

Grundstudium ÖR

Prof. Dr. Thorsten Kingreen*

Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote

<https://doi.org/10.1515/jura-2025-2147>

Die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote sind in den letzten Jahren praktisch bedeutsamer und daher auch in der Ausbildung wichtiger geworden. Der Beitrag behandelt diese anhand von Fällen und bindet sie in die dogmatische Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes ein.

Stichwörter: Diskriminierungsverbote, Alter, Behinderung, Geschlecht, Rasse, Racial Profiling, Sexuelle Orientierung, Staatsangehörigkeit, Unmittelbare Ungleichbehandlung, Mittelbare Ungleichbehandlung

I. Genealogie und Typologie der Gleichheitsrechte

Die Losungsworte der Französischen Revolution preisen die Gleichheit in einem Atemzug mit der Freiheit. Nicht ohne Grund: Die französischen Menschenrechtserklärungen seit 1789 waren Manifestationen einer sozialen Revolution, die sich gegen die hierarchische Gliederung einer feudalistischen Gesellschaft gerichtet hatten, in der die Herkunft für den sozialen Status und wirtschaftlichen Wohlstand maßgebend gewesen war.

In anderen neuzeitlichen Verfassungen stand die Gleichheit aber tendenziell im Schatten der Freiheit.¹ Die frühen U.S.-Verfassungen konzentrierten sich auf die Gewährleistung von Freiheit und Emanzipation von der britischen Monarchie. Hingegen erschien eine Aufnahme eines Gleichheitsgrundrechts in die U.S.-Verfassung im »Land of the Free« lange Zeit nicht als opportun, weil es sich an einer – anders als in Frankreich zunächst nicht hinterfragten – Gesellschaftsstruktur gerieben hätte, die durch soziale und politische Ungleichheit und vor allem die Sklaverei ge-

prägt gewesen war. Erst nach dem Bürgerkrieg wurde mit dem XIII. Amendment (1865) zunächst die Sklaverei abgeschafft und dann mit dem XIV. Amendment 1868 eine verfassungsrechtliche Gleichheitsgarantie (Equal Protection Clause) geschaffen – also erst nach knapp 100 Jahren freiheitlicher Verfassungen in den USA.

Auch in Deutschland schien die Idee der Rechtsgleichheit mit den herrschenden ständestaatlichen Strukturen im frühen 19. Jahrhundert unvereinbar. Zudem galten die zunächst anarchisch verlaufenen Entwicklungen im postrevolutionären Frankreich als Beweis dafür, dass man es mit der Gleichheit auch im Interesse der eigenen Privilegien besser nicht zu weit treiben sollte. Immerhin erhielten schon die süddeutschen Verfassungen 1818/1819 erste Gleichheitsgewährleistungen, die aber das Spannungsverhältnis zu den monarchisch überformten ständestaatlichen Strukturen nicht zu beseitigen vermochten.² Die Paulskirchenverfassung (1848/49) hatte versucht, Gleichheit unabhängig von ständischer Zugehörigkeit zu gewährleisten (Art. 137 Abs. 1, 3 PKV) – und ist u. a. deshalb auch nie in Kraft getreten. Die Weimarer Reichsverfassung (1919) gewährleistete dann die Gleichheit nicht nur durch einen allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 109 WRV), sondern auch durch Garantien der staatsbürgerlichen Gleichheit (Art. 110 WRV), der sprachlichen Identität von Minderheiten (Art. 113 WRV) und der Abgabengleichheit (Art. 134 WRV). Rechtspraktische Bedeutung erlangte wegen des fehlenden Weimarer Verfassungskonsenses keine dieser Bestimmungen – ihre Justiziabilität blieb in den wenigen Weimarer Jahren ebenso umstritten wie die Bindung des Gesetzgebers.³ Immerhin beseitigte Art. 22 Abs. 1 WRV mit der Gewährleistung des Wahlrechts auch für Frauen eine historische Diskriminierung.

Das Grundgesetz hat gleichheitsrechtliches Neuland betreten, ohne das Schattendasein der Gleichheit gegenüber der Freiheit zu beenden: Auf der einen Seite gewährleistet es die Gleichheit nicht nur durch einen allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und bereichsspezifische Gewährleistungen der staatsbürgerlichen und politischen Freiheit (Art. 33, 38 GG), sondern durch besondere Diskriminie-

¹ Vgl. zum Folgenden Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020, Art. 3 Rn. 6 ff.

*Kontaktperson: Thorsten Kingreen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg und Mit-herausgeber dieser Zeitschrift.

² Hilker, Grundrechte im deutschen Frühkonstitutionalismus, 2005, 187 ff.

³ Bonner Kommentar/Barczak, Stand 2024, Vorb. Art. 1–19 Rn. 55 ff.

rungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG), die die Gleichheit durch Aufstellung bestimmter verpönte Differenzierungskriterien schützen und damit historische Gefährdungen der Gleichheit aufgreifen: »Nach den Erfahrungen der Vergangenheit«, so das Bundesverfassungsgericht, »erschien es dem Grundgesetzgeber notwendig, die Differenzierungen nach ›Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, Glauben, religiösen oder politischen Anschauungen‹ durch einen besonderen Verfassungssatz zu verbieten. Offenbar hat er angenommen, die allgemeine Überzeugung von der Unzulässigkeit solcher Differenzierungen sei noch nicht so gefestigt, dass sie durch die Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 GG allein wirksam ausgeschlossen würden.«⁴ Auf der anderen Seite ist der Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes nach wie vor durch die Freiheitsrechte geprägt, die die Freiheit in unterschiedlichen Lebensbereichen durch jeweils selbständige Normierungen gewährleisten. Das spiegelt sich u. a. in der Ausbildungsliteratur zu den Grundrechten wider, die den Gleichheitsrechten jeweils nur wenige und oftmals eher am Ende angesiedelte Kapitel zugesteht, hingegen jedem der etwa 20 Freiheitsrechte ein eigenes Kapitel.⁵ Während auch die für die Ausbildung eher randständigen Freiheitsrechte wie etwa die Freizügigkeit (Art. 11 GG) jeweils eigenständige Würdigungen erfahren, werden die meisten Merkmale in Art. 3 Abs. 3 GG oftmals ohne jede Vertiefung bestenfalls erwähnt. Zudem sind die Darstellungen der Allgemeinen Lehren in allen Lehrbüchern auf die Freiheitsrechte zugeschnitten.

Ein ähnliches Bild weist die Rechtsprechung auf: Während zu fast allen Freiheitsrechten recht bald grundlegende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergangen sind, blieb es in den ersten 50 Jahren Grundgesetz um die Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 GG eher still – mit der freilich bedeutenden Ausnahme der Geschlechtergleichheit. Das hat sich aber seither geändert. Die Konjunktur der Diskriminierungsverbote hängt nicht nur mit einer insgesamt gestiegenen Sensibilität gegenüber personenbezogenen Diskriminierungen zusammen, sondern auch mit der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 14 EMRK und den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für die Europäische Union zu den an-

tidiskriminierungsrechtlichen Richtlinien.⁶ Beide beeinflussen die Dogmatik der Diskriminierungsverbote des Grundgesetzes insbesondere in Gestalt der in Deutschland zuvor nicht praktizierten Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlungen.⁷

Im Folgenden werden die einzelnen Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG (II.) und die vom Bundesverfassungsgericht richterrechtlich entwickelten Merkmale (III.) zunächst kasuistisch behandelt, bevor abschließend – nunmehr aus dogmatischer Perspektive – einige verallgemeinerbare Grundsätze für die Auslegung der Diskriminierungsverbote zusammengetragen werden (IV.).

II. Die einzelnen Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG

1. Geschlecht

Rechtsprechung und Literatur haben sich in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des Grundgesetzes praktisch ausschließlich mit der Geschlechtergleichheit befasst; die Rechtsprechung zu diesem Merkmal hatte daher auch eine Art Pionierfunktion für die anderen Merkmale. »Geschlecht« i. S. v. Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG (dazu a)) bezieht sich heute nicht nur auf Frauen und Männer, die jeweils wegen der Eigenschaft ihrer Geschlechtszugehörigkeit nicht diskriminiert werden dürfen, sondern es schützt auch Menschen, die sich in Bezug auf ihre geschlechtliche Identität diesen beiden Kategorien nicht zuordnen.⁸ »Geschlecht« wird also nicht mehr nur biologisch-anatomisch (»sex«), sondern auch auf die geschlechtliche Identität (»gender«) bezogen;⁹ diese wird wiederum von der sexuellen Orientierung unterschieden,¹⁰ die nicht vom Merkmal »Geschlecht« umfasst wird, sondern vom Bundesverfassungsgericht als sonstiges personenbezogenes Merkmal besonders anerkannt wird.¹¹ Eine Besonderheit des Merkmals stellt der aus Art. 3 Abs. 2 GG folgende, allerdings binär auf Frauen und Männer abstellende Gleichstellungsauftrag dar, dessen Verhältnis zum Diskriminierungsverbot klärungsbedürftig ist (dazu b)):

⁴ BVerfGE 3, 225, 240.

⁵ S. nur *Classen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 2018 (zwei Kapitel am Ende); *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024 (ein Kapitel im hinteren Teil); *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 10. Aufl. 2023 (zwei Kapitel im hinteren Teil); *Ipsen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 24. Aufl. 2021 (ein Kapitel im hinteren Teil); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025 (ein Kapitel); *Manssen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 20. Aufl. 2024 (drei Kapitel im hinteren Teil); *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025 (drei Kapitel im hinteren Teil).

⁶ Vgl. zum Ganzen ausführlich Bonner Kommentar/*Kingreen*, Stand 2020, Art. 3 Rn. 187 ff. und sodann für die einzelnen Merkmale Rn. 461 ff.

⁷ Dazu unten IV.

⁸ BVerfGE 147, 1 Rn. 58.

