manchmal als kompliziert.<sup>1</sup> Anders als für die Freiheitsgrundrechte mit ihrem etablierten Dreischritt von Schutzbereich–Eingriff–Rechtfertigung gibt es für sie kein allgemein anerkanntes dogmatisches Raster, das über das Begriffspaar Ungleichbehandlung/Rechtfertigung<sup>2</sup> hinausreichte. Zumal die Rechtsfolgenseite der Gleichheitssätze – was passiert eigentlich, wenn eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt? – birgt noch unbearbeitete Komplexität,<sup>3</sup> nicht zuletzt dort, wo eine Leistungsdimension im Sinne „derivativer Teilhaberechte“ angerufen und zu verunklarendem<sup>4</sup> „in Verbindung mit“ gegriffen wird.<sup>5</sup>

In diesem Milieu nimmt es nicht wunder, wenn auch ein Sonderproblem nicht in dogmatischer Einzelarbeit heruntergebrochen, sondern überwiegend in der Gestalt eines Rechtsspruchworts tradiert wird.<sup>6</sup> Dass es unter Art. 3 Abs. 1 GG (ebenso wie unter anderen Gleichheitssätzen der deutschen Rechtsordnung,<sup>7</sup> wenn nicht darüber hinaus<sup>8</sup>) „keine Gleichheit im Unrecht“ geben soll, ist weitgehend konsentiert;<sup>9</sup> die Sache selbst wird jedenfalls seit Langem in Rechtsprechung<sup>10</sup> und Schrifttum<sup>11</sup> tradiert. Doch wie sich diese auf *Günter Dürig* zurückgehende Verfas-

1 Ähnlich *Ch. Kölbl*, Gleichheit „im Unrecht“, Köln 1998, S. VII.

2 Z. B. bei *B. Pieroth/B. Schlink/Th. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte, 30. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 538.

3 Recht differenziert ist die Auseinandersetzung damit etwa bei *M. Sachs*, in: *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, München 2011, S. 1583–1595; *Pieroth u. a.*, Grundrechte (Fn. 2), Rn. 515–535. Siehe auch die Ansätze bei *S. Kempny*, Mittelbare Rechtssatzverfassungsbeschwerden und unmittelbare Grundrechtsverletzung, *Der Staat* 53 (2014), S. 577 (594–626); *S. Kempny/Ph. Reimer*, Die Gleichheitssätze, Tübingen 2012, S. 153–202.

4 „Unverständlichkeits-tag“: *P. Tiedemann*, Anmerkung, *NVwZ* 2012, S. 1031 (1032).

5 Namentlich Art. 12 Abs. 1 i. V. mit Art. 3 Abs. 1 GG: *BVerfGE* 33, 303 (332) – Numerus clausus I [1971].

6 *Kölbl* (Fn. 1), S. VII, spricht gar von „simplifizierenden Pauschalformeln“.

7 Siehe stellvertretend *BAG AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 2* [1980] (sub III 2); *G. Thüsing*, in: *R. Richardi* (Hg.), *BetrVG*, 15. Aufl., München 2016, § 78 Rn. 36.

8 Einen „rechtsethische[n] Fundamentalsatz“ nennt das Prinzip *V. Rieble*, *NJW* 2009, 2101 (2105).

9 Das diagnostiziert auch *M. Vollmeke*, Die Gleichheit, das Unrecht und die Richtervorlage an das *BVerfG* *NJW* 1992, S. 1345 (1345: „gehört zum gesicherten Kenntnisstand jedes Juristen“). Siehe stellvertretend *G. Dürig*, in: *Th. Maunz/G. Dürig* (Begr.), *GG*, München (Loseblatt), Art. 3 Rn. 179–193 (Grundwerk, 1973 [nicht in allen Drucken angegeben]); *W. Heun*, in: *H. Dreier* (Hg.), *GG*, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 2013, Art. 3 Rn. 61; *F. Hufen*, *Staatsrecht II*, 4. Aufl., München 2014, § 39 Rn. 27. So kann etwa das *BVerwG* (Beschluss vom 4.4.2013 – 2 B 86.12, *bverwg.de*, Rn. 11) schlicht ausführen: „Die Klägerin fordert die Gleichbehandlung mit einer aus ihrer Sicht zu Unrecht bevorzugten Personengruppe. Nach allgemeiner Ansicht kann aber eine sachlich nicht gerechtfertigte Verwaltungspraxis keine Ansprüche auf Gleichheit im Unrecht begründen“ (folgen Nachweise).

10 Siehe bereits in *BVerfGE* 9, 213 (223) – Heilmittelwerbeverordnung [1959] mit der lapidaren Bemerkung: „Davon abgesehen kann der Übertreter einer Strafnorm nicht seine Straflosigkeit fordern mit dem Hinweis darauf, daß andere Gesetzesbrecher nicht verfolgt worden sind.“ Siehe zuvor schon *PrOVGE* 3, 333 (337) [1877]; 99, 200 (201f.) [1936]; *BVerwGE* 5, 1 (8) [1956]; 7, 75 (78: „Über den Gleichbehandlungsgrundsatz kann nicht Unrecht zu Recht werden.“) [1958].

11 Ausführliche Wiedergabe der Diskussion bei *Kölbl* (Fn. 1), Rn. 9–30; auch in der Schweiz, siehe monographisch *Ch. Ligginstorfer*, Gleichbehandlung im Unrecht, Zürich (Juris) 1983.

sungsparömie in das dogmatische System einfügen soll, verbleibt häufig im Unklaren.<sup>12</sup>

Im Folgenden soll eine dogmatische Lösung für das Problem der „Gleichheit im Unrecht“ angeboten werden.<sup>13</sup> Dazu soll zuerst schrittweise die Konstellation, in der sich dieses Problem stellt, ein- und abgegrenzt werden (dazu B). Anschließend wird ein dogmatischer Rahmen für ihre rechtliche Behandlung vorgeschlagen, und zwar zunächst materiellrechtlich (dazu C), dann prozessual (dazu D).

## B. Annäherung an das Thema: welche Gleichheit, welches Unrecht?

### I. Normativer Bezugspunkt: ein Gleichheitssatz

Das Thema „keine Gleichheit im Unrecht“ wird zumeist anhand des Art. 3 Abs. 1 GG behandelt, wo es auch gewiss die größte Bedeutung hat. Als normativen Bezugspunkt braucht es aber eigentlich nur irgendeinen Gleichheitssatz – verstanden als eine Norm grundsätzlich beliebiger Herkunft, die Ungleichbehandlungen verbietet, wie etwa Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG, Art. 20, 21 EUGRCh<sup>14</sup> oder Art. 14 EMRK. Neben diesen staatsgerichteten Normen kommen auch solche in Frage, die Privaten ein Ungleichbehandlungsverbot auferlegen,<sup>15</sup> wie § 53a AktG,<sup>16</sup> § 3 Abs. 1 WpÜG,<sup>17</sup> §§ 7, 19 AGG oder der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>18</sup>

Andere denkbare Regelungsgehalte gleichheitsbezogener Bestimmungen (etwa als Schutzpflichten, wie für die Diskriminierungsverbote neuerdings oft angenommen

12 Kritisch A. *Randelzhofer*, Gleichheit im Unrecht?, JZ 1973, S. 536 (537); V. *Götz*, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht, NJW 1979, S. 1478 (1479); F. *Kirchhof*, Keine Gleichheit im Unrecht?, in: F. Kirchhof/H.-J. Papier/H. Schäffer (Hg.), Festschrift für Detlef Merten, Heidelberg 2007, S. 109 (109): „mehr Verwirrung gestiftet“; als Desiderat identifiziert bei F. *Schoch*, Der Gleichheitssatz, DVBl 1988, S. 863 (882).

13 Die Grundlagen für die folgenden Überlegungen sind gelegt worden bei Ph. *Reimer/S. Kempny*, Art. 3 I GG im allgemeinen Anspruchsrecht, Ad Legendum 2010, S. 137, sowie *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3); zum hier behandelten Thema siehe die Ansätze im zuletzt genannten Werk, S. 67f., 128–130, 169. Die Lösung ist auch dem Ansatz von *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht IV/2 (Fn. 3), S. 1591–1595, verwandt.

14 So zu Art. 20 EUGRCh ausdrücklich und m. w. N. M. *Rossi*, in: Ch. Calliess/M. Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 20 GRCh, Rn. 16. Siehe zum seinerzeitigen Gemeinschaftsrecht auch EuGH, Slg. 1984, 3466, Rn. 15, und dazu P. *Ulrich*, Das Verfassungsphänomen der Gleichheit contra legem, Frankfurt am Main 2000, S. 11.

15 Zu Gleichbehandlungspflichten im Zivilrecht jetzt übergreifend und umfassend M. *Grünberger*, Personale Gleichheit, Baden-Baden 2013.

16 Gegen „Gleichheit im Unrecht“ hier BGH NZG 2008, 149 (149); *Grünberger*, Gleichheit (Fn. 15), S. 353.

17 Gegen „Gleichheit im Unrecht“ hier *Grünberger*, Gleichheit (Fn. 15), S. 401f.

18 Gegen „Gleichheit im Unrecht“ hier BAG NJOZ 2003, 2095 (2102f.).

wird<sup>19)</sup> sind mit dieser Definition der Normengruppe „Gleichheitssätze“ nicht ausgeschlossen, aber eben auch nicht zum Begriffsmerkmal erhoben; sie gehören jedenfalls nicht zu den Spezifika dieser Normengruppe, sondern sind letztlich nach dem freiheitsrechtlichen Vorbild geformt.

## II. Situative Voraussetzung: eine (voll tatbestandliche) Ungleichbehandlung ist geschehen

Nach dem normativen Bezugspunkt kann als zweiter Schritt der Annäherung an die Problemkonstellation eine situative Voraussetzung identifiziert werden. Die Rede von „Gleichheit im Unrecht“ setzt immer voraus, dass eine tatbestandliche Ungleichbehandlung bereits tatsächlich geschehen ist – und zwar typischerweise in dem Sinne, dass jemand anderes eine *günstigere* Behandlung erfahren hat als man selbst.<sup>20</sup>

### 1. Tatbestandsmerkmal Ungleichbehandlung

Der Tatbestand muss als Gegenstand positiver Regelung für jeden Gleichheitssatz einzeln bestimmt werden. Will man solche Tatbestände übergreifend beschreiben,<sup>21</sup> so erweist sich als deren Kernelement die Ungleichbehandlung: der Umstand, dass der zur Gleichbehandlung Verpflichtete eine zur Gleichbehandlung berechnete Person<sup>22</sup> U anders als behandelt als eine (taugliche) Vergleichsperson V. Diese Formulierung betont die Funktionsweise auch der Gleichheitsgrundrechte als Individualrechte (während sonst meist Vergleichsgruppen in den Blick genommen werden).<sup>23</sup>

Das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung ist gegenüber der Art der in Frage stehenden Behandlung neutral. Sie wird aber meist den Charakter einer relativen Bevorzugung des einen und einer relativen Benachteiligung des anderen tra-

19 In dieser Dimension sollen die Diskriminierungsverbote vor allem als Rechtfertigung für (Vertrags-) Freiheitsbeschränkungen wirken, vgl. *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Rn. 775; skeptisch *M. Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298 (343–346).

