

TEIL 4: GLEICHHEIT

§ 22 Allgemeine Lehren der Gleichheitsrechte

Lern- und Verständnisziele	1	4. Was ist die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Gleichheitsrechte? ...	12
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik	2	II. Vertiefung und Kontextualisierung	17
1. Welche Gleichheitssätze gibt es im Grundgesetz?	2	1. Wie ist die Idee einer Gleichheitsgarantie einzuordnen?	17
2. Wie verhalten sich Freiheits- und Gleichheitsrechte zueinander?	4	2. Wie kann Gleichheit verwirklicht werden?	18
3. Wie unterscheidet sich die verfassungsrechtliche Prüfung der Gleichheitsrechte von jener der Freiheitsrechte?	7	3. Von wem können Ungleichbehandlungen ausgehen?	20

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren:

1

- die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze außerhalb des [Art. 3 GG](#) (§ 22 Rn. 2 f.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Besonderheiten bei den Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes (§ 22 Rn. 12 ff.)
- die Idee der Gleichheitsgarantie (§ 22 Rn. 17)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den zweistufigen Aufbau des allgemeinen Gleichheitssatzes (§ 22 Rn. 8 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- wie Gleichheit verwirklicht werden kann (§ 22 Rn. 18 f.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- weshalb der allgemeine Gleichheitssatz keinen feststehenden Schutzbereich hat (§ 22 Rn. 7)
- von wem Ungleichbehandlungen ausgehen können (§ 22 Rn. 20 f.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zum Verhältnis von Gleichheit und Freiheit (§ 22 Rn. 4 ff.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Welche Gleichheitssätze gibt es im Grundgesetz?

- 2 Im Grundgesetz sind mehrere Gleichheitsrechte verbürgt. Mit einer Verfassungsbeschwerde angreifbar ist die Verletzung
 - des allgemeinen Gleichheitssatzes, [Art. 3 Abs. 1 GG](#) (§ 23 Rn. 4),
 - der Gleichberechtigung von Mann und Frau, [Art. 3 Abs. 2 GG](#) (§ 24 Rn. 16 ff.),
 - der besonderen Diskriminierungsverbote, [Art. 3 Abs. 3 GG](#) (§ 24 Rn. 2),
 - des Verbots der Benachteiligung von Ehe und Familie, [Art. 6 Abs. 1 GG](#) (§ 17 Rn. 2),
 - des Gebots der Gleichbehandlung von ehelichen und nicht-ehelichen Kindern, [Art. 6 Abs. 5 GG](#) (§ 17 Rn. 37),¹
 - gleicher staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten, [Art. 33 Abs. 1 GG](#) (§ 24 Rn. 30 f.),
 - des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern, [Art. 33 Abs. 2, 3 GG](#) (§ 24 Rn. 32 ff.) und
 - der Wahlrechtsgleichheit, [Art. 38 Abs. 1 S. 1 Var. 4 GG](#).²
- 3 Nicht mit einer Verfassungsbeschwerde, sondern im Rahmen eines Organstreitverfahrens angreifbar ist die Verletzung
 - der Chancengleichheit der Parteien, [Art. 21 GG](#)³ und
 - der Gleichheit der Abgeordneten, [Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG](#).

1 [BVerfGE 151, 101](#) (Stiefkindadoption [2019]).

2 [BVerfG NVwZ 2021, 469](#).

3 Ausführlich zur dogmatischen Herleitung siehe *Towfigh/Ulrich*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar Grundgesetz, 205. Aktualisierung (Juli 2020), Art. 21, Rn. 406 ff.

2. Wie verhalten sich Freiheits- und Gleichheitsrechte zueinander?

Gleichheits- und Freiheitsrechte werden oft in einem Spannungsverhältnis gesehen. Die Freiheitsausübung erlaubt grundsätzlich Ungleichbehandlung und kann (eine Perpetuierung oder Vergrößerung von) Ungleichheit zur Folge haben – daher führt die Durchsetzung von Gleichheitsrechten (in der Regel die Unterbindung einer Diskriminierung) tendenziell zu Freiheitsbeschränkungen. Eine solche Einflussnahme auf individuelle Entscheidungen und gesellschaftliche Prozesse kann deutliche Umverteilungseffekte zeitigen. Moderne Verfassungsstaaten versuchen das Spannungsverhältnis zu moderieren, indem sie Freiheit und Gleichheit zu „gleicher Freiheit“ verbinden, also etwa **Chancengleichheit** bei der Wahrnehmung von Freiheitsrechten anstreben.⁴

Vor diesem Hintergrund steht auch die grundgesetzliche Verbürgung der Gleichheit nicht im Konflikt zur Freiheitsgarantie des Grundgesetzes: Sowohl Ungleichbehandlungen als auch Freiheitseinschränkungen müssen begründet werden, wobei der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen beiden ausgestaltet. Mit anderen Worten: Gleichheit muss freiheitlich und Freiheit gleichmäßig gewährt werden.