⁹ Sachs/*Nußberger/Hey*, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 288.

¹⁰ Handbuch Antidiskriminierungsrecht/*Markard*, 2022, § 6 Rn. 36 ff.

¹¹ Dazu unten III. 2.

a) Diskriminierungsverbot, Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG

aa) Rechtsentwicklung

Fall 1: Nach § 19 Abs. 1 der Arbeitszeitordnung durften Arbeiterinnen nicht in der Nachtzeit von zwanzig bis sechs Uhr und an den Tagen vor Sonn- und Feiertagen nicht nach sieben Uhr beschäftigt werden. Von diesem Verbot gab es einige Ausnahmen (etwa in der Landwirtschaft), die hier aber nicht einschlägig waren. Das Verbot war nach § 25 Abs. 1 AZO bußgeldbewehrt. Die Beschwerdeführerin (B) im Ausgangsfall war zu einem Bußgeld von 500 DM wegen eines Verstoßes gegen das Nachtarbeitsverbot verurteilt worden. Sie war Prokuristin einer Backwarenfabrik. Nach den Feststellungen des Amtsgerichts waren in diesem Betrieb am 16. Oktober 1981 gegen 0.35 Uhr vier Arbeiterinnen mit dem Verpacken von Kuchen beschäftigt. B hat den Sachverhalt zugegeben, aber den Standpunkt vertreten, § 19 Abs. 1 AZO verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 GG. Das Amtsgericht ist ihrer Auffassung nicht gefolgt, ebenso wenig das Oberlandesgericht, das die Rechtsbeschwerde der Beschwerdeführerin als offensichtlich unbegründet verwarf. Beide Gerichte führten im Wesentlichen zwei Gründe für Ihre Entscheidungen an: Zweck des Nachtarbeitsverbotes sei es erstens, die schweren gesundheitlichen Schäden, die bei einer über längere Zeit ausgeübten Nachtarbeit entstünden, bei Frauen zu verhindern. Frauen würden dadurch insgesamt gesehen gegenüber den Arbeitern nicht benachteiligt, sondern begünstigt, weil sie sich neben der nächtlichen Berufstätigkeit typischerweise auch noch um den Haushalt kümmern müssten. Zweitens: Selbst wenn einiges dafür spreche, dass Regelungen gleichheitswidrig seien, die der Frau die überkommene Hausfrauenrolle zuweisen oder durch familiäre Sozialisation und Tradition bedingte Unterschiede zwischen den Geschlechtern rechtlich festschreiben, könne der Gesetzgeber jedenfalls an biologische Unterschiede anknüpfen und demgemäß Mann und Frau unterschiedlich behandeln. Die Frau sei wegen biologisch-konstitutioneller Besonderheiten durch Nachtarbeit stärker als der Mann gefährdet. Die Verfassungsbeschwerden der B richteten sich gegen diese gerichtlichen Entscheidungen und gegen § 19 Abs. 1 AZO, die ihrer Ansicht nach gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 GG verstießen.¹²

Die Gleichberechtigung von Frauen und Männern gehörte zu den großen Streitfragen im Parlamentarischen Rat.¹³ Der ursprüngliche Widerstand gegen eine solche Regelung hing auch damit zusammen, dass es 1949 eine Fülle von Bestimmungen insbesondere im bürgerlichen Recht gab, die mit dem Gleichberechtigungsgebot unvereinbar waren. Es wurde daher mit Art. 117 Abs. 1 GG eine Übergangsvorschrift geschaffen, die das Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehende Recht zunächst in Kraft ließ, jedoch nicht länger als bis zum 31.03.1953. Natürlich war diese Frist viel zu kurz bemessen, denn die Benachteiligung von Frauen hatte tiefe Wurzeln in Gesellschaft und Rechtsordnung geschlagen. Dadurch wur-

de das Bundesverfassungsgericht zu einem wichtigen Akteur bei der Durchsetzung der Gleichberechtigung. Schon 1959 erzwang es die Aufhebung des Stichentscheides, der dem Vater im Streitfall mit der Mutter das Recht zur Letztentscheidung in Fragen der Kindererziehung zugebilligt hatte.¹⁴

Die weitere Rechtsprechung war aber eher durch Sachverhalte wie denjenigen im *Fall 1* geprägt: Ihr Gegenstand waren Vorschriften, die Frauen vermeintlich schützen sollten. Das Bundesverfassungsgericht rechtfertigte sie zunächst durchgängig mit »objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede[n]«, etwa Arbeitszeitbeschränkungen nur für Frauen,¹⁵ die seinerzeit übrigens von einem Mann angegriffen worden waren, später aber als Benachteiligungen der Frau begriffen wurden, weil sie Frauen – wie im *Fall 1* – daran hinderten, besonders gut entlohnte Nachtarbeit zu verrichten.¹⁶ Auch Privilegierungen der Witwen- gegenüber der Witwerrente wurden unter Hinweis auf die traditionellen Rollen zunächst hingenommen.¹⁷ Noch 1978 rechtfertigte das Bundesverfassungsgericht eine Regelung, die Zeugenentschädigung nur für »Hausfrauen« vorgesehen hatte, mit dem Anliegen, »der rechtlichen Unterbewertung der Arbeit der Frau in Haushalt und Familie ein Ende zu setzen und ihr eine gerechte Berücksichtigung zu sichern«¹⁸ – dass es auch Hausmänner geben könnte, lag offenbar noch außerhalb der Vorstellungswelt des Gerichts.

Der vom Bundesverfassungsgericht gesetzte Topos »biologische und funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede« steht paradigmatisch für die besondere Problematik bei Diskriminierungen wegen des Geschlechts.¹⁹ Die übrigen in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Merkmale schützen vor allem Minderheiten davor, dass sie von der Mehrheit als nicht gleichwertige Mitglieder der Gesellschaft diskriminiert werden. Frauen sind aber keine Minderheit und auch ihre Gleichwertigkeit wird nicht in Frage gestellt. Es wird subtiler argumentiert, sie seien eben »anders« und müssten daher auch rechtlich anders behandelt werden. Durch die subkutane Verknüpfung der offensichtlichen biologischen Unterschiede mit dementsprechend vermeintlich ebenso natürlichen funktionalen Rollenzuschreibungen wurde ei-

¹² BVerfGE 85, 191, 192.

¹³ Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020, Art. 3 Rn. 43 ff., 57 f.

¹⁴ BVerfGE 10, 59, 60 ff.; dazu auch Pieroth, JURA 2019, 687, 689.

¹⁵ BVerfGE 5, 9, 12.

¹⁶ S. BVerfGE 85, 191, 206 f.

¹⁷ BVerfGE 17, 1, 17; anders hat das Gericht nur für die Regelung unterschieden, die bei der Waisenrente danach unterschied, ob zuerst die Mutter oder zuerst der Vater verstorben ist (S. 26).

¹⁸ BVerfGE 49, 280, 284 f.

¹⁹ Das Folgende aus Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020, Art. 3 Rn. 463.

ne Scheinrationalität erzeugt, deren diskriminierender Unterton weitaus schwieriger herauszuhören ist, als die plumpe Argumentation von Fundamentalisten, Rassisten und Nationalisten, Menschen mit bestimmten persönlichen Merkmalen gehörten nicht gleichberechtigt zur Gesellschaft. Das biologistische Framing ist daher jahrzehntelang auch gar nicht als Diskriminierung aufgefallen.

Seit seiner 1979 ergangenen Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit eines Hausarbeitstages nur für alleinstehende Arbeitnehmerinnen verzichtet das Bundesverfassungsgericht auf biologistische und funktionalistische Stereotype: »Es gehört nicht zu den geschlechtsbedingten Eigenheiten von Frauen, Hausarbeit zu verrichten.«²⁰ Die Formel von den »biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede[n]« hat es aber noch längere Zeit mitgeschleppt.²¹ Erst in der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen im *Fall 1* hat es dann eine Formulierung gewählt, die die Rechtsprechung seither trägt: Differenzierungen zwischen den Geschlechtern seien nur zulässig, »soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.«²² Mit diesem Ansatz ließen sich beide Rechtfertigungsversuche der Zivilgerichte für das auf Frauen beschränkte Verbot der Nachtarbeit abräumen. Zum biologischen Begründungsversuch, der auf die besondere Gefährdung der Gesundheit von Frauen durch Nachtarbeit abgestellt hatte, stellte das Bundesverfassungsgericht lapidar fest: »Spezifische gesundheitliche Risiken, die auf die weibliche Konstitution zurückgehen, sind nicht mit hinreichender Sicherheit erkennbar.« Und zum gesellschaftlich-funktionalen Begründungsversuch, der auf die Rolle der Frau für Haushalt und Familie abstellt, vermerkte es ebenso knapp: »Die zusätzliche Belastung mit Hausarbeit und Kinderbetreuung ist kein hinreichend geschlechtsspezifisches Merkmal.«²³ § 19 Abs. 1 AZO war damit verfassungswidrig mit der Folge, dass die entsprechenden Bußgeldbescheide aufzuheben waren. In seiner späteren Rechtsprechung hat es das Bundesverfassungsgericht dann konsequenterweise als verfassungswidrig erachtet, dass bei ausbleibender Bestimmung durch die Ehegatten der Name des Mannes von Gesetzes wegen Ehe-name wird,²⁴ dass Frauen beim Einkauf von Kosmetika im Strafvollzug besser behandelt werden als Männer²⁵ und

dass nur Männer einer Feuerwehrdienstpflicht unterliegen.²⁶

bb) Dogmatik

Fall 2a: F ist eine 160 cm große Frau und möchte in den Polizeivollzugsdienst des Saarlands aufgenommen werden. Dies wurde mit der Begründung abgelehnt, dass sie die in § 3 Abs. 1 Nr. 7 Saar-PolVO geforderte Mindestgröße von 162 cm nicht erfülle, die für die Erfüllung der Aufgaben im Polizeivollzugsdienst zwingend erforderlich sei. F sieht darin eine unzulässige Diskriminierung wegen ihres Geschlechts. Zu Recht?²⁷