20 Wie immer beim Gleichheitssatz sollte ein einzelner Vergleichsfall genügen, vgl. *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 58f.; *Kölbl* (Fn. 1), Rn. 117; anders etwa *Ulrich*, Verfassungsphänomen (Fn. 14), S. 125; *V. Götz*, Das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, DVBl 1968, S. 93 (96).

21 Ansatz dazu: *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 29–151.

22 Zur Differenzierung zwischen objektivrechtlicher Begünstigung und subjektivrechtlicher Berechtigung durch einen Gleichheitssatz vgl. *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 177–182.

23 Siehe z. B. *Hufen*, Staatsrecht (Fn. 9), § 39 Rn. 4. Die individualisierende Betrachtung ist – auch ohne Übernahme der Vorschläge von *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), im Übrigen – ohne Beschränkung der Allgemeinheit möglich: von einer Vergleichsgruppe gelangt man stets zu einer Vergleichsperson V, indem man diese als einen beliebigen Vertreter der Gruppe bestimmt, also als eine beliebige Person, die die gruppendifinierenden Merkmale aufweist.

gen, was auf eine von zwei Weisen geschehen kann: U kann im Gegensatz zu V belastet oder V im Gegensatz zu U begünstigt werden.<sup>24</sup>

Von welchen Gleichbehandlungsverpflichteten die Ungleichbehandlung ausgeht, ist dabei unerheblich. Für die grundrechtlichen Gleichheitssätze kommen gemäß Art. 1 Abs. 3 GG alle Staatsgewalten in Betracht – praktisch vor allem die Verwaltung.<sup>25</sup>

## 2. Weitere Tatbestandsmerkmale von Gleichheitssätzen

Aus der großen Menge der von diesem Ungleichbehandlungsbegriff erfassten Sachverhalte können durch weitere Tatbestandselemente diejenigen herausgefiltert werden, die durch den betrachteten Gleichheitssatz *effektiv* verboten sein sollen. So kann ein Gleichheitssatz etwa sachlich auf bestimmte Ungleichbehandlungen beschränkt sein – zum Beispiel auf solche bei der Wahl zum Deutschen Bundestag nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG oder auf solche beim Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 Abs. 3 S. 1 GG. Ein Gleichheitssatz kann außerdem<sup>26</sup> auf solche Ungleichbehandlungen beschränkt sein, die an eine bestimmte Eigenschaft von U oder V anknüpfen – zum Beispiel auf Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts, der Abstammung usf. nach Art. 3 Abs. 3 GG oder wegen des religiösen Bekenntnisses nach Art. 33 Abs. 3 GG (solche Gleichheitssätze werden häufig „Diskriminierungsverbote“ genannt).

Ein besonders wichtiger Filter aber ist bei vielen Gleichheitssätzen und gerade bei Art. 3 Abs. 1 GG die Voraussetzung, dass die Ungleichbehandlung nicht „gerechtfertigt“ sein darf. Auch diese Voraussetzung ist zu den Tatbestandselementen zu zählen, wenn man von der Dichotomie Tatbestand/Rechtsfolge (und nicht von der anders gelagerten Dichotomie Tatbestand/Rechtswidrigkeit) ausgeht.<sup>27</sup> Ausgeschlossen sind damit insbesondere solche Fälle gerechtfertigter Ungleichbehandlung, in denen der Staat nach sachlichen Kriterien zuerst gegen U einschreitet, ob-

24 Zur Begrifflichkeit bezüglich Begünstigung/Belastung und Bevorzugung/Benachteiligung vgl. R. Wernsmann, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, Berlin 2000, S. 83–85; zur Relativität des Begünstigungscharakters auch Kempny/Reimer, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 76f.

25 So wird die „Gleichheit im Unrecht“ denn manchmal auch gleich ganz im Zusammenhang der Gleichheitsbindung der Exekutive behandelt, etwa bei W. Rießner, in: W. Kahl/Ch. Waldhoff/Ch. Walter (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (Loseblatt), Art. 3 Rn. 181f. (67. Lfg., 1992); S. Boysen, in: I. von Münch/Ph. Kunig (Hg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012, Art. 3 Rn. 81–84.

26 Die Kombination der beiden Einschränkungsmöglichkeiten ergibt drei Arten besonderer Gleichheitssätze, siehe Kempny/Reimer, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 97f.

27 Die Unterscheidung Tatbestand/Rechtsfolge ist typisch für rechtstheoretische Betrachtungen, die Unterscheidung Tatbestand/Rechtswidrigkeit dagegen für bestimmte dogmatische Zusammenhänge – vor allem im Straf- und Deliktsrecht, aber ganz ähnlich auch in den Allgemeinen Grundrechtslehren mit Eingriffstatbestand und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung.

wohl er es dem Grunde nach auch gegen V könnte<sup>28</sup> (z. B. mit Abbruchverfügungen<sup>29</sup> oder Verwarnungen im Straßenverkehr, mit dienstlichen Weisungen<sup>30</sup> oder Disziplinarmaßnahmen<sup>31</sup>).

### 3. Zwischenergebnis

„Keine Gleichheit im Unrecht“ setzt danach eine für den betrachteten Gleichheitssatz (voll) tatbestandliche, insbesondere nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung voraus.<sup>32</sup> Betrachtet man Art. 3 Abs. 1 GG, so bedeutet diese Voraussetzung, dass U und V unterschiedlich behandelt werden müssen, ohne dass dies durch einen sachlichen Grund bzw. nach der „neuen Formel“ gerechtfertigt wäre.

Die „Gleichheit im Unrecht“ lässt sich dann als ein Problem der Rechtsfolgenrechtsseite der Gleichheitssätze beschreiben.<sup>33</sup> Beispielsfälle könnten insofern – auch wenn dies bislang selten geschieht – besonders gut anhand anknüpfungsabhängiger Gleichheitssätze wie Art. 3 Abs. 3 GG gebildet werden, soweit bei diesen eine Rechtfertigung von vornherein nicht in Betracht kommt (etwa bei Benachteiligung wegen der „Rasse“) und daher einer gedanklichen Vermengung von Tatbestands- und Rechtsfolgenproblemen besser ausgewichen werden kann.

### III. Das „Unrecht“: Behandlung der Vergleichsperson war rechtswidrig

Nächster Schritt zur „Gleichheit im Unrecht“ ist der Aspekt des „Unrechts“. Nicht nur muss ein Gleichheitssatz tatbestandlich einschlägig sein, also eine (ungerechtfertigte und auch im Übrigen tatbestandsmäßige) Ungleichbehandlung vorliegen, sondern an dieser Ungleichbehandlung muss auch noch etwas über den Gleichheitssatzverstoß Hinausgehendes „unrecht“ sein.<sup>34</sup> Zur tatbestandsmäßigen Ungleichbehandlung, die für sich die Rechtsfolgen des Gleichheitssatzes auslöst, muss

28 Vgl. *U. Kischel*, in: BeckOK-GG, 27. Ed., Art. 3 Rn. Rn. 115.2 („nicht selektiv Unrecht begangen, sondern selektiv Unrecht beseitigt“); *H.-W. Arndt*, Ungleichheit im Unrecht?, in: F. Burkei/D.-M. Polter (Hg.), Rechtsfragen im Spektrum des Öffentlichen. Mainzer Festschrift für Hubert Armbruster, Berlin 1976, S. 233 (234–237); widersprüchlich *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 3 Rn. 181 (unter b) gegenüber Rn. 469.

29 Vgl. schon BVerwGE 5, 351 (353) [1957]; siehe auch OVG Saarlouis NVwZ 1986, 61 (62). Planmäßiges Vorgehen verlangt HessVGH NVwZ 1986, 683 (683). Vergleichbare Konstellation in PrOVGE 3, 333 (337) [1877].

30 Vgl. VG Düsseldorf BeckRS 2007, 27279 (unter III); VGH BW BeckRS 2008, 34909 (Tz. 56–59).

31 Vgl. BVerfGE 57, 29 (38) – soldatenrechtliches Uniformverbot [1981].

32 Ebenso *Köbel* (Fn. 1), Rn. 42; *Götz*, Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 20), S. 95. Zu Möglichkeiten einer Berücksichtigung dieses Spezialproblems bereits auf Tatbestandsebene vgl. die Hinweise bei *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 67f., 128–130.

33 Für eine Lösung auf Tatbestandsseite aber namentlich *W. Pauly*, Gleichheit im Unrecht als Rechtsproblem, JZ 1997, S. 647 (649–654); BAG AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 2 [1980] (sub III 2 b); ohne erkennbare Zuordnung etwa *H.-J. Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2000, S. 274 (der aber wohl an *Pauly* anschließt); *M.-J. Seibert*, Die Einwirkung des Gleichheitssatzes auf das Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsermessern der Verwaltung, in: E. Schmidt-Aßmann (Hg.), Festgabe 50 Jahre BVerwG, Köln 2003, S. 535 (544).

34 *Ulrich*, Verfassungsphänomen (Fn. 14), S. 5.

insofern noch eine weitere Normverletzung durch den Gleichbehandlungsverpflichteten hinzutreten, nämlich bei der Behandlung der Vergleichsperson V.<sup>35</sup> Ausgeschlossen werden hierdurch die Fälle, in denen nicht die zur Gleichbehandlung verpflichtete Staatsgewalt, sondern U und V selbst rechtswidrig handeln und nur die möglicherweise uneinheitlich erfolgende, aber eigentlich rechtmäßige Sanktionierung dieses Verhaltens durch eine Ermessensverwaltung in Rede steht.<sup>36</sup>

Aus welcher Norm die Rechtswidrigkeit der Behandlung der Vergleichsperson folgt, kann an dieser Stelle erst einmal dahinstehen. Es könnte z. B. die unzuständige Stelle eine Begünstigung gewährt,<sup>37</sup> die Gewerbebehörde eine zwingend auszusprechende Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO unterlassen<sup>38</sup> oder der Gesetzgeber ein nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG mit Strafe zu bedrohendes Verhalten (Vorbereitung eines Angriffskriegs) nicht unter Strafe gestellt haben.

Dass mit Art. 26 GG für die Gesetzgebung hier ein etwas abseitiges Beispiel herhalten musste, gibt einen Hinweis darauf, weshalb beim Thema „Gleichheit im Unrecht“ die Verwaltung meist im Vordergrund steht.<sup>39</sup> Der stets an das Gesetz gebundenen Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) ist es in vielen Fällen verboten, Vergleichspersonen zu begünstigen; den nur verfassungsgebundenen Gesetzgeber trifft dagegen nur selten ein Begünstigungsverbot wie das aus Art. 26 GG<sup>40</sup> – meist sind es Belastungen, die ihm die rechtsstaatliche Verfassung verbietet.<sup>41</sup>

#### IV. Die „Gleichheit“: erstrebte Behandlung wäre ebenso rechtswidrig

Im vierten und letzten Schritt der Eingrenzung des Themas kommen wir von dem „Unrecht“ zu der „Gleichheit im Unrecht“. V wurde anders behandelt als U, und diese Behandlung von V war rechtswidrig. Nun begehrt aber U, ebenso behandelt zu werden, wie V bereits behandelt wurde – und beruft sich dabei auf den im ers-

35 Um „Gleichheit im Unrecht“ ging es deshalb nicht, wie vom Gericht richtig erkannt, im Falle des HansOLG (Hamburg) NJW 1988, 1600 (1601): die Einstellung der Elektrizitätsversorgung gegenüber U, nicht aber gegenüber V, verstieß nicht auch noch gegen energierechtliche Vorschriften. Anderes erwägt *Schoch*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 873 Fn. 157.