Freiheitsrechte können ferner auch aus sich selbst heraus (*eo ipso*) über eine gleichheitsrechtliche Dimension verfügen, etwa wenn sie absolute Wertungs- und Unterscheidungsverbote enthalten. Als Beispiel kann hierbei auf die Gleichwertigkeit des Lebens (**Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG**), das Verbot der Bewertung von Meinungen (**Art. 5 Abs. 1 GG**) oder das Verbot der Bewertung von Religionen und Weltanschauungen durch den Staat (**Art. 4 Abs. 1, 2 GG**) verwiesen werden. Umgekehrt haben auch die Gleichheitsrechte eine freiheitsgewährleistende Funktion, indem sie etwa das Recht auf eine chancengleiche Teilhabe an der Gewährleistung bestimmter Freiheiten oder Wettbewerbsgleichheit garantieren.

Aus dem geschilderten Verhältnis und der inneren Logik von Freiheits- und Gleichheitsrechten ergeben sich Folgen für die Reihenfolge der Prüfung: Es empfiehlt sich, die angegriffene Maßnahme zunächst an den Freiheitsrechten und sodann an den Gleichheitsrechten zu messen. Innerhalb der Gleichheitsrechte sind nach dem *lex specialis*-Grundsatz zuerst die besonderen Gleichheitssätze zu prüfen, insbesondere **Art. 3 Abs. 2, 3 GG**, und erst danach der allgemeine Gleichheitssatz, **Art. 3 Abs. 1 GG**.

3. Wie unterscheidet sich die verfassungsrechtliche Prüfung der Gleichheitsrechte von jener der Freiheitsrechte?

Wie dargestellt, haben Freiheitsrechte einen feststehenden (sachlichen) Schutzbereich (§ 8 Rn. 7). Sie schützen bestimmte Handlungen, wie etwa eine Meinungsäußerung (**Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG**) oder ein religiöses Bekenntnis (**Art. 4 Abs. 1, 2 GG**), oder garantieren ein Rechtsgut, bspw. die Menschenwürde (**Art. 1 Abs. 1 GG**) oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht (**Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG**). Sie können aber auch Institute (§ 4 Rn. 42 f.)

⁴ Dazu Ackermann, *APuZ* 2013, 24.; Mangold, *Demokratische Inklusion durch Recht*, 2021, 352 f.

4



Privilegiertest

5

6

7

wie Eigentum (Art. 14 GG) oder Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) garantieren. Bei Gleichheitsrechten steht ein sachlicher Schutzbereich hingegen gerade *nicht* fest, weil es um eine Relation, einen Vergleich, geht. Das bedeutet, dass man sich in der Fallbearbeitung gleichsam selbst den Schutzbereich erschaffen, also das geschützte Verhalten definieren muss. Dies geschieht durch die Bildung von Vergleichsgruppen (§ 23 Rn. 7 ff.). Nur wenn Personen oder Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden, kann eine Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung auftreten.

- 8 Dieser Unterschied wirkt sich auf den Aufbau der Grundrechtsprüfung aus: Während Freiheitsrechte im klassischen dreistufigen Aufbau (§ 8 Rn. 3) – Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung – geprüft werden, wird bei den Gleichheitsrechten in **zwei Stufen** geprüft, ob ein Grundrechtsverstoß vorliegt:⁵



Freiheits- und Gleichheitsrechte



- 9 Auf der ersten Stufe werden zunächst Vergleichsgruppen in Bezug auf einen gemeinsamen Oberbegriff (*tertium comparationis*) gebildet, um feststellen zu können, ob **wesentlich Gleiches ungleich** bzw. **wesentlich Ungleiches gleich** behandelt wird. Sodann wird geprüft, ob eine festgestellte (Un-)Gleichbehandlung der Vergleichsgruppen **rechtlich relevant** ist. Auf der zweiten Stufe wird die Frage beantwortet, ob diese Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.
- 10 Der Unterschied im Aufbau der Prüfung von Gleichheitsrechten und Freiheitsrechten besteht also darin, dass bei den Gleichheitsrechten weder die Eröffnung des Schutzbereichs des Grundrechts noch ein Eingriff in diesen Schutzbereich ausdrücklich geprüft werden.
- 11 Ein weiterer Unterschied in der Prüfung zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten liegt im Rahmen der Rechtfertigung. Bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Gleich- bzw. Ungleichbehandlungen wird ein sog. stufenloser Prüfungsmaßstab (§ 23 Rn. 25 f.) angelegt – es wird also maßgeblich auf die Intensität der rechtlich relevanten Gleich- bzw. Ungleichbehandlung abgestellt.