Fall 2b: M möchte in den Polizeivollzugsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen aufgenommen werden. Für Männer gilt insoweit eine Mindestgröße von 168 cm, die M knapp verfehlt (167,2 cm). Er hält es für diskriminierend und auch in der Sache nicht nachvollziehbar, dass für Frauen nur eine Mindesteinstellungsgröße von 163 cm gilt.²⁸

Fall 2a wirft die Frage auf, warum hier überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt, denn für Frauen und Männer gilt eine einheitliche Mindestgröße. Hingegen scheint die Ungleichbehandlung zu Lasten der Männer in *Fall 2b* offensichtlich zu sein. Zur Annäherung an die Problematik hilft die mittlerweile auch vom Bundesverfassungsgericht verwendete Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlungen.²⁹

(1) Unmittelbare Ungleichbehandlungen

Als unmittelbare Ungleichbehandlungen kommen alle Maßnahmen und Regelungen in Betracht, die tatbestandlich explizit an ein in Art. 3 Abs. 3 GG genanntes Kriterium anknüpfen. Überwiegend wird eine unmittelbare Ungleichbehandlung aber auch diskutiert, wenn ein Kriterium verwendet wird, das untrennbar mit einem geschützten Merkmalsträger verbunden ist.³⁰ Als Beispiele werden etwa Regelungen über die biologisch untrennbar mit Frauen verbundene Schwangerschaft oder Mutterschaft oder über das Mitführen eines Blindenführhundes, die allein für Menschen mit Behinderung relevant sind, genannt.³¹

²⁰ BVerfGE 52, 369, 376.

²¹ Bis zum Jahre 1987; letztmals BVerfGE, 74, 163, 178.

²² BVerfGE 85, 191, 207; Hervorhebung nur hier.

²³ S. jeweils BVerfGE 85, 191, 208.

²⁴ BVerfGE 84, 9, 17.

²⁵ BVerfG, NJW 2009, 661, 661f.

²⁶ BVerfGE 92, 91, 109.

²⁷ OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2019, 568.

²⁸ VG Köln, Beschl. v. 13.07.2017 – 19 L 2691/17.

²⁹ S. zum Folgenden Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 663ff.

³⁰ Dazu mit Nachweisen auch auf die europäische und U.S.-amerikanische Debatte: Handbuch Antidiskriminierungsrecht/Sacksofsky, 2022, § 14 Rn. 58ff.; anders aber wohl BVerfG, NVwZ 2025, 668 Rn. 33, dazu unten III. 2.

³¹ Vgl. BVerfG, NJW 2020, 1282 Rn. 41; Handbuch Antidiskriminierungsrecht/Sacksofsky, 2022, § 14 Rn. 65.

Die formale oder faktische Anknüpfung an ein Kriterium allein löst aber die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 GG nicht aus. Nach seinem Wortlaut bedarf es vielmehr einer Benachteiligung bzw. Bevorzugung *wegen* dieses Merkmals. Die Tatbestände in Art. 3 Abs. 3 GG sind also keine bloßen Anknüpfungsverbote, sondern sie sind Begründungsverbote. Mit dieser Einordnung lässt sich die Frage beantworten, wie Ungleichbehandlungen dogmatisch einzuordnen sind, die zwar an ein Merkmal aus Art. 3 Abs. 3 GG anknüpfen, aber mit relevanten empirischen Unterschieden zwischen den Merkmalsträgern begründet werden. Wenn ein Muslim trotz des Verbots der Diskriminierung wegen der religiösen Anschauungen nicht evangelischer Pfarrer werden kann und ein Mensch, der zur Fortbewegung auf einen Rollstuhl angewiesen ist, trotz des Verbots der Diskriminierung wegen der Behinderung nicht Dachdecker wird, wird zwar an die entsprechenden Kriterien angeknüpft. Zur Begründung werden aber Eigenschaften herangezogen, die – anders als in den frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Geschlechterungleichbehandlung³² – nicht auf Vorurteilen oder Stereotypen beruhen, sondern für die Berufsausübung relevante tatsächliche Unterschiede zwischen den Merkmalsträgern darstellen. Dass etwa Regelungen des Mutterschutzes nur für Frauen gelten, ist keine für Art. 3 Abs. 3 GG relevante Ungleichbehandlung, denn es wird an einen Tatbestand angeknüpft, der seiner »Natur nach«³³ nur bei Frauen vorkommt. Daher sind Regelungen, die an die Schwangerschaft oder die Mutterschaft anknüpfen, nach § 3 Abs. 1 S. 2 AGG nur dann unmittelbare Ungleichbehandlungen, wenn sie Frauen benachteiligen; dass sie nicht für Männer gelten, bedeutet hingegen schon gar keine für die Norm relevante Ungleichbehandlung.

Mit der Einordnung der Tatbestände des Art. 3 Abs. 3 GG als Begründungsverbote erübrigen sich die Ansätze in Rechtsprechung³⁴ und Literatur³⁵, alle an ein Merkmal anknüpfenden Ungleichbehandlungen als unmittelbare Diskriminierungen einzuordnen und diese dann durch kollidierendes Verfassungsrecht zu rechtfertigen. Diese Konzeption entspricht zwar dem europarechtlichen Regelungsmodell, das eine Rechtfertigung unmittelbarer Ungleichbehandlungen zumindest wegen berufsbezogener Anforderungen explizit zulässt (Art. 4 RL 2000/78/EG). Art. 3 Abs. 3 GG sieht hingegen keinen Rechtfertigungsbestand vor, benötigt diesen aber auch nicht, wenn man ihn als Begründungsverbot interpretiert. Aus ihm folgt,

dass Ungleichbehandlungen, die an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten oder mit ihnen notwendig verbundenen Merkmale anknüpfen, stets gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen, wenn sie mit dem Merkmal selbst oder mit den mit ihnen verbundenen Vorurteilen (etwa bei Frauen: das »schwächere Geschlecht«) oder stereotypischen Rollenzuschreibungen begründet werden. Hingegen sind Ungleichbehandlungen, die anders begründet werden, insbesondere mit legitimen personenbezogenen Eignungsanforderungen (etwa: Sprachkenntnisse, keine körperlichen oder geistigen Einschränkungen), schon gar keine unmittelbaren Benachteiligungen wegen dieser Merkmale. Entsprechende Ungleichbehandlungen können die Träger der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale aber mittelbar treffen.³⁶

Im *Fall 2b* unterscheidet die nordrhein-westfälische Regelung explizit zwischen Frauen und Männern. Diese Anknüpfung wird auch nicht mit Anforderungen begründet, die Männer ihrer Natur nach nicht erfüllen können. Denn bei der Vorgabe einer Mindestgröße handelt es sich um ein Eignungskriterium, das nicht davon abhängt, ob eine Frau oder ein Mann Tätigkeiten im Polizeivollzugsdienst ausführt.³⁷ Eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht kommt grundsätzlich nicht in Betracht. Man kann allenfalls überlegen, ob die Regelung durch den Gleichstellungsauftrag in Art. 3 Abs. 2 GG zu rechtfertigen ist.³⁸

(2) Mittelbare Ungleichbehandlungen

Mittelbare Ungleichbehandlungen zeichnen sich dadurch aus, dass zwar äußerlich neutrale Differenzierungskriterien verwendet werden, die aber aufgrund ihrer spezifischen Anforderungen eine Vergleichsgruppe faktisch benachteiligen.

Im *Fall 2a* trifft die Anforderung einer Mindestgröße von 162 cm faktisch Frauen wesentlich stärker als Männer: Ausweislich einer – allerdings schon älteren – Statistik haben 27 % der Frauen in Deutschland eine Körpergröße zwischen 160 und 164 cm; bei Männern sind es nur 2,3 %.³⁹ In einem vergleichbaren Fall hat daher der Europäische Gerichtshof eine mittelbare Ungleichbehandlung bejaht.⁴⁰

³² S. aa).

³³ BVerfGE 85, 191, 207.

³⁴ BVerfGE 92, 91, 109; 114, 357, 365.

³⁵ Etwa *Nußberger* FS Sachs, 2024, 446.

³⁶ Zu diesem speziellen Problem s. das Beispiel unten 3.

³⁷ Vgl. VG Köln, Beschl. v. 13. 07.2017 – 19 L 2691/17 Rn. 8.

³⁸ Dazu unten b).

³⁹ Statistisches Bundesamt, Verteilung der Körpergrößen nach Geschlecht, 2006, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1825/umfrage/koerpergroesse-nach-geschlecht/>.

⁴⁰ EuGH, EU:C:2017:767, Rn. 31 f. – Kalliri.

Mittelbare Ungleichbehandlungen sind schon bei Vorliegen »hinreichend gewichtiger Gründe«⁴¹ zu rechtfertigen. Im Vergleich mit den unmittelbaren Ungleichbehandlungen wird damit der Kreis der legitimerweise zu verfolgenden Zwecke geweitet.⁴² Die Beschränkung des Regelungszwecks auf die für den Regelungsbereich tatsächlich relevanten Unterschiede entfällt. Mittelbare Ungleichbehandlungen können daher auch gerechtfertigt werden, wenn sie ein Anliegen verfolgen, das nichts mit den natürlichen Unterschieden zwischen den Merkmalsträgern zu tun hat. Dem Staat wird zugestanden, dass er andere tragende Gründe als das betroffene Merkmal geltend macht, die die mittelbare Ungleichbehandlung tragen. Diese im Vergleich mit den Maßgaben für unmittelbare Ungleichbehandlungen geringeren Anforderungen an die Rechtfertigung entsprechen dem europäischen Unionsrecht (s. etwa Art. 2 Abs. 2 RL 2000/78/EG).