36 Dies ist das Argument „Andere machen es doch auch“, zu dessen Abwehr *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 3 Rn. 181 (unter b), die Formel „Keine Gleichheit im Unrecht“ ebenfalls heranzieht. Kritisch zur Vermengung der Konstellationen *Arndt*, Ungleichheit (Fn. 28).

37 Vgl. die Nachweise in Fn. 24.

38 Parallel im Fall des HessVGH NVwZ 1986, 683: dort wurde eine nach Landesnaturschutzrecht zwingend auszusprechende Nutzungsuntersagung unterlassen.

39 Ebenso *Wernsmann*, Steuergesetz (Fn. 24), S. 282 (ebenfalls mit einem Beispiel aus Art. 26 GG). So ging es auch in BVerfGE 84, 239 (284) – Kapitalertragsteuer [1991], nicht um „Gleichstellung im Unrecht“, sondern um ein Gesetz, das wegen seiner mangelhaften Gestaltung verfassungswidrig war.

40 *Wernsmann*, Steuergesetz (Fn. 24), S. 210. Aus dem Modell grundrechtlich begründeter Schutzpflichten nach Art von BVerfGE 88, 203 (257f., 270–281) – Schwangerschaftsabbruch II [1993], könnten sich aber Belastungsgebote ergeben; dazu *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 174.

41 Dabei kann die Begünstigung auch die Gestalt der Verschonung von einem Nachteil, die Belastung auch die der Aufhebung eines Vorteils haben; vgl. *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 170–176.

ten Schritt gewählten Gleichheitssatz. *Ferdinand Kirchhof* spricht insoweit treffend von einer „Gleichheit *ins* Unrecht“.<sup>42</sup>

Der Konstellation nach geht es hier also um „selbstbegünstigende Gleichheitsklagen“, verkürzt gesagt: um das „Auch-haben“. Ein solches „Auch-haben-Wollen“ begegnet zum einen in der *Abwehr- und Anfechtungssituation*: U wehrt sich gegen die eigene Belastung unter Berufung auf die rechtswidrige Verschonung von V. Dies sind die Hauptfälle der Rechtsprechung. Hier geht es insbesondere um gebundene, also ohne Ermessen auf gleichmäßigen Gesetzesvollzug verpflichtete Staatstätigkeit – etwa das Verfolgen von Straftaten (§ 152 Abs. 2 StPO),<sup>43</sup> das Erheben von Steuern (§ 85 S. 1 AO)<sup>44</sup> oder das Heranziehen von Wehrpflichtigen (§ 21 Abs. 1 WPfLG);<sup>45</sup> die Verschonung von V verstößt hier stets gegen die jeweilige Vollzugspflicht. Im Bereich der Ermessensverwaltung<sup>46</sup> kann „Gleichheit im Unrecht“ für die Anfechtungssituation wohl nur diskutiert werden, wenn das Ermessen, V zu belasten, auf null reduziert ist (wenn also gerade kein Ermessen besteht), denn nur in diesem Fall ist die Verschonung von V – das Unterlassen seiner Belastung – rechtswidrig.<sup>47</sup>

Zum anderen kann das „Auch-haben-Wollen“ auch in der *Verpflichtungssituation* auftreten: der nichtbegünstigte U begehrt die eigene Begünstigung unter Berufung auf die rechtswidrige Begünstigung von V. Dabei geht es namentlich um Genehmigungen und Subventionen. Diese Fälle werden oft erörtert in Bezug auf Verwaltungsvorschriften, die die vom Kläger begehrte rechtswidrige Begünstigung vorsehen.<sup>48</sup>

Meist nicht mit dem Schlagwort von der „Gleichheit im Unrecht“ verbunden<sup>49</sup> werden dagegen die „drittbelastenden Gleichheitsklagen“, oft verunglimpft als

42 *Kirchhof*, Gleichheit (Fn. 10), S. 110 (Hervorhebung im Original).

43 BVerfGE 9, 213 (223) – Heilmittelwerbeverordnung [1959]; bekräftigt in BVerfGE 50, 142 (166) – Unterhaltspflichtverletzung [1979].

44 BFHE 78, 379 (381f.) [1963].

45 Siehe z. B. BVerfGE 45, 197 (199) [1974]; 92, 153 (157) [1993].

46 Entsprechendes wird auch für die Kündigungspraxis des Arbeitgebers angenommen, vgl. BAG NZA 2016, 161 Rn. 76; Urteil vom 8.12.1994 – 2 AZR 470/93, juris, Rn. 46.

47 Ebenso tendenziell *Arndt*, Ungleichheit (Fn. 28), S. 236f.

48 Hier wird mit Blick auf diese Rechtswidrigkeit die auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützte „Selbstbindung der Verwaltung“ durchbrochen. Siehe hier als frühe Entscheidung HessVGH DVBl 1963, 443 (445). Pauschal ablehnend, aber insoweit wenig überzeugend dagegen BGHZ 19, 348 (354f.) [1956].

49 Siehe aber *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 3 Rn. 181, der – für die Abwehr- und Anfechtungssituation – die drittbelastende und die selbstbegünstigende Variante der „verfehlt[e] Forderung nach Gleichheit in der Rechtswidrigkeit“ unterscheidet.

„Neidklagen“:<sup>50</sup> einerseits das Verpflichtungsbegehren von U, selbst belastet, auf Belastung auch des Dritten, andererseits das Anfechtungsbegehren von U, selbst nicht begünstigt, gegen die Begünstigung des Dritten. Auch hier ist zwar die Berufung auf die rechtswidrige Behandlung von V möglich, aber nicht die Ebensobehandlung von U, sondern die Andersbehandlung von V wird erstrebt.<sup>51</sup>

## V. Zwischenergebnis

Damit ist die Konstellation für die Parömie „Keine Gleichheit im Unrecht“ insgesamt hinreichend genau umschrieben: es geht um den Fall, dass ein Gleichbehandlungsberechtigter auf Grund eines bestimmten Gleichheitssatzes für sich eigentlich die gleiche rechtswidrige Behandlung verlangen könnte, die der Gleichbehandlungsverpflichtete zuvor rechtswidrig einer Vergleichsperson hat angedeihen lassen.

## C. Materiellrechtliche Rekonstruktion des Problems mit schuldrechtlichen Begriffen

Diese Konstellation soll nun dogmatisch einsortiert werden, damit sich die richtigen Rechtsfolgen zuordnen lassen. Dabei erweist es sich als hilfreich, das Begriffsinstrumentarium des Allgemeinen Schuldrechts heranzuziehen, denn dieses ist mit einem hinreichenden Abstraktionsgrad entwickelt worden, um Leistungspflichten und Leistungsstörungen auch außerhalb des engeren Gebiets des bürgerlichen Rechts beschreiben zu können. Für bürgerlichrechtliche Gleichheitssätze wie §§ 7 und 19 AGG gilt das Allgemeine Schuldrecht ohnehin direkt.<sup>52</sup> Aber ebenso lässt sich das Konzept des „Anspruchs“ für die subjektivrechtlichen Gehalte von Grundrechtsnormen, die in der Staatsrechtslehre auch als Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche konstruiert werden,<sup>53</sup> dogmatisch fruchtbar machen. Das gilt auch für Gleichheitsgrundrechte.<sup>54</sup>

In schuldrechtlichen Begriffen lässt sich zunächst allgemein die Leistungspflicht aus einem Gleichheitssatz als ein Fall der Wahlschuld beschreiben (dazu I). Das Begeh-

50 Zurückgehend vor allem auf *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 3 Rn. 179–193; selbstbegünstigende Gleichheitsklagen nimmt *Dürig* dagegen explizit vor dem „Neid“-Vorwurf in Schutz (ebd., Rn. 170). Vgl. zur Rehabilitierung bereits *M. Desens*, Neid als Grundrechtsausübungsmotiv, AöR 133 (2008), S. 404; *M. Sachs*, Der Gleichheitssatz als eigenes subjektives Grundrecht, in: R. Wendt u. a. (Hg.), Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf, Heidelberg 1996, S. 309 (325–328); *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht IV/2 (Fn. 3), S. 1593f.; differenzierend *Boysen*, in: Münch/Kunig (Fn. 25), Art. 3 Rn. 84. *Dürig* folgend dagegen etwa *Köbel* (Fn. 1), Rn. 108.

51 Vgl. zur drittbelastenden Gleichheitsklage noch unten IV.2.a.

52 *G. Thüsing*, in: F. J. Säcker (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012, § 21 AGG, Rn. 1.

53 *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 191 Rn. 145.

54 Dieser Ansatz wurde an anderer Stelle als „Allgemeines Anspruchsrecht“ bezeichnet: *Reimer/Kempny*, Anspruchsrecht (Fn. 13).

ren nach „Gleichheit im Unrecht“ ist dann ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit der Leistung (dazu II).

### I. Die Gleichbehandlungspflicht als Wahlschuld

Ebenso wie Freiheitsgrundrechte<sup>55</sup> lassen sich auch Gleichheitssätze so auffassen, dass sie ihre Adressaten zunächst – auf einer Primärebene – zur *Unterlassung* tatbestandlicher Ungleichbehandlungen verpflichten;<sup>56</sup> auf einer Sekundärebene verpflichten sie dann zur *Beseitigung* widerrechtlich doch einmal geschehener tatbestandlicher Ungleichbehandlungen.<sup>57</sup>

In aller Regel behandeln Rechtsprechung und Wissenschaft auf der Sekundärebene spielende Gleichheitsfälle.<sup>58</sup> Solche Fälle gelangen ans Licht, *nachdem* eine Ungleichbehandlung bereits stattgefunden hat. Das ändert aber nichts daran, dass auch Gleichheitssätze wie die grundrechtlichen aus Art. 3 GG einer solchen Ebenenunterscheidung zugänglich sind.