⁵ Dieser Aufbau ist grundrechtsdogmatisch nicht zwingend: Für einen dreistufigen Aufbau plädieren *Huster, Recht und Ziele*, 1993, 225 ff.; *Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage*, 1980, 54 ff.; *Jarass, AöR 1995*, 345, 358 ff.; *Blome, JA 2011*, 486.

4. Was ist die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Gleichheitsrechte?

Ist eine Rechtsnorm der Entscheidung des BVerfG zufolge verfassungswidrig, so wird sie grundsätzlich für nichtig erklärt, vgl. §§ 78, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG. Dies kann bei Gleichheitsverstößen in Bezug auf begünstigende Normen zu Problemen führen: Denn der Gesetzgeber hat hier meist mehrere Möglichkeiten, die Verfassungsmäßigkeit herzustellen, bspw. durch die Einbeziehung der von der Begünstigung Ausgeschlossenen oder durch eine Streichung der Begünstigung für alle.⁶ Für welche Variante er sich entscheidet, ist allein dem Gesetzgeber überlassen, das Gewaltenteilungsprinzip verbietet dem BVerfG im Regelfall einen Eingriff in diese „dem Gesetzgeber vorbehaltene Gestaltungsfreiheit.“⁷

Diesem Problem wird dadurch Rechnung getragen, dass ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss grundsätzlich nur zu einer Erklärung der Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundgesetz durch das BVerfG führt.⁸ Das bedeutet, die Norm ist nicht rückwirkend (*ex tunc*) nichtig, sondern das BVerfG stellt lediglich die Verfassungswidrigkeit der Norm fest,⁹ verbunden mit der Verpflichtung des Gesetzgebers, die Rechtslage umzugestalten und einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen.¹⁰ Altfälle müssen rückwirkend bereinigt werden, Behörden und Gerichte dürfen die verfassungswidrige Norm nicht mehr anwenden, anhängige Verfahren müssen ausgesetzt werden. Allerdings ist auch eine befristete Fortgeltung möglich, wenn die Rückabwicklung der Norm etwa zu erheblichen staatlichen Einnahmeausfällen oder Mehrausgaben oder zu anderen erheblichen Verwerfungen oder Ungerechtigkeiten führen würde.¹¹

Besteht hingegen kein Zweifel, dass der Gesetzgeber die Ausweitung der Begünstigung gewünscht hätte¹² oder ist es verfassungsrechtlich geboten, den Verstoß gerade auf eine bestimmte Weise zu beseitigen,¹³ kann das BVerfG ausnahmsweise die Nichtigkeit der Begünstigung erklären.

Inzwischen beschränkt das BVerfG diese Rechtsprechung nicht mehr nur auf Begünstigungssituationen, vielmehr kommt eine Unvereinbarkeitserklärung nunmehr grundsätzlich bei allen Gleichheitsverstößen in Betracht:

- ▶ Beruht die Verfassungswidrigkeit ausschließlich auf einem Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, so gilt inzwischen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis: Regelfolge ist die Unvereinbarkeit [...], während Nichtigkeit die Ausnahme darstellt.

BVerfGE 110, 94, 138 (Spekulationssteuer [2004]) ◀

6 Siehe *Constitutional Court of South Africa v. 1.12.2005, CCT10/05* – Lesbian and Gay Equality Project.

7 BVerfGE 115, 81, 93 (Rechtsschutz gegen Verordnungen [2006]).

8 Vgl. schon BVerfGE 8, 28, 37 (Besoldungsrecht [1958]).

9 Vgl. BVerfGE 8, 28, 37 (Besoldungsrecht [1958]).

10 Vgl. BVerfGE 105, 73, 134 (Pensionsbesteuerung [2002]).

11 Vgl. BVerfGE 135, 238, Rn. 30 f. (Stückzahlmaßstab [2014]).

12 Vgl. BVerfGE 85, 191, 211 f. (Nachtarbeitsverbot [1992]).

13 Vgl. BVerfGE 37, 217, 260 (Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen [1974]).

- 16 Darüber hinaus ist die Unvereinbarkeitserklärung heute auch außerhalb der Gleichheitsrechte als Alternative zur Nichtigkeit anerkannt, beispielsweise wenn es ansonsten an einer gesetzlichen Grundlage für die Gewährung von Leistungen zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums völlig fehlen würde und Hilfebedürftige keine Leistungen erhalten könnten.¹⁴

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Wie ist die Idee einer Gleichheitsgarantie einzuordnen?