Beispiel: Wenn Arbeitnehmerinnen beim Anspruch auf Urlaub und Fortbildung schlechter gestellt werden als Arbeitnehmer, so liegt darin eine unmittelbare Ungleichbehandlung, für die es keinen vernünftigen Grund gibt. Wenn aber in Teilzeit Arbeitende beim selben Anspruch schlechter gestellt werden als Vollzeitbeschäftigte, so trifft dies zwar überwiegend Frauen; es liegt daher eine mittelbare Ungleichbehandlung vor. Man kann aber immerhin fragen, ob es für die Privilegierung von Vollzeitbeschäftigten trotz der überwiegenden Betroffenheit von Frauen sachliche Gründe gibt, etwa den Umstand, dass der Fachkräftemangel auf die in Deutschland ungewöhnlich hohe Zahl an Teilzeitbeschäftigten zurückgeführt werden kann und daher Vollzeitbeschäftigung gezielt gefördert werden soll.

Im *Fall 2a* lässt sich die mittelbare Ungleichbehandlung grundsätzlich damit rechtfertigen, dass die Sicherheits- und sonstigen dienstlichen Anforderungen des Polizeivollzugsdienstes für Frauen und Männer identisch sind.⁴³ Es muss aber zur Vermeidung von Zugangshindernissen für Frauen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zumindest generalisierend geprüft werden, ob und für welche Tätigkeiten Mindestgrößen tatsächlich dienstlich erforderlich sind.⁴⁴

⁴¹ BVerfGE 153, 358 Rn. 69; die Anforderungen sind hier aber noch nicht konsolidiert, abweichende Formulierungen etwa in BVerfGE 132, 72 Rn. 58; 138, 296 Rn. 144f.

⁴² Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020, Art. 3 Rn. 439; zustimmend Handbuch Antidiskriminierungsrecht/Sacksofsky, 2022, § 14 Rn. 135 ff.; krit. gegen unterschiedliche Standards bei unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlungen Huber/Voßkuhle/Baer/Markard, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 434.

⁴³ OVG Münster, DVBl. 2017, 643, 647 und Spitzlei, NVwZ 2018, 614, 620.

⁴⁴ OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2018, 196, 196 f.; OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2019, 568, 569.

b) Gleichstellungsauftrag, Art. 3 Abs. 2 GG

Fall 3: Gemäß einer Dienstanordnung der Bundeswehr müssen nur Männer, nicht aber Frauen kurze Haare tragen. Der Wehrdienst leistende W wurde dementsprechend verpflichtet, seinen Pferdeschwanz abzuschneiden. Weil W die Befehle nicht befolgte, entließ ihn sein Kommandeur vorzeitig aus der Bundeswehr. Er macht u.a. geltend, dass die Dienstanordnung gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstoße, denn es gebe keinen sachlich nachvollziehbaren Grund dafür, dass nur Männer, nicht aber Frauen kurze Haare tragen müssen.⁴⁵

Das Bundesverwaltungsgericht rechtfertigt diese Regelung mit der Tradition, die sich bei Männern in der Armee herausgebildet habe und damit, dass die Regelung Frauen vom Dienst abhalten könne.⁴⁶ Gegen das Traditionsargument spricht aber, dass es sich bei der Annahme, dass Frauen lange und Männer kurze Haare tragen, um ein Stereotyp handelt und sich die dienstlichen Anforderungen in der Bundeswehr bei Frauen und Männern nicht wesentlich unterscheiden. Am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wäre die Regelung eine unmittelbare Diskriminierung.

Gewichtiger ist das Argument, dass Frauen motiviert werden sollen, bei der Bundeswehr zu dienen. Im Jahr 2024 betrug der Frauenanteil in der Bundeswehr gerade einmal 13,62 %;⁴⁷ es gäbe also gute Gründe dafür, mögliche Einstellungshürden für Frauen abzubauen. Dafür gibt es auch einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt: den Gleichstellungsauftrag in Art. 3 Abs. 2 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat dessen Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erstmals in der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot für Frauen konkretisiert.

»Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Der Satz »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen [...]. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer [...]. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden [...]. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3

⁴⁵ BVerwGE 149, 1 und 164, 290 und 304.

⁴⁶ BVerwGE 149, 1, 14 ff.

⁴⁷ Statistisches Bundesamt, Anteil der Soldatinnen in der Bundeswehr von 1975 bis 2024; s. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/809135/umfrage/anteil-der-soldatinnen-in-der-bundeswehr>. Bezeichnenderweise dienen die meisten Soldatinnen im Sanitätsdienst und damit in einem »frauentypischen« Tätigkeitsbereich.

Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.«⁴⁸

Während sich also Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gegen konkrete geschlechtsbezogene Ungleichbehandlungen wendet, enthielt mithin schon der alte Art. 3 Abs. 2 GG (dem erst 1994 der heutige Satz 2 angefügt wurde) einen über das Individualgrundrecht hinausreichenden Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden. Art. 3 Abs. 2 GG wendet sich damit gegen strukturelle Benachteiligungen eines Geschlechts, er ermöglicht dementsprechend auch eine aktive Gleichstellungspolitik und rechtfertigt damit ggf. auch Ungleichbehandlungen zu Lasten von Männern (etwa in Gestalt von Frauenquoten im öffentlichen Dienst⁴⁹).

Im *Fall 3* lässt sich also vertreten, dass die Besserstellung von Frauen hinsichtlich der Regulierung der Haartracht durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt werden kann. Man könnte aber auch kritisch einwenden, dass Frauen mit der Begründung eines auf Frauen bezogenen Stereotyps (= Frauen haben typischerweise lange Haare, Männer nicht) gefördert werden. Sollte man zudem zu der Auffassung gelangen, dass die Bundeswehr insgesamt mehr Personal braucht, müsste man fragen, ob das Rekrutierungsargument nicht gleichermaßen für Männer gelten müsste.

2. Abstammung, Heimat, Herkunft und Sprache

»*Abstammung*« bezieht sich auf die biologische Verwandtschaft mit den Vorfahren. »*Heimat*« bedeutet die emotional besetzte örtliche Herkunft eines Menschen nach Geburt oder Ansässigkeit⁵⁰ und zielte ursprünglich vor allem auf eine Gleichbehandlung deutscher Flüchtlinge und Vertriebenen. »*Herkunft*« meint den sozialen, schichtenspezifischen Aspekt der Abstammung. Alle drei Kriterien haben bislang kaum praktische Bedeutung erlangt⁵¹ und sind daher auch für die Dogmatik der Diskriminierungsverbote wenig ergiebig. Anders ist es bei der Sprache:

Fall 4: T ist türkischer Staatsangehöriger und der deutschen Sprache nur unzureichend mächtig. Er wurde am 22.05.2000 wegen Verdachts unter anderem des versuchten Mordes an seiner Ehefrau festgenommen. Schon bei der ersten Beschuldigtenvernehmung wurde auf Initiative von T ein Dolmetscher hinzugezogen. Nachdem T ein Geständnis abgelegt hatte, verurteilte ihn das Landgericht zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren. Seinem Antrag auf Beiordnung eines Dolmetschers auf Staatskosten für die mündliche Verhandlung war stattgegeben worden. Hingegen war das Landgericht der Meinung, dass die Inanspruchnahme eines Dolmetschers ohne vorherige Antragstellung bei Gericht nicht auf Staatskosten erfolgen könne. T sieht darin eine Diskriminierung wegen der Sprache. Zu Recht?⁵²

Die »Sprache« (Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 4 GG) steht in engem Zusammenhang mit den zuvor genannten Merkmalen, die allesamt die Wurzeln des Menschen betreffen. Sie gilt dem Schutz der identitätsbildenden Erstsprache, besser bekannt unter dem Stereotyp »Muttersprache«.

Im *Fall 4* hatte die Verfassungsbeschwerde von T u. a. wegen Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 4 GG Erfolg: »Dem Beschuldigten, der die Gerichtssprache nicht versteht oder sich nicht in ihr ausdrücken kann, dürfen [...] keine Nachteile im Vergleich zu einem dieser Sprache kundigen Beschuldigten entstehen.«⁵³ Diese Aussage ist aber nicht verallgemeinerungsfähig. Die Anforderung an die Beherrschung der deutschen Sprache ist keine unmittelbare Ungleichbehandlung, wenn es sich um eine für den Regelungsbereich relevante fachliche Anforderung handelt. Da die Gerichtssprache deutsch ist (§ 184 GVG), müssen daher schon Absolventen und Absolventinnen der ersten juristischen Prüfung der deutschen Sprache mächtig sein. Gleiches gilt beispielsweise für Ärzte, die die Approbation beantragen (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BÄO). Richtigerweise sind daher nicht die Sprachanforderungen selbst, sondern die durch sie ausgelöste Betroffenheit von Freiheits- und Prozessgrundrechten das eigentliche verfassungsrechtliche Problem. Im *Fall 4* lässt sich die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde daher primär auf eine Verletzung der Rechtsschutzgleichheit (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG) stützen.⁵⁴

3. Rasse

Fall 5: A ist deutscher Staatsangehöriger, seine Hautfarbe ist dunkel. Er betrat am Abend des 12.11.2013 gegen 22 Uhr den Hauptbahnhof in K, um dort seine damalige Lebensgefährtin abzuholen. Die beiden an diesem Abend eingesetzten Polizeibeamten der

⁴⁸ BVerfGE 85, 191, 206.

⁴⁹ Dazu etwa *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 683f.

⁵⁰ BVerfGE 102, 41, 53.

⁵¹ Näher Bonner Kommentar/*Kingreen*, Stand 2020, Art. 3 Rn. 514f., 542ff., 544f.

⁵² BVerfG, NJW 2004, 50.

⁵³ BVerfG, NJW 2004, 50, 50.

⁵⁴ So auch Berliner Kommentar/*Froese*, Stand 2023, Art. 32. Teil Rn. 118.