Bei den Gleichheits(grund)rechten weist jedoch der *Anspruchsinhalt* – die Pflicht des Gleichbehandlungsverpflichteten – idealtypisch auf beiden Ebenen eine Besonderheit auf: er ist nämlich in dem Sinne alternativ strukturiert, dass dem Verpflichteten grundsätzlich jeweils die Wahl zwischen zwei Handlungsoptionen bleibt.<sup>59</sup> Schuldrechtlich gesprochen ist dies das Wahlrecht eines Wahlschuldners wie in § 262 BGB;<sup>60</sup> verwaltungsrechtlich gesprochen: ein Auswahlermessen ohne Entschließungsermessen.<sup>61</sup>

Auf der *Primärebene* muss der Verpflichtete gegenüber U und V jede Behandlung H entweder beiden angedeihen lassen – oder aber beiden nicht. Diese Wahl steht ihm (jedenfalls unter gleichheitsrechtlichem Gesichtspunkt) frei; hierin liegt der be-

55 Siehe nur *Isensee*, Abwehrrecht (Fn. 53), Rn. 145 m. N.

56 Vgl. ausdrücklich § 21 S. 2 AGG für Unterlassungsansprüche bei Wiederholungsgefahr, im Schrifttum anerkannt darüber hinaus auch bei Erstbegehungsgefahr, siehe *Thüsing*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 52), § 21 AGG, Rn. 38 m. w. N.

57 Vgl. ausdrücklich § 21 S. 1 AGG.

58 Enger offenbar *H.-U. Erichsen*, Art. 3 Abs. 1 GG als Grundlage von Ansprüchen des Bürgers gegen die Verwaltung, *VerwArch* 71 (1980), S. 289 (296): „Voraussetzung [...] in jedem Fall ein vorgängiges staatliches Handeln“.

59 Vgl. *Kempny*, Rechtssatzverfassungsbeschwerde (Fn. 3), S. 577 (610f.); *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 158f., 163–165.

60 Ebenso zu Art. 3 GG bereits *M. Sachs*, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, *DÖV* 1984, S. 411 (417); zustimmend *Desens*, *Neid* (Fn. 50), S. 411; ähnlich auch schon *G. Dax*, Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte, *Bonn* 1969, S. 114f.

61 *M. Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: *H.-U. Erichsen/D. Ehlers* (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., Berlin 2010, § 11 Rn. 57.

reits verschiedentlich beschriebene formale oder auch „modale“ Charakter von Gleichheitssätzen.<sup>62</sup>

Ganz entsprechend liegt es auf der *Sekundärebene*, wenn der Verpflichtete gleichheitssatzwidrig nur V, nicht aber U die Behandlung H bereits hat angedeihen lassen. Hier hat er die Wahl,

- *entweder* auch U so zu behandeln wie V (diese Erfüllungsalternative soll im Folgenden „Behandlungserstreckung“ heißen),
- *oder aber* die Behandlung des V so rückgängig zu machen, dass im Ergebnis weder U noch V die Behandlung H zuteil wird (diese Erfüllungsalternative soll hier „Behandlungsumkehr“ heißen).

Diese Wahlrechte von Gleichbehandlungsverpflichteten gelangen im Falle der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze recht deutlich darin zum Ausdruck, dass das Bundesverfassungsgericht in den einschlägigen Fällen meist nicht durchentscheidet, sondern unter Fristsetzung den Verpflichteten zu einer ordnungsmäßigen Ausübung des Wahlrechts anhält und durch eine sogenannte Unvereinbarerklärung ein „So nicht“ ausspricht<sup>63</sup> (was für die Übergangszeit freilich einen Gleichheitssatzverstoß fortbestehen lässt, der hier allenfalls durch Vertrauensschutzerwägungen gerechtfertigt werden kann<sup>64</sup>).

Die zwei Wahlmöglichkeiten bestehen der Sache nach im Anwendungsbereich aller Gleichheitssätze, und es ist eine Frage der jeweiligen positiven Regelung, ob dem Verpflichteten diese Wahl belassen werden soll. Man betrachte etwa das in § 19 AGG enthaltene Benachteiligungsverbot für den Zivilrechtsverkehr, auch dies ein Verbot von Ungleichbehandlungen und insofern ein Gleichheitssatz: hier verpflichtet § 21 Abs. 1 S. 1 AGG bei Verstößen – erkennbar § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zitierend – zur „Beseitigung der Beeinträchtigung“. Während hier meist die Erstreckung der besseren Behandlung auf den Benachteiligten erörtert wird, könnte auch bei diesem Gleichheitssatz durchaus die Beseitigung dadurch beseitigt werden, dass auch der bisher Bevorzugte nun schlechter behandelt wird. Mit einem einschlägigen Beispiel: wenn ein Einzelhändler systematisch eine Gruppe unfreundlich behandelt,<sup>65</sup> dann ist die darin liegende Benachteiligung auch dann beseitigt, wenn er fürderhin *sämtliche* Kunden unfreundlich behandelt.

62 Siehe namentlich *J. Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977, S. 23; *Sachs*, Struktur (Fn. 60), S. 414.

63 Dazu noch unten IV.1.b.

64 *Heun*, in: Dreier (Fn. 9), Art. 3 Rn. 61.

65 So das Beispiel bei *Thüsing*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 52), § 21 AGG, Rn. 16.

## II. „Gleichheit im Unrecht“ als Fall rechtlicher Unmöglichkeit der Erfüllungsalternative „Behandlungserstreckung“

Diese etwas allgemeiner angelegten Überlegungen zum Wahlschuldcharakter der Gleichbehandlungspflicht erlauben es nun, den Bogen zurück zur „Gleichheit im Unrecht“ zu schlagen. Auch insoweit hilft die schuldrechtliche Terminologie. Die These hierzu lautet: die Konstellation der „Gleichheit im Unrecht“ wird am besten verstanden als ein spezieller Fall von Unmöglichkeit.<sup>66</sup>

### 1. Unmöglichkeit als Konzept auch für Gleichheitssätze

Mit dem Institut der Unmöglichkeit wird wiederum ein übergreifendes Rechtsphänomen im bürgerlichen Recht musterhaft geregelt, das ebenso auf anderen Rechtsgebieten und namentlich im Verfassungsrecht auftreten kann.<sup>67</sup> Dass z. B. der Gesetzgeber Unmögliches von Verfassung wegen nicht fordern könne, ist anerkannt, wenn es auch nur selten zum Problem wird.<sup>68</sup> Viel spricht dafür, das Grundgesetz so auszulegen, dass es auch von den Staatsorganen nichts Unmögliches fordere.<sup>69</sup> Zwar ist wie jeder positive Rechtsetzer auch der Parlamentarische Rat rechtlich nicht daran gehindert, Rechtsunterworfenen zu einem unmöglichen Verhalten zu verpflichten – das wäre zwar unter Umständen eine unkluge, aber deshalb noch keine ungültige Norm,<sup>70</sup> weil eine Regel „*impossibillum nulla obligatio est*“<sup>71</sup> nicht in der (notwendigen) Rechtsstruktur, sondern nur im (kontingenten) Rechtsinhalt verankert ist. Die Frage muss also dahin gehen, ob dem Parlamentarischen Rat zugesonnen werden kann, er habe mit seinen verfassungsrechtlichen Befehlen von deren Adressaten auch das Unmögliche verlangen wollen; diese Frage darf plausibel verneint werden. Wo eine eindeutige positive Normaussage in die eine

66 Der Sache nach in diese Richtung schon (für den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch) BAG AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 2 [1980] (sub III 2 b).

67 Für das öffentliche Recht bleibt eine Dogmatik der Unmöglichkeit bislang weitgehend ein Desiderat; siehe als Ansätze aber C. Franck, Die Unmöglichkeit im Verwaltungsrecht, Würzburg 1926; G. Erbel, Die Unmöglichkeit von Verwaltungsakten, Frankfurt am Main 1972; O. Depenheuer, Vorbehalt des Möglichen, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 53), Bd. 12, 3. Aufl., 2014, § 269.

68 Siehe etwa BVerfGE 2, 237 (265) – Hypothekensicherungsgesetz [1953] (im Rückwirkungskontext); 62, 354 (372) – Heilfürsorge der Soldaten [1982].

69 Ebenso etwa BVerfGE 56, 1 (19f.) – Kriegsopferversorgung [1981] (Unmögliches könne vom Gesetzgeber nicht verlangt werden); F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 53), Bd. 5, 3. Aufl., 2007, § 101 Rn. 79 (tatsächliche Unmöglichkeit der Gesetzgebung in bestimmten Sachbereichen – worüber man im Detail freilich streiten mag); D. Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 53), Bd. 9, 3. Aufl., 2011, § 192 Rn. 64 (GG wolle „die Staatsorgane im Zweifel nicht zu unmöglichen Leistungen verpflichten“); Ch. Hillgruber, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, ebd., § 200 Rn. 111 (tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit schließe grundrechtlichen Beseitigungsanspruch aus); J. Lennartz, Grundrechtsbindung als Weisungsgrenze, JZ 2016, S. 287 (290f.: wegen „der fehlenden rechtlichen Möglichkeit“ keine Bindung an Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG, wenn diese auf Grundrechtsverletzung gerichtet).

70 Insbesondere kann man nicht davon sprechen, eine solche Pflicht sei „logisch“ undenkbar“, worauf K. Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl., München 1987, S. 99, zu Recht hinweist: die Pflicht ist höchstens „zweck-, sinn- und gegenstandslos“.

71 D. 50.17.185.

oder die andere Richtung aber nicht erkennbar ist – wie eben im Falle von Art. 3 GG, dem kein kodifiziertes Allgemeines Schuldrecht zur Seite gestellt ist –, hat ein zur Rechtsbeurteilung berufenes Organ die Möglichkeit, im Rahmen seines Entscheidungsspielraums<sup>72</sup> solche unklugen Ergebnisse zu vermeiden.<sup>73</sup> Auf diesem Wege kann ein Rechtsanwender auch im Verfassungsrecht dazu kommen, Pflichten als bei Unmöglichkeit erlöschend anzusehen.

Bei einer Wahlschuld gibt es allerdings mehr als einen geschuldeten Leistungsinhalt und damit mehr als einen Bezugspunkt von Unmöglichkeit, was für das bürgerliche Recht § 265 BGB rechtlich verarbeitet. Für jede Erfüllungsalternative stellt sich die Frage nach dem Eintritt von Unmöglichkeit einzeln. Beide Alternativen können im Sinne des § 275 BGB (auch soweit dieser nicht direkt anwendbar ist) unmöglich sein. Denkbar sind tatsächliche wie rechtliche,<sup>74</sup> subjektive wie objektive und anfängliche wie nachträgliche Unmöglichkeit.<sup>75</sup> Bezugspunkt für jede der acht daraus sich ergebenden Kombinationen kann außerdem sowohl die Behandlungserstreckung auf U als auch die Behandlungsumkehr bei V sein.

Ein Beispiel soll dies knapp veranschaulichen: wenn die Ungleichbehandlung darin besteht, dass das Gesundheitsamt eine teure Impfung in diskriminierender Weise (etwa: wegen der Rasse im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) nur V verabreicht hat, dann ist (1) die Behandlungsumkehr (a) tatsächlich unmöglich, wenn die einmal erfolgte Gabe eines Impfstoffs nicht rückgängig gemacht werden kann; sie ist (b) rechtlich unmöglich, wenn die Entimpfung dem Amt verboten ist.<sup>76</sup> (2) Die Behandlungserstreckung wird (a) tatsächlich unmöglich, wenn weitere Dosen nicht mehr vorhanden sind oder beschafft werden können, und (b) rechtlich unmöglich, wenn die Impfung von U dem Amt verboten ist.