- 17 Die Gleichheitsgarantie ist ein Grundprinzip der Verfassungstradition und geht von einer „natürlich“ bestehenden Gleichheit aller Menschen aus. Diese Gleichheit muss vom Staat geachtet werden.

▶ Etablierung der „Isonomia“ (Gleichheit vor dem Gesetz) als Grundprinzip der Polis, jedoch nur für Vollbürger

Athen nach den Reformen des Kleisthenes (ca. 500 v. Chr.) ◀

▶ That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; [...].

Art. 1 Virginia Bill of Rights (1776) ◀

▶ Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi.

Art. 3 Französische Verfassung (1793) ◀

▶ Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.

Art. 1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948) ◀

▶ Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz für die BRD (1949) ◀

2. Wie kann Gleichheit verwirklicht werden?

- 18 Die Verwirklichung von Gleichheit ist wesentlich abhängig davon, welche Gerechtigkeitskonzeption zu Grunde gelegt wird. Gleichheit kann sehr verschieden verstanden werden:

Chancengleichheit	■ es ist gerecht, wenn jede:r die gleichen Voraussetzungen und Bedingungen vorfindet
Ergebnisgleichheit	■ es ist gerecht, wenn jede:r am Ende gleich dasteht
absolute Gleichheit	■ es ist gerecht, wenn jede:r gleich behandelt wird

14 Vgl. BVerfGE 125, 175, 255 f. (Hartz IV [2010]).

relative Gleichheit

- es ist gerecht, wenn jede:r nach ihren bzw. seinen Möglichkeiten behandelt wird

Die Verwirklichung von Gleichheit – und damit einhergehend materieller **Gerechtigkeit** – ist indes nicht so einfach, wie es die vorstehende Darstellung vermuten lassen könnte:¹⁵ Gleichheitsrechte dienen zwar dem Ziel der Verwirklichung von Gleichheit und Gerechtigkeit; sie selbst legen allerdings keine Maßstäbe dafür fest, was *gleich* bzw. *gerecht* ist. Diese Ambiguität eröffnet Spielräume, die Menschen in der Regel so nutzen, dass sie wechselnd jeweils jene Maßstäbe wählen, die für sie selbst in der konkreten Situation am günstigsten sind (sog. *self-serving bias*).¹⁶

19

3. Von wem können Ungleichbehandlungen ausgehen?

Grundsätzlich kann eine Ungleichbehandlung von allen drei Staatsgewalten – Legislative, Exekutive und Judikative – ausgehen:¹⁷ Der Gesetzgeber etwa kann Bürger:innen bei der Rechtssetzung ungleich behandeln und ihnen ungleiche Rechte gewähren (Männerwahlrecht). Die Verwaltung kann Gesetze ungleich(mäßig) anwenden, etwa indem sie ihren Ermessensspielraum unterschiedlich nutzt (z.B. *racial profiling* durch die Polizei).¹⁸ Und die Rechtsprechung kann bei der Rechtskontrolle Bürger:innen ungleich behandeln, wenn trotz ähnlicher Sachverhalte unterschiedliche Urteile gefällt werden (wie es etwa in den USA bei Verurteilungen schwarzer männlicher Bürger der Fall ist, die häufig härter bestraft werden als weiße männliche Bürger).¹⁹

20



Racial Profiling in Deutschland

Auch zwischen Privaten kann es zu Ungleichbehandlungen kommen; dies ist im Sinne der Privatautonomie grundsätzlich zu akzeptieren. Allerdings finden sich insbesondere dort Grenzen, wo eine Ungleichbehandlung an die verpönten Kategorien des **Art. 3 Abs. 3 GG** anknüpft (siehe die einfachgesetzliche Normierung im **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz [AGG]**). Ausnahmen vom Grundsatz der Privatautonomie macht das BVerfG zudem in „spezifischen Konstellationen“ (siehe Stadionverbot-Entscheidung **§ 3 Rn. 37 ff.**).

21

15 Dazu *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 4. Aufl. 2019, 231 ff.

16 *Loewenstein/Issacharoff/Camerer/Babcock*, *The Journal of Legal Studies* 22 (1993), 135.

17 Siehe auch *Gröpl*, in: *Gröpl/Windhorst/v. Coelln*, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 3, Rn. 45 ff.

18 Zum sog. „Racial Profiling“ siehe *Boysen*, *Jura* 2020, 1192; *Liebscher*, *NJW* 2016, 2779.

19 Dazu *Ross*, *Im Würgegriff*, F.A.Z.-Artikel vom 18.6.2020; vgl. *Garrett/Slobogin*, *German Law Journal* 21 (2020), 1526.