Bundespolizei beobachteten A. Als dieser in der Halle wartete, begaben sie sich zu ihm. Nachdem sie ihn zur Vorlage eines Ausweispapiers aufgefordert hatten, erkundigte sich A nach dem Grund für die Kontrolle. Daraufhin entwickelte sich ein Gespräch über die Gründe und die Rechtmäßigkeit der Maßnahme, in dessen Verlauf A den Vorwurf rassistischer Diskriminierung erhob. Die Kontrolle sei ausschließlich aufgrund seiner schwarzen Hautfarbe erfolgt. Die Bundesrepublik Deutschland als Trägerin der Bundespolizei trägt vor, dass am Hauptbahnhof regelmäßig Eigentumsdelikte von Männern zwischen 20 und 30 aus dem nordafrikanischen Raum begangen würden und sie daher diesen Personenkreis vermehrt kontrollieren müsse. Vor dem Hintergrund seines Verhaltens habe es hinreichende Anhaltspunkte für eine Identitätsfeststellung von A gegeben.⁵⁵

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Begriffes »Rasse« geht auf die Erfahrungen mit der absurden Rassenideologie des Nationalsozialismus zurück, die u. a. in den Nürnberger Rassengesetzen Menschen aufgrund bestimmter Merkmale (insbesondere ihrer Religion oder Hautfarbe) als Nichtzugehörige aus ihrer Volksgemeinschaft ausgeschlossen und Millionen von ihnen terrorisiert und ermordet haben.⁵⁶ Letztlich sind die Mütter und Väter des Grundgesetzes aber den heute als überholt geltenden Rassentheorien aufgesessen, die allesamt davon ausgegangen waren, man könne Menschen aufgrund ihrer Rasse einteilen. Tatsächlich handelt es sich bei der Rasse nicht um eine anthropologisch oder humangenetisch begründbare Kategorie, sondern um ein rein gesellschaftliches Konstrukt,⁵⁷ das geradezu darauf angelegt ist, Menschen aus irrationalen Gründen zu diskriminieren. In einzelnen Landesverfassungen ist der Begriff der »Rasse« durch »ethnische Zugehörigkeit« (Art. 2 Abs. 3 ThürVerf) ersetzt worden bzw. wird eine Diskriminierung »aus rassistischen Gründen« verboten (Art. 12 Abs. 2 BrbVerf). Entsprechende Initiativen auf Bundesebene⁵⁸ sind nicht weiterverfolgt worden. Auch in neueren europäischen Rechtstexten wird der Begriff weiterhin verwendet (vgl. etwa Art. 21 GRCh und der RL 2000/43/EG); er findet sich dementsprechend auch im AGG. Erläuternd wird aber etwa im Erwägungsgrund der RL 2000/43/EG festgehalten: »Die Europäische Union weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurück. Die Verwendung des Begriffes »Rasse« in dieser Richtlinie impliziert nicht die Akzeptanz solcher Theorien.« Man kann »Rasse« daher letztlich nur aus der »Täterperspektive« interpretieren: Das Merkmal

wendet sich gegen Rassismus, der Menschen allein aufgrund bestimmter äußerlicher Merkmale oder Gruppenzugehörigkeiten diskriminiert.⁵⁹

Angesichts der Anknüpfung an die Hautfarbe, die Rassen mit ihrer Ideologie verknüpfen, ist in *Fall 5* Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 3 GG einschlägig.⁶⁰ Eine *unmittelbare Ungleichbehandlung* liegt aber nicht vor, wenn sich für Menschen mit heller Hautfarbe eine empirisch untermauerte erhöhte Drogendelinquenz an diesem Ort belegen lässt, etwa weil bekannt ist, dass sich der Drogenhandel an diesem Ort in der Hand der lokalen Skinheadszone befindet. Bei einer Begründung mit entsprechend gehärteten Zusammenhängen bedarf es keiner Rechtfertigung mit kollidierendem Verfassungsrecht, wie etwa dem Schutz vor Straftaten;⁶¹ sie wäre mit dem absoluten Charakter der unmittelbaren Diskriminierungsverbote unvereinbar. – Auch wenn mit der Anknüpfung an die Hautfarbe keine unmittelbare Diskriminierung verbunden ist, können sich *mittelbare Ungleichbehandlungen* ergeben, die einer Rechtfertigung bedürfen. So kann die vermehrte Kontrolle von Menschen mit dunkler Hautfarbe in der Gesellschaft vorhandene Vorurteile verstärken, weil die Betroffenen in der Öffentlichkeit vermehrt einem polizeilichen Verdacht ausgesetzt werden und eine höhere Kontrolldichte für jede Gruppe zu einer erhöhten Aufdeckung von Delinquenz führt. Entsprechende mittelbare Diskriminierungen dürften nur verhältnismäßig sein, wenn sich durch die Selektivität der Kontrollen ein erheblicher Präventions- oder Aufklärungsvorteil erzielen lässt. Zudem muss die Sachlichkeit einer entsprechenden Begründung im Sinne eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren jeweils durch eine unabhängige Kontrolle nachvollzogen werden, wenn vertretbar das Vorliegen einer rassistischen Diskriminierung behauptet wird.⁶²

4. Glaube, religiöse und politische Anschauungen

Der Begriff »Glaube« bezieht sich, ebenso wie in Art. 4 Abs. 1 GG, auf Religionen und Weltanschauungen,⁶³ so dass die ebenfalls genannten »religiösen Anschauungen« keine

⁵⁵ OVG Münster, NVwZ 2018, 1497.

⁵⁶ Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020, Art. 3 Rn. 517; daraus auch der folgende Text.

⁵⁷ Einflussreich: Montagu, Man's Most Dangerous Myth: The Fallacy of Race, 1942.

⁵⁸ BT-Drs. 19/20628 und 19/24434.

⁵⁹ Huber/Voßkuhle/Baer/Markard, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 472 ff.

⁶⁰ Das Nachfolgende aus Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 688.

⁶¹ So OVG Münster, NVwZ 2018, 1497, 1499 ff.; Boysen, JURA 2020, 1192, 1197 f.; Berliner Kommentar/Froese, Stand 2023, Art. 3 2. Teil Rn. 113.

⁶² EGMR, NJW 2023, 139/141 f.; Payandeh, NJW 2023, 123/125 ff.

⁶³ Münch/Kunig/Boysen, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 185; Jarass/Pieroth/Jarass, 18. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 145; näher: Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020, Art. 3 Rn. 550.

eigenständige Bedeutung haben.⁶⁴ In der Rechtsprechungspraxis dominiert der Schutz des Glaubens durch das Freiheitsrecht gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG. Bedeutung hat Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 7 GG u. a. als normativer Teilbaustein des Grundsatzes der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates, den das BVerfG aus seinem Zusammenspiel mit Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 33 Abs. 3 GG (bzw. Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 2 WRV) sowie Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1, 137 Abs. 1 WRV ableitet.⁶⁵ Es entnimmt ihm den Grundsatz, dass der Staat »sich in Fragen des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses neutral zu verhalten«⁶⁶ habe.

Beispiel: Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 7 GG verbietet es, beim an Lehrkräften in öffentlichen Schulen gerichteten Verbot religiös motivierter Kopfbedeckungen zwischen den »christlich-abendländischen« und anderen religiösen Bekenntnissen zu unterscheiden.⁶⁷ Art. 59 Abs. 3 S. 2 BayEUG, der das Tragen von Kleidungsstücken im Unterricht verbietet, die mit »den christlich-abendländischen Bildungs- und Kulturwerten« nicht vereinbar sind (und daher den Nonnenhabit anders als das muslimische Kopftuch erlaubt), ist daher verfassungswidrig.⁶⁸

Das Verbot der Benachteiligung wegen der »politischen Anschauungen« erlangt durch die mit fehlender Verfassungstreue begründeten Berufsverbote im öffentlichen Dienst wieder zunehmende Bedeutung.

Fall 6: J hat die erste juristische Prüfung absolviert. Er war zunächst Mitglied der NPD und zeitweise sogar als Kreisvorsitzender tätig. Über ein neonazistisches Netzwerk, das 2014 verboten wurde, landete er schließlich in der Partei »Der Dritte Weg« – eine nach den Feststellungen der Verfassungsschutzbehörden am historischen Nationalsozialismus orientierten Partei, in der J auch herausgehobene Funktionen hatte. Seine Übernahme in den Referendardienst wurde versagt, weil ernsthafte Zweifel daran bestünden, dass J sich für die freiheitlich-demokratische Grundordnung (s. §§ 7 Abs. 1 Nr. 2 und 60 Abs. 1 S. 3 BBG; §§ 7 Abs. 1 Nr. 2 und 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG) einsetze.⁶⁹

Fall 6 wirft eine Fülle von verfassungsgerichtlichen Fragen auf, etwa dergestalt, ob die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei zum Anknüpfungspunkt für die Versagung des Zugangs zum Referendardienst gemacht werden darf – eine Frage, die das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem berühmten Radikalenbeschluss 1975 beschäftigt hat-

te.⁷⁰ Hier soll es nur um die Frage gehen, ob in der Versagung des Zugangs eine verbotene Ungleichbehandlung wegen der politischen Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 9 GG) liegt. Das Bundesverfassungsgericht hatte das im Radikalenbeschluss damit gerechtfertigt, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 9 GG nur das Haben der politischen Anschauungen (forum internum) schützt, nicht aber das Äußern.⁷¹ Diese Auffassung ist aber ebenso überholt wie die Behauptung des BVerfG, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nur finale Diskriminierungen⁷² erfasse.⁷³

Im Fall 6 lässt sich aber eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 9 GG auch auf der Grundlage der weiterentwickelten Dogmatik der Diskriminierungsverbote verneinen. Zwar liegt hier eine Ungleichbehandlung der politischen Anschauungen des J gegenüber denjenigen Anschauungen vor, die nicht die Übernahme in den Referendardienst ausschließen. Aber diese Ungleichbehandlung erfolgt nicht wegen der Anschauungen des J, sondern sie wird mit einer legitimen, nicht stereotypen Anforderung an die konkrete Tätigkeit begründet: Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst müssen die Gewähr dafür bieten, dass sie sich für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einsetzen. Es verstößt daher nicht gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 9 GG, wenn Bewerber, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, nicht in den Referendardienst übernommen werden.