Freilich: dass das Verbotene in diesem Sinne zum (rechtlich) Unmöglichen gerechnet werden soll (so wie eben in den Beispielen 1b und 2b), bedarf eines zusätzlichen Argumentationsschritts. Dass man etwas nicht darf, heißt nicht unbedingt, dass man es auch nicht könnte – weder im Tatsächlichen noch im Rechtlichen. Können und Dürfen sind hier wie sonst vielmehr auseinanderzuhalten und bei Rechtsakten nur auf Grund positivrechtlicher Anordnung wie in §§ 134 BGB, 44 VwVfG einmal miteinander verbunden.<sup>77</sup> Doch als Auslegungsergebnis der inso-

72 Vgl. *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, Tübingen 2015, bes. S. 336–339.

73 Möglichkeiten und Grenzen lotet aus *Depenbeuer*, Vorbehalt (Fn. 67), Rn. 26–33.

74 Dieses Begriffspaar schon etwa bei RGZ 68, 292 (293) [1908] (zu § 306 BGB a. F.).

75 Alle diese Varianten stellt das Allgemeine Schuldrecht jedenfalls hinsichtlich des Ausschlusses der Leistungspflicht durch § 275 Abs. 1 BGB jetzt gleich; vgl. (Fraktions-)Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040 [2001], S. 127–129. Ins Verwaltungsrecht überträgt diese und weitere Varianten *Erbel*, Unmöglichkeit (Fn. 67), S. 37–62.

76 Beispiel in Anlehnung an *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze (Fn. 3), S. 168.

77 Dazu: *Ph. Reimer*, Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit, Rechtstheorie 45 (2014), S. 383.

weit unterbestimmten Grundrechtsartikel liegt die Annahme einer solchen Verbindung nahe: dass also die grundrechtliche Verpflichtung sich nicht auf Verbotenes erstreckt.

## 2. Unmöglichkeit des Anspruchs auf Behandlungserstreckung

In der Konstellation der „Gleichheit im Unrecht“ sind U und V in tatbestandlicher Weise (insbesondere ohne eine Rechtfertigung) ungleich behandelt worden,<sup>78</sup> wobei die Behandlung von V aus einem anderen Grunde rechtswidrig war.<sup>79</sup> Wegen der tatbestandlichen Ungleichbehandlung verpflichtet der Gleichheitssatz hier dazu, nun *entweder* auch noch U ebenso wie V zu behandeln *oder aber* die Behandlung von V rückabzuwickeln. Wenn U nun „Gleichheit im Unrecht“ begehrt,<sup>80</sup> wird die Erfüllungsalternative der Behandlungserstreckung, also eine Behandlung ebenso wie V erstrebt. Diese ist voraussetzungsgemäß aber rechtswidrig und damit rechtlich unmöglich<sup>81</sup> – jedenfalls dann, wenn man – wie soeben vorgeschlagen – annimmt, dass das anderweitige Verbot (Nicht-Dürfen) auch im Verfassungsrecht<sup>82</sup> zum Ausschluss der gleichheitsrechtlichen Pflicht führt.<sup>83</sup>

Die Einordnung dieser Konstellation beim Institut der rechtlichen Unmöglichkeit macht insbesondere die dogmatische Notlösung entbehrlich, zwischen Gleichbehandlungspflicht (z. B. aus Art. 3 Abs. 1 GG) und Gesetzmäßigkeitspflicht (z. B. aus Art. 20 Abs. 3 GG) eine Kollision auszumachen und diese mittels einer Interessenabwägung zu bewältigen,<sup>84</sup> also im Ergebnis der (verfassungs)gerichtlichen Entscheidung anheimzustellen.<sup>85</sup> Demgegenüber dürfte die Unmöglichkeitslösung den modalen Charakter der Gleichheitssätze angemessener zur Geltung bringen: wenn die-

78 Prämissen nach oben II.2.

79 Prämissen nach oben II.3.

80 Prämissen nach oben II.4.

81 Der Sache nach wie hier *Blanke*, Vertrauensschutz (Fn. 33), S. 273 („Die Grenzen des Gleichheitssatzes werden mithin von der Gesetzmäßigkeit bestimmt.“); ähnlich auch schon BVerwGE 34, 278 (283) [1969]; SchlHVg, Urteil vom 8.6.1977 – 3 A 61/77, NJW 1978, 341 (342); dazu auch *Götz*, Gleichheitssatz (Fn. 12).

82 Zu § 275 BGB (bzw. dessen Vorläufernormen) werden Können- und Dürfen-Unmöglichkeit meist einfach nebeneinandergestellt, etwa bei *A. Stadler*, in: O. Jauernig (Hg.), BGB, 15. Aufl., München 2014, § 275 Rn. 15; *Ch. Grüneberg*, in: O. Palandt (Begr.), BGB, 73. Aufl., München 2014, § 275 Rn. 16.

83 Ausnahmen hiervon hält für möglich *Köbel* (Fn. 1), Rn. 193. Insoweit wäre die in II.3 vorgenommene Umschreibung der Konstellation zu ergänzen: die Rechtswidrigkeit muss von der Rechtsordnung mit der Unmöglichkeitsfolge versehen worden sein.

84 Überzeugend *Boysen*, in: Münch/Kunig (Fn. 25), Art. 3 Rn. 81 (bei Fn. 327, 328). Dagegen sieht „eine Kollisionslage zwischen Gleichheitssatz und Rechtsstaatsprinzip indiziert“ etwa *Schock*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 871; durch „vorsichtige Abwägung“ auflösen will diese Kollision dann *P. Kirchhof*, Rechtsstaatliche Anforderungen an den Rechtsschutz in Steuersachen, in: Ch. Trzaskalik (Hg.), Der Rechtsschutz in Steuersachen, 1995, S. 17 (32), durch „praktische Konkordanz“ *Ulrich*, Verfassungsphänomen (Fn. 14), S. 103–106.

85 Dazu darf verwiesen werden auf *Ph. Reimer*, „... und machet zu Jüngern alle Völker“? Von „universellen Verfassungsprinzipien“ und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte, *Der Staat* 52 (2013), S. 27 (34–37, 42f.) m. N.

se generell so verstanden werden, dass sie nur die *Wahl* zwischen verschiedenen Handlungsoptionen regeln wollen,<sup>86</sup> dann passt dazu ein Verständnis, wonach sie auch nur die Wahl zwischen (rechtlich und tatsächlich) *bestehenden* Handlungsoptionen betreffen. Dagegen müsste das Kollisionsmodell nach einem zusätzlichen materialen Gehalt von Gleichheitssätzen suchen; dass das grundrechtstheoretisch insoweit teilweise hervorgehobene „Gleichbehandlungsinteresse“<sup>87</sup> mehr beinhaltete als die Realisierung einer auch *möglichen* Gleichbehandlung, scheint doch eher fernzuliegen.

Einen „Gleichheitsanspruch auf Fehler-Wiederholung“ gibt es dementsprechend nicht.<sup>88</sup> Der Rechtsstaat würde nach verbreiteter Auffassung sonst „seine eigene Fundamentalregel – die Herrschaft des Gesetzes –“ untergraben.<sup>89</sup>

### 3. Folge: Beschränkung des Anspruchs auf die Behandlungsumkehr

Nach dem Vorstehenden beschränkt sich in der Konstellation der „Gleichheit im Unrecht“ die gleichheitsrechtliche Wahlschuld grundsätzlich auf die andere Erfüllungsalternative,<sup>90</sup> also die der Behandlungsumkehr bei V – „grundsätzlich“ deshalb, weil natürlich auch diese zweite Erfüllungsalternative wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen sein kann. Zu denken ist hier insbesondere an Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes:<sup>91</sup> die Behandlungsumkehr würde V in einer Weise um Begünstigungen bringen oder nachträglich belasten, die ihrerseits verboten sein kann.<sup>92</sup> So könnte die Aufhebung des Zuwendungsbescheids der gleichbehandlungsverpflichteten Behörde nach § 48 VwVfG,<sup>93</sup> die Aufhebung der Strafbarkeitsausnahme dem gleichbehandlungsverpflichteten Gesetzgeber nach Art. 103 Abs. 2 GG verboten sein<sup>94</sup> oder die Rückabwicklung der Zuwendung dem gleichbehandlungsverpflich-

86 Vgl. oben Fn. 47.

87 *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht IV/2 (Fn. 3), S. 1484f.; siehe ähnlich *Liggenstorfer*, Gleichbehandlung (Fn. 11), S. 98.

88 *H. P. Ipsen*, Gleichheit, in: F. L. Neumann/K. A. Bettermann/U. Scheuner (Hg.), Die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 111 (148); dem auch begrifflich folgend schon BVerwG NJW 1955, S. 1452 (1453) (insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 2, 122).

89 *Kirchhof*, Rechtsschutz (Fn. 84), S. 30; ähnlich BFHE 78, 379 (382) [1964]; *F. Ossenbühl*, Administrative Selbstbindung durch gesetzeswidrige Verwaltungsübung?, DÖV 1970, S. 264 (266); *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 3 Rn. 180; *Arndt*, Ungleichheit (Fn. 28), S. 238–240.

90 Bürgerlichrechtlich: nach § 265 BGB.

91 Vgl. bereits *Dax*, Gleichbehandlungsgebot (Fn. 60), S. 105–109.

92 Nach *Boysen*, in: Münch/Kunig (Fn. 25), Art. 3 Rn. 81 (bei Fn. 326), kann hier eine Gleichbehandlung „konstruktiv nur dadurch bewältigt werden, dass die rechtswidrige Leistung dem [U] noch einmal bewilligt wird“, worauf aber kein Anspruch bestehe – das entspricht der Sache nach der hier vorgeschlagenen Unmöglichkeitlösung.

93 Vgl. schon *Götz*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 1480, der zugleich auf die Vertrauensschutzausnahme in § 50 VwVfG als Folgeproblem hinweist.

94 Ganz parallel dazu kann auch bei „Gleichheit im Recht“ die entsprechende Erfüllungsvariante nach § 49 VwVfG ausgeschlossen sein: *Schoch*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 868 Fn. 73.

teten Arbeitgeber aufgrund einer Vertrauensschutznorm nicht gelingen.<sup>95</sup> Der Ausschluss der Erfüllungsalternative „Behandlungsumkehr“ kann aber nicht die bereits ausgeschlossene Erfüllungsalternative „Behandlungserstreckung“ wieder aufleben lassen;<sup>96</sup> denn dafür müsste die Unanwendbarkeit der gleichheitsexternen Norm begründet werden, die die Behandlungserstreckung sonst *in casu* verbietet und damit unmöglich macht.<sup>97</sup>

Steht die Erfüllungsalternative „Behandlungsumkehr“ dagegen noch zur Verfügung, so bildet sie hier den Inhalt der gleichheitsrechtlichen Verpflichtung<sup>98</sup> (unabhängig davon, ob sie dem Ungleichbehandelten auch ein prozessual geltend zu machendes Recht verschafft<sup>99</sup>). Eine andere Frage ist dann nur, ob die Behandlungsumkehr bei allen in Betracht kommenden Vergleichspersonen gleichzeitig und „schlagartig“ vorgenommen werden muss, wie etwa beim Einschreiten gegen Schwarzbauten manchmal gefragt wird;<sup>100</sup> hier wird es typischerweise sachliche Gründe für ein zeitlich gestaffeltes Vorgehen geben, die entsprechende Folge-Ungleichbehandlungen rechtfertigen können.