5. Behinderung

Fall 7: Eine Bestimmung des Bundeswahlgesetzes schließt Personen vom Wahlrecht aus, die sich wegen einer im Zustand der Schuldunfähigkeit im Sinne des § 20 StGB begangenen Tat gemäß § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden. Liegt darin eine verfassungswidrige Benachteiligung wegen der Behinderung?⁷⁴

Der 1994 eingeführte Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verbietet Benachteiligungen wegen einer Behinderung, lässt aber nachteilsgleichende Bevorzugungen zu. Begriff und Konzept der Behinderung sind maßgeblich durch das »Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen« (UN-Behindertenrechtskonvention, UN-BRK), das in Deutschland am 26.03.2009 in Kraft getreten ist.⁷⁵ Behinderung wird unter dem Einfluss

⁶⁴ Stern/Sodan/Möstl/Reimer, Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 130 Rn. 58.

⁶⁵ BVerfGE 123, 148, 178; 139, 321, 350.

⁶⁶ BVerfGE 105, 279, 294.

⁶⁷ BVerfGE 138, 296, 347 ff.; Vgl. ferner, für Erzieherinnen in Kindergärten, BVerfG, NJW 2017, 381, 383 f.

⁶⁸ Unhaltbar BayVerfGH, NVwZ 2008, 420, 421, 423 mit barockem Hinweis u. a. auf die »der Bayerischen Verfassung zu Grunde liegenden Wertordnung«.

⁶⁹ S. SächsVerfGH NVwZ 2022, 1793 einerseits und BVerwG, NJW 2025, 1068 andererseits.

⁷⁰ BVerfGE 39, 334; dazu ausführlich Kingreen, JURA 2025, 485, 493 f.

⁷¹ BVerfGE 39, 334, 368.

⁷² BVerfGE 39, 334, 368.

⁷³ Näher Kingreen, JURA 2025, 485, 495.

⁷⁴ BVerfGE 151, 1.

⁷⁵ BGBl. 2008 II, 1409 und 2009, 818.

der UN-BRK nicht mehr als gesundheitlich-funktionaler Schaden angesehen, der zu sozialen Beeinträchtigungen führt. Vielmehr steht nunmehr die Wechselwirkung zwischen individueller Behinderung und gesellschaftlichen Barrieren und damit der Aspekt der gesellschaftlichen Teilhabe im Mittelpunkt. Art. 1 Abs. 2 der UN-BRK schützt »Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.« Das Bundesverfassungsgericht hat diese gesellschaftliche Komponente des Behinderungsbegriffs, die auch im einfachen Recht maßgebend ist (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX), zunächst aufgegriffen,⁷⁶ fällt aber in jüngerer Rechtsprechung wieder auf den medizinischen Behinderungsbegriff zurück.⁷⁷

Im *Fall 7* ist zu prüfen, ob eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen der Behinderung vorliegt: (1) Eine Ungleichbehandlung liegt vor, weil den unter § 20 StGB fallenden Personen anders als anderen Personen das Wahlrecht entzogen wird. (2) Diese Benachteiligung könnte auch als unmittelbare Ungleichbehandlung eingeordnet werden. Denn das Merkmal der Schuldunfähigkeit »setzt eine körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigung voraus, die die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur erlaubt, wenn sie länger andauert [...]. Regelungsbetroffen sind damit ausschließlich Menschen mit Behinderungen.«⁷⁸ (3) Diese Benachteiligung erfolgt aber nur wegen der Behinderung, wenn sie mit diesem Merkmal oder damit verbundenen Stereotypen oder Mutmaßungen verknüpft wäre. Keine Benachteiligung wegen der Behinderung sieht das Bundesverfassungsgericht etwa in Regelungen, die Personen ausschließen, bei denen »die Möglichkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess nicht in hinreichendem Umfang besteht,«⁷⁹ etwa bei Menschen mit schwerwiegenden geistigen Beeinträchtigungen.⁸⁰ Allerdings ist die in *Fall 7* genannte wahlrechtliche Bestimmung (es handelte sich um § 13 Nr. 3 BWahlG a. F.) nicht geeignet, Personen zu erfassen, die typischerweise nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen. Weder die Feststellung der Schuldunfähigkeit zum Tatzeitpunkt und die ihr zugrunde-

liegenden Krankheitsbilder gemäß § 20 StGB noch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB erlauben den Rückschluss auf das regelmäßige Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts und die Erfüllung der Integrationsfunktion der Wahl erforderlichen Einsichtsfähigkeit. Sie ist daher eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen der Behinderung und schon aus diesem Grunde verfassungswidrig.

III. Die richterrechtlich entwickelten Quasi-Merkmale

Das Bundesverfassungsgericht erkennt über den Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG hinaus drei sog. Quasi-Diskriminierungsverbote⁸¹ (Staatsangehörigkeit, sexuelle Orientierung, Alter) an, die im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG einer strengen Rechtfertigungsprüfung unterliegen. Tragender Gedanke der drei Kriterien, die sowohl im europäischen als auch teilweise im Landesverfassungsrecht etabliert sind,⁸² ist jeweils, dass sie für den Einzelnen nicht beeinflussbar sind und ihn daher besonders schwerwiegend treffen.

1. Staatsangehörigkeit

Anders als die Merkmale der »Abstammung«, »Heimat« und »Herkunft« beschreibt die »Staatsangehörigkeit« keine tatsächliche, sondern eine rechtliche Zugehörigkeit.⁸³ Staatsangehörigkeit meint für Deutschland nur die Bundesangehörigkeit, denn es gibt keine Staatsangehörigkeit in den Ländern mehr. Im Verhältnis zu Unionsbürgern ist die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in der Regel schon aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben unzulässig. Zwar ist auch die Staatsangehörigkeit von nicht beeinflussbaren Umständen wie der Staatsangehörigkeit der Eltern oder dem Ort der Geburt abhängig und auch ihre Veränderung hängt von Voraussetzungen ab, die man nicht durchweg in der Hand hat.⁸⁴ Zugleich ist sie aber konstitutiv für den ungehinderten Zugang zum Aufenthalt im Staatsgebiet. Ungleichbehandlungen wegen der Staatsangehörigkeit sind

⁷⁶ BVerfGE 128, 282, 306 f.; 151, 1 Rn. 54.

⁷⁷ BVerfG, NJW 2024, 424 Rn. 36; krit. etwa *Uerpmann-Witzack*, RdJB 2023, 281, 288.

⁷⁸ BVerfGE 151, 1 Rn. 134.

⁷⁹ BVerfGE 151, 1 Rn. 94.

⁸⁰ Dazu *Uerpmann-Witzack*, DÖV 2016, 608 in Auseinandersetzung mit der gegenläufigen Rechtsauffassung des UN-Behindertenrechtsausschusses.

⁸¹ Berliner Kommentar/*Froese*, Stand 2023, Art. 3 2. Teil Rn. 135; ferner, allerdings sehr kritisch *Epping/Hillgruber/Kischel*, 3. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 129.

⁸² Einzelheiten: Bonner Kommentar/*Kingreen*, Stand 2020, Art. 3 Rn. 110 ff.; 589 ff.

⁸³ BVerfGE 111, 160, 169 ff.; 130, 240, 255 ff.

⁸⁴ BVerfGE 130, 240, 255.

daher grundsätzlich zulässig,⁸⁵ aber unzulässig, wenn sie keinen angemessenen Bezug zum Regelungsziel haben, wie z.B. die soziale Bedürftigkeit, die nicht von der Staatsangehörigkeit abhängt.⁸⁶

2. Sexuelle Orientierung

Fall 8: Nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 SächsKiStG kann die Kirchensteuer in Form eines besonderen Kirchgelds von Kirchensteuerpflichtigen erhoben werden, deren Ehegatten keiner steuererhebenden Kirche angehören (besonderes Kirchgeld in glaubensverschiedener Ehe). Auf eingetragene Lebenspartnerschaften wurde die Regelung erst für die Veranlagungszeiträume ab 2016 erstreckt. F war in den Jahren 2014 und 2015 – anders als ihr Ehemann – Mitglied einer die Kirchensteuer erhebenden Landeskirche. Das Finanzamt setzte deshalb die Kirchensteuer in Form des besonderen Kirchgelds fest und legte das zu versteuernde Einkommen beider Eheleute zugrunde. F sieht darin einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Zu Recht?⁸⁷

Das Merkmal »sexuelle Orientierung« bezieht sich, in Abgrenzung zur »sexuellen Identität«, nicht auf das eigene Geschlecht, sondern auf die Beziehung zu einem anderen Geschlecht. Das Bundesverfassungsgericht erkennt sie seit 2008 als besonderes personenbezogenes Merkmal an, ohne dafür aber eine durchgängig tragende Begründung zu finden. Meist hat es sie als ein Persönlichkeitsmerkmal eingeordnet, das mit den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen insoweit »vergleichbar« sei, als eine Minderheit vor Diskriminierungen geschützt werden müsse.⁸⁸ Das ist historisch sicher richtig, denn die besondere Sensibilität des Merkmals lässt sich mit der Geschichte der Verfolgung, Pönbildung und gesellschaftlichen Ächtung von Homosexualität erklären. In Deutschland ist § 175 StGB, der homosexuelle Handlungen von Männern unter Strafe stellte, erst 1994 aufgehoben worden.⁸⁹ Ein Antrag in der Gemeinsamen Verfassungskommission, Art. 3 Abs. 3 GG durch das Merkmal der »geschlechtlichen Orientierung« zu erweitern, fand im gleichen Jahr keine Mehrheit.⁹⁰ Die Wende brachte das Lebenspartnerschaftsgesetz 2001, das eine abgeschwächte rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften enthielt, und vom Bundesverfassungsgericht gegen den damaligen konservativen Mainstream auch in

der Verfassungsrechtswissenschaft für verfassungsgemäß erklärt wurde.⁹¹ Seit 2009 hat das Bundesverfassungsgericht durchweg alle Ungleichbehandlungen von Lebenspartnerschaften gegenüber der traditionellen Ehe für verfassungswidrig erklärt, weil die Entscheidung des Einzelnen für eine Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft kaum trennbar mit seiner sexuellen Orientierung verbunden sei.⁹² Als 2017 die Ehe in Deutschland einfach-rechtlich auch für gleichgeschlechtliche Beziehungen geöffnet wurde (§ 1353 Abs. 1 S. 1 GG), konnte das Institut der Lebenspartnerschaft wieder abgeschafft werden.

Insofern ist der Sachverhalt im *Fall 8* ungewöhnlich, denn es geht nicht um die Benachteiligung der Lebenspartnerschaft, sondern der damals noch auf heterosexuelle Partner beschränkten Ehe. Diese besondere Konstellation erhellt, dass das Argument des Minderheitenschutzes für die Begründung eines Quasi-Merkmals nicht trägt, denn es geht hier um die Benachteiligung einer Mehrheit (= heterosexuelle Ehe). Das durchgängig tragende Argument für den besonderen Schutz ist vielmehr das personale Element der fehlenden Beeinflussbarkeit, die das Bundesverfassungsgericht auch im *Fall 8* zumindest als maßstabsschärfenden Grund erwähnt.⁹³ Unabhängig von der Frage, ob man zu einer Mehr- oder Minderheit gehört, kann man sein Geschlecht und seine Erstsprache, seine Abstammung und Herkunft ebenso wenig beeinflussen wie sein Alter, und auch die sexuelle Orientierung sucht sich niemand in einem offenen Suchprozess einfach aus. Selbst der Glaube, die religiösen und politischen Anschauungen, die sich auf dem forum externum durch Ein- bzw. Austritt äußerlich leicht ändern lassen, sind so tief mit der Persönlichkeit verbunden, dass sie zumindest im forum internum nur schwer beeinflussbar sind.

Im *Fall 8* nimmt das Bundesverfassungsgericht etwas überraschend keine unmittelbare, sondern eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung an. Zwar richte sich die Auferlegung des besonderen Kirchgelds »nicht ausdrücklich nach der sexuellen Orientierung, sondern nach dem Familienstand der Betroffenen.« Mittelbar werde »jedoch an die sexuelle Orientierung angeknüpft«, weil die Entscheidung des Einzelnen für eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft »kaum trennbar mit seiner sexuellen Orientierung verbunden« sei.⁹⁴ In solchen Fällen des untrennbaren Zusammenhangs mit einem Merkmal liegt allerdings die Annahme einer unmittelbaren Un-

⁸⁵ BVerfGE 130, 240, 253.

⁸⁶ BVerfGE 111, 160, 169 ff.; 111, 176, 183 ff.; 130, 240, 255 ff.

⁸⁷ BVerfG, NVwZ 2025, 668.

⁸⁸ BVerfGE 124, 199, 220; 133, 377 Rn. 77.

⁸⁹ Dazu *Burgi*, Rechtsgutachten für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, März 2016.

⁹⁰ Abschlussbericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, 54.

⁹¹ BVerfGE 105, 313, 346 f.

⁹² Erstmals BVerfGE 124, 199, 221.

⁹³ BVerfG, NVwZ 2025, 668 Rn. 30; sowie schon BVerfGE 132, 179 Rn. 31, wo das Argument aber ebenfalls nur eines neben anderen ist.

⁹⁴ BVerfG, NVwZ 2025, 668 Rn. 33.

gleichbehandlung näher, denn wenn eine Regelung nur Merkmalsträger trifft, kann es nicht darauf ankommen, ob das Merkmal expliziert wird; jedenfalls für die Schwangerschaft ist das mittlerweile auch einfachgesetzlich in § 3 Abs. 1 S. 2 AGG anerkannt.⁹⁵ Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht auch für die mittelbare Ungleichbehandlung keinen hinreichenden Grund gesehen und die Vorschrift zu einem bestimmten Erhebungszeitpunkt für verfassungswidrig erklärt.⁹⁶

3. Alter

Das Merkmal »Alter« – gemeint ist das chronologische, nicht das biologische Alter – hat im Vergleich mit allen explizit in Art. 3 Abs. 3 GG genannten und den Quasi-Merkmalen einen Sonderstatus. Zwar ist es ebenso wie diese nicht beeinflussbar, was dafür spricht, es in den Katalog der besonders sensiblen Merkmale aufzunehmen. Aber im Lebenslängsschnitt handelt es sich um ein Merkmal, das nicht eine abgrenzbare Gruppe, sondern typischerweise jeden in einem bestimmten Lebensabschnitt trifft. Während wir nur eine Abstammung, Heimat und Herkunft haben, die sich im Lebensverlauf nicht mehr ändert, und in der Regel auch nur ein Geschlecht und meistens auch nur eine Religion, ist jeder irgendwann einmal zu jung, um bestimmte Rechte, und sind die allermeisten irgendwann zu alt, um bestimmte Tätigkeiten ausüben zu dürfen.

Altersgrenzen, die an die natürliche Einsichtsfähigkeit auf der einen Seite und die abnehmenden Fähigkeiten im Alter anknüpfen, sind daher grundsätzlich legitim, insbesondere, wenn sie hinreichend flexibel ausgestaltet sind.⁹⁷ Auch können sie in regulierten Bereichen wie etwa bei Notaren legitim sein, um eine geordnete Altersstruktur sowie den Zugang junger Bewerber zum Notarberuf zu sichern.⁹⁸ Das BVerfG erwähnt das »Alter« als sensibles Differenzierungskriterium⁹⁹ erst vereinzelt und prüft berufsbezogene Altersgrenzen eher am Maßstab von Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁰⁰

⁹⁵ S. schon oben II. 1.

⁹⁶ BVerfG, NVwZ 2025, 668 Rn. 33 ff.

⁹⁷ Näher Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020, Art. 3 Rn. 625.

⁹⁸ Meyer, VerfBlog, 2025/3/24 mit dem Hinweis, dass die Altersgrenze insbesondere bei Anwaltsnotaren nur noch schwer haltbar sei, weil dort bereits Nachwuchsmangel herrsche.

⁹⁹ BVerfGE 142, 353 Rn. 69; vgl. aber bereits BVerfGE 88, 87, 97.

¹⁰⁰ S. etwa für Vertragsärzte BVerfGE 103, 172, 184.

IV. Dogmatik der Diskriminierungsverbote

Die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote haben in Deutschland lange Zeit ein Schattendasein geführt.¹⁰¹ Ihre Aussagen galten zwar vor dem Hintergrund einer abgründigen Diskriminierungsgeschichte im Nationalsozialismus als gesellschaftlicher Konsens, der aber in einer kulturell vergleichsweise homogenen Gesellschaft zunächst nur wenige Spannungen aushalten musste; selbst die schon im Parlamentarischen Rat kontroverse Gleichstellung der Geschlechter entwickelte sich letztlich evolutionär, in der für die Bonner Republik typischen Gemächlichkeit. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts blieben die Diskriminierungsverbote lange randständig und wenig dogmatisch konturiert. Seit Beginn des 21. Jahrhunderts haben sich aber unter dem maßgeblichen Einfluss von Internationalisierung und Digitalisierung gesellschaftliche Desintegrationsprozesse vollzogen, die Gleichheitsfragen aufgeworfen haben, die die Gewissheiten der alten Mehrheitsgesellschaft in Frage stellen.¹⁰² Rechtliche Unterscheidungen zwischen Religionen, zwischen In- und Ausländern, zwischen Lebensformen und zwischen Alten und Jungen werden stärker hinterfragt und teilweise als Diskriminierungen adressiert. Politisch-gesellschaftlich erzeugen die Diskriminierungsverbote produktive Irritation in dem Sinne, dass Benachteiligungen und Stigmatisierungen etwa von Homo- und Intersexuellen und Menschen mit Behinderung, die unausgesprochener Bestandteil auch des Bonner Konsenses waren, zumindest angegangen wurden. Ferner stellen etwa Zuwanderung und Säkularisierung bislang gesetzte Privilegien der christlich-abendländischen Religionen in Frage. Die Scharfstellung bislang allenfalls diffus wahrgenommener Diskriminierungen erzeugt allerdings Gewöhnungsdiskurse, in denen die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG entgegen ihrer eigentlichen Zielrichtung zur Abgrenzung im Sinne eines identitären »Wir gegen die« bisweilen auch überbetont werden.¹⁰³ Beide gegenläufigen Prozesse – das konsequente, auch durch europäisches und internationales Recht beschleunigte Vorgehen gegen Diskriminierungen ebenso wie die als Gegengewicht wirkenden Identitätspolitiken – haben die politisch-gesellschaftliche Bedeutung der Diskriminierungsverbote gesteigert und die Kontroversen über die realen Ungleichheiten kompensierende Gleichstel-

¹⁰¹ Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020, Art. 3 Rn. 414, daraus teilweise auch der folgende Text.

¹⁰² Yoshino, 124 Harvard Law Review 747 (2011), 751 ff.