#### D. Die prozessuale Seite der „Gleichheit im Unrecht“

Das Bild von der „Gleichheit im Unrecht“ müsste unvollständig bleiben, wenn nicht der Blick noch nun auf die Frage der Geltendmachung und Durchsetzung gleichheitsrechtlicher Ansprüche,<sup>101</sup> also auf die prozessuale Seite des Themas ge-

95 Vgl. die ständige Rechtsprechung des BAG, etwa AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 2 [1980] (sub III 2 b); NZA 1996, 48 (52); NZA 2010, 824 Rn. 54. Ob man für das Ergebnis den ungeschriebenen „Vertrauensschutz“ überhaupt bemühen muss, erscheint fraglich: dem Arbeitgeber dürfte es hier schlicht an einer rechtlichen Handhabe für die Rückforderung und damit am rechtlichen Können fehlen, wenn die Leistung mit Rechtsgrund erbracht wurde.

96 So besonders deutlich BSGE 7, 75 (78) [1958]; *Arndt*, Ungleichheit (Fn. 28), S. 251. Dafür aber offenbar V. *Götz*, Über die „Gleichheit im Unrecht“, in: O. Bachof/L. Heigl (Hg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 245 (254, 257f.); doch relativierend *Götz*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 1479 (Art. 3 Abs. 1 GG könne nicht „die Gesetzesbindung der Verwaltung und des Richters zur Seite schieben“).

97 Zwei Wege stünden dafür offen: (1) die externe Norm weicht tatbestandlich; (2) die externe Norm heischt Befolgung, aber der Gleichheitssatz wirkt hier ausnahmsweise nicht bloß modal, sondern material und verdrängt sie kraft einer Kollisionsregel (vgl. zu diesen Strukturvarianten auch *Ph. Reimer*, „L'État, c'est le droit!“; in: L. Heschl u. a. [Hg.], *L'État, c'est quoi?*, Baden-Baden 2015, S. 37 [52f.]). Im letzteren Sinne offenbar *Ulrich*, Verfassungsphänomen (Fn. 14), S. 105f.

98 Anders aber etwa BVerwGE 34, 278 (284) [1969]: „Gebietet die Rechtslage die erstrebte Behandlung nicht oder schließt sie sie aus [= rechtliche Unmöglichkeit!], so ist der Gleichheitssatz auch dann nicht verletzt, wenn eine Behandlung entgegen der objektiven Rechtslage in anderen gleichgelagerten Fällen gewährt worden ist.“

99 Für bloß objektive Verpflichtung hier etwa *Dax*, Gleichbehandlungsgebot (Fn. 60), S. 124–126; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 9), Art. 3 Rn. 185.

100 Vgl. die Nachweise in Fn. 29.

101 Die subjektivrechtliche Dimension von Art. 3 Abs. 1 GG ist heute so gut wie unumstritten. Zur früheren Diskussion vgl. aber etwa *Sachs*, Subjektives Grundrecht (Fn. 50); *Erichsen*, Grundlage von Ansprüchen (Fn. 58), S. 294f.

richtet würde, weil hier für die praktische Rechtsanwendung vielleicht der Kern des Problems liegt.

## I. Ausgangspunkt für (auch gleichheitsrechtliche) Wahlschulden: alternative Leistungsklage

Hier erscheint es als Ausgangspunkt zwingend, dass – vorbehaltlich anderweitiger positiver Regelung – für materiellrechtlich alternativ strukturierte Ansprüche mit Wahlrecht des Schuldners nur eine alternative Leistungsklage als Rechtsschutzform zur Erzwingung des geschuldeten Verhaltens<sup>102</sup> in Frage kommt. Eine unbedingte Klage auf die eine oder auf die andere Erfüllungsalternative würde immer ein Mehr gegenüber dem materiell Geschuldeten beanspruchen und wäre immer unbegründet, weil die eingeklagte Erfüllungsalternative dem Gläubiger nur unter der Bedingung zusteht, dass sein Schuldner sich gerade für diese Alternative entscheidet.

### 1. Zivil- und Verwaltungsprozessrecht

Für Wahlschulden ist deshalb in Bezug auf sowohl das Zivilprozessrecht<sup>103</sup> (einschließlich des ArbGG<sup>104</sup>) als auch das Verwaltungsprozessrecht<sup>105</sup> (einschließlich des SGG<sup>106</sup>) die alternative Leistungsklage die statthafte Rechtsschutzform. Es handelt sich nicht um eine vor §§ 260 ZPO, 44 VwGO unzulässige<sup>107</sup> alternative Klagenhäufung, weil hier der materiellrechtliche Anspruch selbst nur alternativ gegeben ist. Da die verwaltungsgerichtliche Klage nach § 82 Abs. 1 S. 2 VwGO auch ohne „einen bestimmten Antrag“ im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO auskommt, kann das Begehren eines Klägers, der sich auf einen Gleichheitssatz beruft, gemäß § 88 VwGO als alternative Leistungsklage auch dann zu verstehen sein, wenn dies nicht explizit geäußert wird.<sup>108</sup>

102 Anderes gilt, wo Rechtsbehelfe von vornherein nur auf Kompensation gerichtet sind wie bei §§ 15, 21 AGG oder im angloamerikanischen Rechtskreis, soweit nur *damages* und nicht ausnahmsweise auch *specific performance* (= Erfüllung) verlangt werden kann (dazu etwa *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 477–482).

103 *E. Becker-Eberhard*, in: *W. Krüger u. a. (Hg.)*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 4. Aufl., München 2013, § 260 Rn. 22; *U. Foerste*, in: *H.-J. Musielak/W. Voit (Hg.)*, ZPO, 12. Aufl., München 2015, § 260 Rn. 7.

104 BAGE 144, 231 [2013] = NJW 2013, 2540 Rn. 14; BAG BeckRS 2009, 69833 Rn. 41; *G. Annuß*, Schutz der Gewerkschaften vor tarifwidrigem Handeln der Betriebsparteien?, RdA 2000, 287 (289).

105 Zur VwGO wird die Frage kaum behandelt; für den einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO entsprechend VG Hannover, Beschluss vom 7.10.2002 – 6 B 4159/02, juris, Rn. 16.

106 BSG NZS 1994, 516.

107 Vgl. BGH NJW-RR 1990, 122; *Becker-Eberhard*, in: *MünchKomm-ZPO* (Fn. 103), § 260 Rn. 22; *J. Pietzcker*, in: *F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier (Hg.)*, VwGO, München (Loseblatt), § 44 Rn. 11 (17. Lfg., 2008); auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren, vgl. *R. Müller-Glöge*, in: *C.-H. Germelmann/H.-C. Matthes/H. Prütting (Hg.)*, ArbGG, 8. Aufl., 2013, § 74 Rn. 95e.

108 So auch VG Hannover, Beschluss vom 7.10.2002 – 6 B 4159/02, juris, Rn. 16, wo zwei eventual verbundene Anträge in einen alternativen Antrag umgedeutet wurden.

Im Erfolgsfalle müsste das Gericht alternativ verurteilen.<sup>109</sup> Weil der Schuldner die Wahl nur selbst treffen kann, müsste aus einem solchen Urteil nach den Vorschriften über unvertretbare Handlungen vollstreckt werden (also nach § 888 ZPO und ggf. § 172 VwGO), ggf. mit der Erleichterung des § 264 Abs. 1 BGB, wonach bei Verzug des Wahlberechtigten der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten kann.<sup>110</sup>

## 2. Verfassungsprozessrecht

Im Verfassungsprozessrecht findet sich die Parallele hierzu erst auf den zweiten Blick, weil die Verfassungsbeschwerde durch § 95 Abs. 2, 3 BVerfGG in erster Linie kassatorisch ausgestaltet ist: das Bundesverfassungsgericht hebt danach Entscheidungen auf und erklärt Gesetze für nichtig; es verurteilt nicht zur Erfüllung von Ansprüchen.<sup>111</sup> Doch gerade wenn Gleichheitssatzverstöße durch Gesetz gerügt werden und der Gesetzgeber materiellrechtlich nur alternativ das eine oder das andere schuldet, greift das Gericht seit Langem zur bloßen Unvereinbarerklärung<sup>112</sup> – der Sache nach ist das eine alternative Verurteilung.<sup>113</sup> An die Stelle der Zwangsvollstreckung gegenüber einem Wahl-unwilligen Gesetzgeber tritt hier der (am ehesten wohl auf § 35 BVerfGG zu stützende<sup>114</sup>) Ausspruch, dass das Gesetz nur noch bis zu einem gewissen Zeitpunkt anzuwenden sei;<sup>115</sup> damit wird der Gesetzgeber ab diesem Zeitpunkt von Gerichts wegen auf eine der Erfüllungsalternativen festgelegt, nämlich die jeweils kassatorisch darstellbare der beiden.<sup>116</sup>

109 Anders konstruiert *Dax*, Gleichbehandlungsgebot (Fn. 60), S. 127f. mit Fn. 20: Klage und Urteil müssten sich auf die Behandlungserstreckung zugunsten des Klägers richten; der Beklagte könne aber die Behandlungsumkehr zulasten der Vergleichsperson wählen und dadurch den Rechtsstreit gegenstandslos werden lassen. – Wählt der beklagte Wahlschuldner die zunächst (unbegründet) allein eingeklagte Erfüllungsalternative, so soll die eindeutige Leistungsklage zulässig werden, vgl. LAG Düsseldorf, Urteil vom 7.12.2010 – 17 Sa 883/09, juris, Rn. 32.

110 Ob § 264 Abs. 1 BGB von der Verweisung des § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO auf das ZPO-Vollstreckungsrecht umfasst ist, kraft materiellen Verwaltungsrechts entsprechend gilt oder im Verwaltungsrecht überhaupt nicht zur Anwendung kommt, scheint noch unerörtert zu sein.

111 Besondere Probleme ergeben sich, wenn die Frage nach der Gleichheitssatzwidrigkeit eines Gesetzes das Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG erreicht; siehe dazu besonders *Völlmeke*, Richtervorlage (Fn. 9), S. 1345.

112 Ständige Rechtsprechung, siehe BVerfGE 8, 28 (36f.) – Altpensionäre [1958]; 23, 1 (10f.) – unterschiedliche Kinderfreibeträge [1967]; 22, 349 (361f.) – Waisenrente [1967]; 28, 227 (242f.) – landwirtschaftliche Gewinnermittlung [1970]; 73, 40 (101f.) – Parteispenden [1986]; 99, 280 (298) – Stellenzulage [1998]; 133, 377 (422f.) – Ehegattensplitting [2013]. Zu dieser Rechtsprechung statt aller *Ch. Hillgruber/Ch. Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2011, Rn. 540–543; zur Problematik der Gleichheitssätze in Verfassungsbeschwerdekonstellationen siehe jüngst insbesondere *Kempny*, Rechtssatzverfassungsbeschwerde (Fn. 3), bes. S. 590f., 598f., 613f., 621–625.

113 Vgl. auch *Kempny*, Rechtssatzverfassungsbeschwerde (Fn. 3), 613f.

114 *H. Bethge*, in: Th. Maunz (Begr.), BVerfGG, München (Loseblatt), § 35 Rn. 45–45c (Bearb.: 44. Lfg., 2014).

115 Vgl. bereits oben im Text bei Fn. 63.

116 Vgl. *Pieroth u. a.* (Fn. 2), Rn. 519; *Kempny*, Rechtssatzverfassungsbeschwerde (Fn. 3), S. 613f.; zur Problematik der Kassation schon *Dax*, Gleichbehandlungsgebot (Fn. 60), S. 138f.

## II. Bei Unmöglichkeit einer der beiden Erfüllungsalternativen: Klage auf die verbleibende Alternative

Diese Ausgangslage ändert sich, wenn – wie im Falle der „Gleichheit im Unrecht“-Konstellation – eine Erfüllungsalternative wegen Unmöglichkeit ausfällt. In dieser Situation erledigt sich das Wahlrecht des Verpflichteten, weil diesem ohnehin nur noch eine rechtmäßige und mögliche Verhaltensweise verbleibt. Diese materiellrechtliche Reduktion der Wahlschuld auf eine einzelne, unbedingte Verpflichtung bildet sich prozessual darin ab, dass jetzt auch kein alternativer Antrag mehr erforderlich ist, sondern im Zivil- oder Verwaltungsprozess unmittelbar auf Leistung im Sinne der verbliebenen Erfüllungsalternative geklagt werden kann.<sup>117</sup> Besteht diese Leistung in der Rücknahme eines Verwaltungsakts, so kann für dieses Begehren die Anfechtungsklage – auf deren Erhebung hin der Rücknahmeanspruch gegen eine Behörde vom Gericht nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO bereits unmittelbar erfüllt wird – die intensivere und daher vorrangige Rechtsschutzform darstellen.<sup>118</sup>

### 1. Bei „Gleichheit im Unrecht“ allenfalls drittbelastende Gleichheitsklage ...

Da es bei der „Gleichheit im Unrecht“ höchstens die Behandlungsumkehr der Vergleichsperson ist, die dem Verpflichteten als rechtmäßige und mögliche Erfüllungsalternative verbleibt, kann in dieser Konstellation auch höchstens diese eingeklagt werden. Wenn also etwa eine Behörde gleichheitssatzwidrig V eine auch im Übrigen rechtswidrige Subvention gewährt hat, kann U demnach aus Gleichheitsrecht nicht auf die eigene Subventionierung, sondern allenfalls auf Beseitigung der Subvention für V klagen. Entsprechend liegt es, wenn eine Behörde gleichheitssatzwidrig (z. B. wegen der Abstammung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) V von einer eigentlich geschuldeten Abgabe verschont, U aber dazu herangezogen hat:<sup>119</sup> hier kann U aus Gleichheitsrecht nicht die eigene Heranziehung anfechten, weil deren Unterlassung rechtswidrig und damit rechtlich unmöglich wäre; aber U könnte auf Heranziehung auch von V zu der Abgabe klagen.

Ein Problem liegt insoweit nur darin, ob man solche drittbelastenden Gleichheitsklagen zulassen will, das heißt vor allem: ob man hierfür eine Klagebefugnis aner-

117 So etwa regelmäßig in den Fällen des gleichheitssatzwidrigen Begünstigungsausschlusses im Arbeitsrecht, vgl. oben Fn. 95.

118 Vgl. etwa W.-R. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2009, Rn. 178; A. Funke, Perspektiven subjektiv-rechtlicher Analyse im öffentlichen Recht, JZ 2015, S. 369 (370 mit Fn. 12), jeweils m. w. N.

119 Ähnliche Konstellation in BVerwG BeckRS 1996, 31227305: Kläger (U) wird einem Anschlusszwang unterworfen, Beigeladene (V) nicht.

kennt.<sup>120</sup> Diese wird wenig erörtert und meist verneint,<sup>121</sup> die drittbelastende Gleichheitsklage als „Neidklage“ diskreditiert und dann schnell verworfen.<sup>122</sup> Materiellrechtlich spricht freilich wenig dagegen,<sup>123</sup> wenn man die grundsätzliche Alternativstruktur gleichheitsrechtlicher Ansprüche einmal akzeptiert: das materielle Recht von U geht dann eben dahin, mit V in gleicher Weise behandelt zu werden. Grundrechtstheoretisch kann man darin den Schutz eines „Gleichbehandlungsinteresses“ sehen.<sup>124</sup> Man braucht insofern nicht erst einen Menschenwürdegehalt der Gleichbehandlung zu bemühen,<sup>125</sup> um der pauschalen Diskreditierung drittbelastender Gleichheitsklagen entgegentreten zu können. Denn wenn eine Rechtsordnung die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz anordnet oder Diskriminierungen verbietet, sollte auch ein solcher Norminhalt in seiner ganzen Breite erst einmal beim Wort genommen und nicht von vornherein auf eine Art *Pareto*-Gleichheit – U besser stellen, aber V nicht schlechter – beschränkt werden.<sup>126</sup>

Ein solches materiellrechtliches Ergebnis sollte auch prozessual nicht etwa durch Hinweis auf die ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses unterlaufen werden. Liest man nämlich etwa Art. 3 Abs. 1, 3 GG tatsächlich so, dass diese Normen auch Ansprüche auf Behandlungsumkehr der Vergleichsperson gewähren, dann muss man auch insoweit mit der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG Ernst machen.<sup>127</sup> Die vielbeschworene Gefahr der Öffnung zur Popularklage bleibt hier ein Gespenst: schließlich kann auch über einen so verstandenen Gleichheitssatz nicht jeder die Vollziehung jedes Gesetzes verlangen, sondern es hat „nur der in gleicher Lage befindliche, von der Anwendung des Rechtssatzes potentiell Betroffene einen Anspruch“.<sup>128</sup> Die Schlechterstel-

120 Für Trennung von materieller Pflicht und prozessualer Klagebefugnis in dieser Konstellation etwa *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 3 Rn. 185. Jedenfalls kann der Gleichbehandlungsverpflichtete den Gleichbehandlungsberechtigten U klaglos stellen, indem er nun auch gegen V einschreitet: so berichtet in OVG Bremen NVwZ 1986, 61; ähnlich HessVGH NVwZ 1985, 664 (664f.).

121 Etwa von *Götz*, Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 20), S. 95; *D. Ch. Dicke*, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Selbstbindung der Verwaltung, *VerwArch* 60 (1968), S. 293 (310).

122 Vgl. oben II.4; siehe auch etwa BVerwG BeckRS 1996, 31227305 (wo allerdings nicht erkennbar ist, ob auch Rechtswidrigkeit der Behandlung des Klägers selbst im Raum stand); *Seibert*, Einwirkung (Fn. 33), S. 535 (544). Differenzierend *Wernsmann*, Steuergesetz (Fn. 24), S. 302–305.

123 Ebenso *Sachs*, Subjektives Grundrecht (Fn. 50), S. 325–328; *K. H. Friauf*, Anmerkung, DVBl 1969, S. 368 (371f.); tendenziell auch *P. Rechenbach*, Verfassungsanspruch auf „Gleichbehandlung im Unrecht“?, NVwZ 1987, S. 383 (385).

124 Siehe oben Fn. 87.

125 Vgl. zu Beziehungen zwischen beiden Konzepten etwa *W. Höfling*, in: M. Sachs (Hg.), GG, 6. Aufl., München 2011, Art. 1 Rn. 33 m. w. N.

126 Dem Gerechtigkeitsempfinden Betroffener, für das hier eine „stark strapazierende Situation“ vorliegt (*Rechenbach*, Verfassungsanspruch [Fn. 123], S. 383), würde das gewiss entgegenkommen: es wird „nichts als so unerträglich empfunden [...] wie eine durch keine plausiblen Gründe zu erklärende Ungleichbehandlung“ (*Völlmeke*, Richtervorlage [Fn. 9], S. 1345) – außer vielleicht deren Perpetuierung. Ähnlich *Ossenbühl*, Selbstbindung (Fn. 89), S. 265.

127 Ähnlich *Wernsmann*, Steuergesetz (Fn. 24), S. 306f. (bezogen auf gleichheitssatzwidrige Gesetze).

128 So überzeugend *Erichsen*, Grundlage von Ansprüchen (Fn. 58), S. 297.

lung des anderen bedeutet hier deshalb tatsächlich nichts anderes, als gerade „in der eigenen Angelegenheit gleichbehandelt zu werden“.<sup>129</sup>

Was sich aus der Zulassung drittbelastender Gleichheitsklagen höchstens ergibt, ist vor diesem Hintergrund kein rechtliches, sondern ein praktisches Problem, und zwar dann, wenn der in Betracht kommenden Vergleichspersonen viele sind (wie etwa in den wehrpflichtrechtlichen Fällen)<sup>130</sup> – auf wen soll der rechtswidrig Ungleichbehandelte Bezug nehmen,<sup>131</sup> um Gleichbehandlung zu erlangen, und wie soll er überhaupt die Angehörigen dieses Personenkreises identifizieren? Greift er einen einzelnen heraus, der ihm zufällig bekannt geworden ist, wirkt das vielleicht nur wie ein Tropfen auf dem heißen Stein. Immerhin könnte die Entscheidung eines Musterfalls eine rechtstreue Behörde zum Einlenken und aktiven Umkehren der noch erreichbaren Altfälle veranlassen. Dass freilich ein Unbehagen bleibt, soll nicht bestritten werden;<sup>132</sup> in der Schwierigkeit des Umgangs mit einer großen Zahl von Parallelfällen liegt offenkundig ein Strukturproblem von Gleichheitssätzen.

## 2. ... nicht aber selbstbegünstigende Gleichheitsklage!

Aus strukturellen Gründen ausgeschlossen bleiben aber bei der „Gleichheit im Unrecht“ die selbstbegünstigenden Gleichheitsklagen, also die auf die eigene Besserstellung gerichteten Rechtsbehelfe. Diese sind jedenfalls unbegründet, weil das Rechtsschutzziel der eigenen Besserstellung wegen deren Rechtswidrigkeit nicht erreichbar ist – es würde ja schließlich ein „Unrecht“ eingeklagt.<sup>133</sup>

Es ist genau an dieser Stelle, wo sich das Unbehagen der Literatur zur „Gleichheit im Unrecht“ Bahn bricht. So wird in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG diskutiert, ob nicht in gewissen Situationen und unter ganz besonderen Umständen doch einmal

129 Bestritten von *Götz*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 1480 (dort auch das Zitat), der diesen Anspruchsinhalt nur auf die Behandlungserstreckung bezieht.

130 *Götz*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 1480: Behandlungsumkehr oft „schlicht unmöglich oder gänzlich unzutunlich“.