¹⁰³ Kritischer Gegenentwurf bei Schorkopf, Staat und Diversität, 2017, 27 ff.

lungspolitik verschärft. Mit den dadurch vermehrten gerichtlichen Auseinandersetzungen rücken auch übergreifende, nicht auf die einzelnen Merkmale beschränkten rechtsdogmatischen Fragestellungen in den Blick, die abschließend zusammengetragen werden sollen:

1. Regelungsgrund: fehlende Verfügbarkeit

Art. 3 Abs. 3 GG enthält eine Zusammenstellung persönlicher Merkmale, die wir nicht oder praktisch kaum beeinflussen können. Eine freiheitliche Ordnung akzeptiert zwar Unterschiede zwischen den Menschen, die durch freie Entscheidungen beeinflussbar sind. Aber sie schützt sie daher auch besonders, wenn das nicht der Fall ist. Keines der neun Merkmale in Art. 3 Abs. 3 GG können wir beeinflussen. Einzelne von ihnen lassen sich zwar im Lebensverlauf theoretisch ändern. Aber die Änderung eines Merkmals ist entweder mit erheblichen Hürden und Folgen verbunden, die ihrerseits erhebliches Diskriminierungspotenzial aufweisen (Geschlecht) oder das Merkmal ist zwar äußerlich vergleichsweise leicht veränderbar, aber nach innen doch so sehr mit unserem inneren Code verbunden, den wir nicht so leicht ändern können (Glaube, religiöse und politische Anschauungen).

Dieser gemeinsame Regelungsgrund erklärt, warum das Bundesverfassungsgericht bislang in Übereinstimmung mit europäischen Rechtstexten und teilweise auch den Landesverfassungen drei weitere personale Merkmale als sog. Quasi-Diskriminierungsverbote anerkannt hat: die Staatsangehörigkeit, die sexuelle Orientierung und das Alter. Als weiteres mögliches Merkmal ließe sich an die genetische Disposition denken.¹⁰⁴

2. Funktion: Verschärfung der gerichtlichen Kontrolldichte

Die Differenzierungsverbote verändern den Standard der Gleichheitsprüfung. Zwar stellt das Bundesverfassungsgericht an Ungleichbehandlungen¹⁰⁵ mittlerweile ohnehin schon höhere Rechtfertigungsanforderungen als es das zu Beginn seiner allein mit der sog. Willkürformel¹⁰⁶ arbeitenden Rechtsprechung getan hat. Seit 2011 gilt ein »stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfas-

sungsrechtlicher Prüfungsmaßstab«¹⁰⁷, für den »je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen« gelten sollen, »die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen.«¹⁰⁸

In diese Formel fügt das Bundesverfassungsgericht den Aspekt der fehlenden Beeinflussbarkeit ein: Das Maß der Bindung des Gesetzgebers hängt nämlich auch davon ab, »inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird.«¹⁰⁹ Das ist insbesondere bei der Staatsangehörigkeit, der sexuellen Orientierung und dem Alter nicht der Fall. Sie werden zwar in die Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG und nicht in Art. 3 Abs. 3 GG integriert, den das Bundesverfassungsgericht meist als eigenständiges Grundrecht prüft.¹¹⁰ In der Prüfungskonzeption ist der Unterschied zu den dort explizit genannten Merkmalen aber nicht sonderlich groß, weil sowohl die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG als auch die Quasi-Merkmale daraufhin untersucht werden, ob es sich um unmittelbare oder mittelbare Ungleichbehandlungen und ob bzw. unter welchen Voraussetzungen diese zu rechtfertigen sind.

3. Prüfungsmaßstab: Unmittelbare und mittelbare Ungleichbehandlungen

Die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlungen dient dazu, den inneren Zusammenhang zwischen einer Differenzierung und einem verdächtigen Kriterium dogmatisch zu konturieren. Sie prägt das US-amerikanische und das europäische Antidiskriminierungsrecht schon seit langem. Üblicherweise, insbesondere in Rechtstexten, ist nicht von »Ungleichbehandlungen«, sondern von »Diskriminierungen« die Rede. Orientiert man sich aber an der traditionellen deutschen Dogmatik, die beim Gleichheitssatz zwischen dem Tatbestand der Ungleichbehandlung und seiner möglichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung differenziert, liegt es näher von »Ungleichbehandlungen« zu sprechen, die zu Diskriminierungen werden, wenn sie nicht gerechtfertigt werden können.¹¹¹ Das Bundesverfassungsgericht und das deutsche Schrifttum haben diese Unterscheidung lange Zeit nicht aufgegriffen, auch weil die Diskriminierungsverbote in der verfassungsgerichtlichen Praxis aus den oben ge-

¹⁰⁴ Bonner Kommentar/Kingreen, Stand 2020 Art. 3 Rn. 643f.

¹⁰⁵ Und auch an Gleichbehandlungen, s. Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 637f.

¹⁰⁶ Seit BVerfGE 1, 14, 52.

¹⁰⁷ Seit BVerfGE 129, 49, 69.

¹⁰⁸ BVerfGE 138, 136 Rn. 122.

¹⁰⁹ BVerfGE 129, 49, 69.

¹¹⁰ Dazu unten 4.

¹¹¹ Handbuch Antidiskriminierungsrecht/Sacksofsky, 2022, § 14 Rn. 14.

nannten Gründen lange Zeit eine nur untergeordnete Rolle gespielt haben. Mittlerweile hat das Bundesverfassungsgericht die Begrifflichkeiten zwar aufgegriffen, ohne dass man aber von einem konsolidierten dogmatischen Konzept sprechen könnte. Das hier präsentierte Konzept ist daher nur partiell aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abgeleitet.

Eine *unmittelbare Ungleichbehandlung* kann vorliegen, wenn eine Maßnahme explizit an ein Merkmal anknüpft oder wenn sie eine Voraussetzung oder Anforderung normiert, die untrennbar mit einem Merkmal verbunden ist, wie das bei der Schwangerschaft der Fall ist, die allein Frauen betrifft. Nicht jede Ungleichbehandlung ist aber eine unmittelbare Ungleichbehandlung. Sie ist es nach Art. 3 Abs. 3 GG nur, wenn sie *wegen* des Merkmals erfolgt. Aus diesem Wort *wegen* lässt sich ableiten, dass die Diskriminierungsverbote *Begründungsverbote* sind. Sie beschränken den Kreis der legitimen Gründe für Ungleichbehandlungen. Nicht legitim sind alle Begründungen, die sich in dem Hinweis auf das Merkmal erschöpfen oder es mit Vorurteilen oder Stereotypen begründen. Sie können nicht gerechtfertigt werden, insbesondere nicht durch kollidierendes Verfassungsrecht. Hingegen sind Begründungen, die zwar an ein Merkmal anknüpfen, aber mit relevanten empirischen Unterschieden zwischen den Merkmalsträgern begründet werden, schon keine Ungleichbehandlungen wegen dieses Merkmals, sondern wegen dieses Unterschieds. Sie sind damit keine *unmittelbaren* Ungleichbehandlungen, können aber *mittelbare* Ungleichbehandlungen beinhalten, wenn sie faktisch eine Gruppe von Merkmalsträgern besonders treffen.

Mittelbare Ungleichbehandlungen zeichnen sich dadurch aus, dass zwar neutrale Differenzierungskriterien verwendet werden, die aber aufgrund ihrer spezifischen Anforderungen eine Vergleichsgruppe faktisch benachteiligen. Die Schwierigkeit besteht hier darin, eher zufällige oder periphere Effekte von solchen abzugrenzen, die tatsächlich auf strukturelle Erschwernisse für eine Merkmalsgruppe zurückzuführen sind. Mittelbare Ungleichbehandlungen sind verhältnismäßig, wenn das Ausmaß der Differenzierung und der mit ihm verbundenen Belastungen in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Regelungszweck steht. Das entspricht zwar nicht der dogmatischen Struktur, aber im Ergebnis dem unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrecht (Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG).

4. Verhältnis zu den Gleichstellungsaufträgen

Der Regelungsinhalt der Diskriminierungsverbote beschränkt sich auf das Verbot der Ungleichbehandlung wegen der durch sie normierten Merkmale. Sie enthalten aber keinen darüber hinausgehenden Gleichstellungsauftrag, der auf die Beseitigung real existierender Ungleichheiten gerichtet wäre. Nur für zwei Kriterien (Frauen und Männer, Art. 3 Abs. 2 GG; Menschen mit Behinderung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) gibt es Gleichstellungsaufträge, die aber in der Rechtsprechungspraxis bislang nur eine geringe Rolle gespielt haben. Dogmatisch fungieren sie als Rechtfertigungsgründe für an sich verbotene Ungleichbehandlungen, wenn sie auf die Beseitigung struktureller Ungleichheiten gerichtet sind; im Umkehrschluss folgt aus ihrer nur selektiven Regelung, dass eine aktive Gleichstellungspolitik bei den übrigen Merkmalen ausscheidet.

5. Prüfungsaufbau

Das BVerfG prüft Art. 3 Abs. 3 GG meist als eigenständiges Grundrecht unabhängig von Art. 3 Abs. 1 GG, während es die Quasi-Merkmale im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG prüft und dort besonders strenge Rechtfertigungsanforderungen stellt. Das liegt nahe, wenn man Art. 3 Abs. 3 GG als *lex specialis* zu Art. 3 Abs. 1 GG sieht, ihr Verhältnis also ähnlich bestimmt wie dasjenige zwischen der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und den besonderen Freiheitsrechten.

Versteht man die Diskriminierungs- als Begründungsverbote, lassen sich alle personenbezogenen Merkmale unabhängig von ihrer Regelung in Art. 3 Abs. 3 GG generell im Sinne besonderer Begründungspflichten in die allgemeine gleichheitsrechtliche Rechtfertigungsprüfung integrieren.¹¹²

Danksagung: Ich danke Prof. Dr. Ralf Poscher, Freiburg, für richtungsweisende Anregungen zum Thema dieses Beitrags, insbesondere zur Dogmatik der unmittelbaren Ungleichbehandlungen im Abschnitt II.1. a) bb) (1).

¹¹² Vgl. dementsprechend das Aufbauschema bei Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 739.