131 Prozessual wird die Vergleichsperson natürlich nicht als Beklagter, sondern immer nur als Beigeladener auftreten.

132 Die Grenzen der Rechtsschutzgarantie betont insoweit *Ossenbühl*, Selbstbindung (Fn. 89), S. 264; vgl. auch *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 28), Art. 3 Rn. 115.1.

133 Im Ausgangspunkt wie hier *Boysen*, in: Münch/Kunig (Fn. 25), Art. 3 Rn. 81; *Schoch*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 871; im Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes ebenso *Köbel* (Fn. 1), Rn. 158, 180, 193.

ein Anspruch auf die eigene Besserstellung gegeben werden sollte<sup>134</sup> (zumindest gegenüber eigenen Belastungen,<sup>135</sup> die ein Gericht schließlich durch Kassation meist einfach aus der Welt schaffen kann). Dahinter steht in erster Linie die Sorge, dass die gleichheitsrechtliche Verpflichtung sonst leerlaufen könnte.<sup>136</sup>

Hierzu kann nun auf der Grundlage der vorangegangenen Überlegungen zweierlei gesagt werden:

Zum einen führt die Rekonstruktion über die rechtliche Unmöglichkeit dazu, einen Anspruch auf rechtswidrige eigene Besserstellung schon auf der Ebene des materiellen Rechts auszuschließen. Das ist stimmig, weil auf der prozessualen Ebene sonst das Gericht zu einer rechtswidrigen Handlung verurteilen und den darin liegenden Verstoß des Beklagten gegen Art. 20 Abs. 3 GG ggf. sogar erzwingen müsste. Zugeschärft und verallgemeinert: als rechtlich unmöglich kann eine Pflicht zu rechtswidrigem Handeln dort gelten, wo dem Normsetzer nicht zugesonnen werden kann, er habe eine entsprechende Verurteilung zulassen wollen. Der Verurteilung eines Privaten zu einem Handeln, das Vertragsbruch gegenüber einem Dritten bedeutet, braucht daher der Unmöglichkeitseinwand nicht entgegenzustehen;<sup>137</sup> der Verurteilung einer staatlichen Stelle zu einem Handeln, das Verfassungsbruch bedeutete, viel eher.

Zum andern droht durch den Ausschluss der selbstbegünstigenden Gleichheitsklagen im Falle der „Gleichheit im Unrecht“ auch kein Leerlaufen des Gleichheitssatzes – jedenfalls dann nicht, wenn man die übermäßige Zurückhaltung gegenüber den drittbelastenden Gleichheitsklagen aufgibt. Ein Gleichheitssatz als bloß modales Ungleichbehandlungsverbot enthält sich einer Wertung dazu, ob die Gleichheit in die eine oder in die andere Richtung hergestellt werden sollte; die Gleichheit als solche ist sein Ziel. Die Zulassung selbstbegünstigender Gleichheitsklagen im Falle der „Gleichheit im Unrecht“ wäre insofern ein Folgefehler der Verneinung der drittbelastenden Gleichheitsklage.

134 Götz, Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 20), S. 95f.; Götz, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 1481; VGH BW DVBl 1972, S. 186 (187f.); *Blanke*, Vertrauensschutz (Fn. 33), S. 274; *L. Osterloh*, in: Sachs (Fn. 125), Art. 3 Rn. 52; *J. Englisch*, in: K. Stern/F. Becker (Hg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl., Köln 2016, Art. 3 Rn. 46; der Sache nach auch BVerwGE 2, 221 (223f.) [1955]. Kritisch *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 3 Rn. 183, 185a. Siehe auch die bei *E. von Hippel*, Kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht?, JZ 1997, S. 347, referierten Urteile sowie die Schweizer Entscheidung BGE 99 Ib 283 – Zeitungstaxe [1973]; Anspruch auf rechtswidrige Ebensobehandlung, wenn an der rechtswidrigen Praxis bezüglich der Vergleichsperson festgehalten wird; dazu kritisch und m. w. N. *Pauly*, Gleichheit (Fn. 33), S. 652f.

135 So HessVGH NVwZ 1986, 683 (684f.); *Boysen*, in: Münch/Kunig (Fn. 25), Art. 3 Rn. 82f.; ähnlich *Ulrich*, Verfassungsphänomen (Fn. 14), S. 115–118; gegen solche Differenzierungen wiederum *Rechenbach*, Verfassungsanspruch (Fn. 123), S. 386; *Rüfner*, in: BK-GG (Fn. 25), Art. 3 Rn. 182 Fn. 115; *Wernsmann*, Steuergesetz (Fn. 24), S. 296.

136 Anders wohl bei *Randelzhofer*, Gleichheit (Fn. 10), S. 542–544, der einen entsprechenden Anspruch aus Gleichheitsrecht ablehnt, aber aus Vertrauensschutz annehmen möchte; dagegen *Blanke*, Vertrauensschutz (Fn. 33), S. 272f.

137 Zur materiellrechtlichen Seite vgl. *Reimer*, Rechtswirksamkeit (Fn. 77), S. 412.

### III. Bei Unmöglichkeit beider Erfüllungsalternativen: nur noch Haftung oder Feststellung

Was aber gilt, wenn nicht nur die Erfüllungsalternative der Behandlungserstreckung auf einen selbst, sondern auch die der Behandlungsumkehr der Vergleichsperson V wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen ist? Ein solcher Fall ist im Anschluss an das Subventionsbeispiel von eben schnell konstruierbar: es habe also die Behörde gleichheitssatzwidrig V eine auch im Übrigen rechtswidrige Subvention gewährt; die Gewährung auch an U wäre rechtswidrig; wegen Vertrauensschutzes darf die Behörde sie aber von V nicht zurückverlangen. Auch dies ist eine Fallgestaltung von „Gleichheit im Unrecht“, bei der im Unterschied zu der zuvor betrachteten aber nicht nur die selbstbegünstigende Gleichheitsklage (auf Gewährung an U), sondern auch die drittbelastende Gleichheitsklage (auf Rückforderung von V) erfolglos bleiben muss.

Wenn alle Erfüllungsalternativen einer Wahlschuld ausgeschlossen sind, ist nach §§ 265, 275 BGB damit die Leistungspflicht insgesamt ausgeschlossen.<sup>138</sup> Dieser Zusammenhang gilt ohne weiteres auch für Wahlschulden außerhalb des bürgerlichen Rechts.<sup>139</sup> In dieser Fallgestaltung müsste U sich deshalb auf nachgelagerte Ebenen des Rechtsschutzes verlegen.<sup>140</sup> In Betracht kommt zum einen die Haftung des Verpflichteten (in funktionaler Äquivalenz zu §§ 283, 311a BGB),<sup>141</sup> zum anderen eine Feststellung der Rechtswidrigkeit gegenüber dem Verpflichteten (nach Art des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO).<sup>142</sup> Das ideelle Interesse an der Gleichbehandlung kann hierdurch nicht vollständig befriedigt werden;<sup>143</sup> das allerdings ist kein Alleinstellungsmerkmal des Rechtsschutzes in Gleichheitssachen<sup>144</sup> und verweist auf die verbleibenden außerrechtlichen Möglichkeiten der (Verwaltungs-)Kontrolle.<sup>145</sup> Gesetzliche Abhilfe (etwa nach dem Muster des § 163 AO) bleibt schließlich regelmäßig möglich.<sup>146</sup> Die politische Verantwortung für das Ergebnis liegt dann, durchaus sachgerecht, in der Hand der Gesetzgebung, deren Wirken die rechtliche Unmöglichkeit typischerweise auch herbeigeführt hat.

138 Vgl. W. Krüger, in: MünchKomm-BGB (Fn. 52), Bd. 2, 7. Aufl., 2016, § 265 Rn. 2.

139 Wie hier, zu Art. 3 Abs. 1 GG *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht IV/2 (Fn. 3), S. 1594.

140 Alternativ könnte U versuchen, gegen einen anderen Verpflichteten vorzugehen, in dessen Person die Gründe für den Ausschluss der Erfüllungsalternative nicht vorliegen.

141 Vgl. BVerwGE 34, 278 (284) [1969]; kritisch aber *Götz*, Gleichheitssatz (Fn. 12), S. 1480f.

142 Nur die zweite Variante erwähnt *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht IV/2 (Fn. 3), S. 1595.

143 Vgl. *Liggenstorfer*, Gleichbehandlung (Fn. 11), S. 94.

144 Ebenso *Ossenbühl*, Selbstbindung (Fn. 89), S. 266. Zu denken ist etwa an die Grenzen des Rechtsschutzes nach „Erledigung“; vgl. E. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 19 Abs. 4 Rn. 245 (Bearb.: 72. Lfg., 2014); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Ph. Reimer*, Die Erledigung des Verwaltungsakts, Die Verwaltung 48 (2015), S. 259.

145 *Ossenbühl*, Selbstbindung (Fn. 89), S. 266: durch Parlamente, Medien, Verbände; vgl. zur Verzahnung solcher Kontrollmöglichkeiten auch S. *Kempny*, Verwaltungskontrolle, i. E., § 11 III 2, 3.

146 Dafür besonders *Arndt*, Ungleichheit (Fn. 28), S. 240f.

## E. Fazit

Alles in allem haben diese Überlegungen bis hierher zu einer materiell- sowie prozessrechtlichen dogmatischen Struktur geführt, die eine passgenaue Lösung der Fälle ermöglicht, in denen „Gleichheit im Unrecht“ begehrt wird: also derjenigen Fälle, wo ein Gleichheitssatz tatbestandlich einschlägig ist und eine Ungleichbehandlung eigentlich verbietet, deren Beseitigung zugunsten des Anspruchstellers aber aus anderen Gründen rechtswidrig sein müsste.

An Stelle einer bloßen Verweisung auf das Sprichwort, „Gleichheit im Unrecht“ sei ausgeschlossen, kann nun genauer gesagt werden:

1. Der zur Gleichbehandlung Verpflichtete muss grundsätzlich die geschehene Ungleichbehandlung ungeschehen machen, also entweder für den Anspruchsteller nachziehen oder aber die Behandlung der Vergleichsperson rückabwickeln.
2. In manchen Fällen wäre das Nachziehen in Richtung auf den Anspruchsteller – die „Behandlungserstreckung“ – aus anderen Gründen „unrecht“ und kann *deshalb* nicht von ihm durchgesetzt werden. Man kann sagen: Die Behandlungserstreckung ist wegen rechtlicher Unmöglichkeit ausgeschlossen, die selbstbegünstigende Gleichheitsklage müsste ohne Erfolg bleiben.
3. Zur Verwirklichung des fraglichen Gleichheitssatzes bleibt dann nur die andere Erfüllungsalternative, die Vergleichsperson zu belasten – prozessual verfolgbar mit einer drittbelastenden Gleichheitsklage. Soweit nicht Vertrauensschutz oder ähnliche Gesichtspunkte auch diese Erfüllungsalternative rechtlich unmöglich machen, sollte diese Klage zugelassen und nicht als „Neidklage“ von vornherein ausgeschlossen werden. Hierin dürfte der sinnvolle und systemgerechte Weg des Umgangs mit dem Problem der „Gleichheit im Unrecht“ liegen.