Die „gewagte Formel“*
Plädoyer für eine statistisch informierte Gleichheitsdogmatik

*Emanuel V. Towfigh***

Die Dogmatik der Gleichheitsrechte ist Ursache für vielfältige Unzufriedenheit, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur immer wieder artikuliert wird.[1] *Dies gilt für Art. 3 GG ebenso wie für die – ähnlich konstruierten – EU-Rechtssätze (Art. 20 und Art. 21 EU-GRCh) oder die (bisweilen begriff-*

* Im Gleichheitsrecht gab es zunächst die „Willkürformel“, die von der „neuen Formel“ und später von der „neuen Formel im neuen Gewand“ bzw. der „neuesten Formel“ abgelöst wurde. „Formel“ passt für den hier vorgeschlagenen, neuen dogmatischen Zugang weiterhin – vielleicht besonders gut, weil es tatsächlich auch um „Formeln“ im alltagssprachlichen Sinn des Begriffs geht. „Neu“ ist, auch mit Blick auf die Okkupation durch die *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* und die *NJW* keine Option. „Kritisch“ weckt Assoziationen zu den „*Critical Legal Studies*“ und zur *KJ*, die hier nicht passen. „Vermittelnd“ ist die Perspektive nicht, allenfalls „einheitlich“. „Gewagt“ erscheint sowohl mit Blick auf den Jubilar als auch angesichts des interdisziplinären Charakters des Vorschlags passend. Außerdem dürfte die Wortwahl erhöhte Aufmerksamkeit auf sich ziehen – ein Kollateralnutzen.

** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Empirische Rechtsforschung und Rechtsökonomik an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Distinguished Scholar in Residence an der Peking University School of Transnational Law sowie Max Planck Fellow und Leiter des Center for Diversity in Law am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Für wertvolle Anregungen zu diesem Beitrag dankt er Katharina Towfigh, Anna Katharina Mangold, Karsten Schneider, Iris Canor, Helena Kaim, Benedikt Surmann, Johannes Felsner und Julia Schönemann; für die Unterstützung bei der Recherche dankt er Jan Rosen.
Von 2007–2016 war er Senior Research Fellow in der Abteilung von Christoph Engel am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern und von 2016–2025 Research Affiliate ebenda. In die Zeit am Institut fallen neben der Erarbeitung der Habilitationsschrift prägende Auslandsaufenthalte; im Rahmen des Habilitationsverfahrens an der Universität Münster erstattete Herr Engel ein Amicus-Gutachten. Der vorliegende Text soll die tiefe Dankbarkeit des Autors gegenüber dem Jubilar ausdrücken – für die vielfältige, großartige Unterstützung und für die Möglichkeit, in einem interdisziplinären Umfeld mit herausragenden Wissenschaftler:innen, einer grandiosen Verwaltung und einer innovativen Bibliothek arbeiten und dabei mit vielen feinen Menschen enge Freundschaften knüpfen zu dürfen.

1 *F. Wollenschläger,* in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.) GG, Art 3 Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich anders geschnittenen, funktional aber ähnlich wirkenden) Gleichheitsgewährleistungen ausländischer Rechtsordnungen.[2] *Eine Möglichkeit, das Problem zu beschreiben, ist, dass der von einem formalen Gleichheitsverständnis ausgehende Allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unterspezifiziert (dazu I.1) ist, da er keine Maßstäbe für die Wahl eines angemessenen, rechtlich relevanten Differenzierungsmerkmals bereithält, während der vom materialen Gleichheitsverständnis geprägte Besondere Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG) überspezifiziert (I.2) ist, da er bestimmte differentia specifica exklusiv normativ fixiert, essenzialisiert und damit eine kategoriale Engführung riskiert. In beiden Fällen drängt sich Kategorienkritik auf. Ausgehend von einer Intuition (II.1) entwickelt der Beitrag einen interdisziplinären Zugriff auf die Gleichheitsrechte und zeigt, wie sich mit Hilfe einer statistisch informierten Heuristik Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG re-interpretieren lassen (II.2), bevor er beispielhaft die Formalisierung dieser Heuristik skizziert (II.3). Er kann als Projektskizze und Auftakt eines umfangreicheren Forschungsprogramms verstanden werden.*

A. Problem

Aus der Gleichheitsgarantie des Art. 3 GG ergibt sich die Verpflichtung aller staatlicher Stellen, gleiche Fälle gleich (und ungleiche ungleich) zu behandeln.[3] Allein: Verlässliche *allgemeine* Maßstäbe, was rechtlich als „gleich" zu gelten hat und wann Ungleichbehandlungen folglich zu rechtfertigen sind, liefern weder der Text des Grundgesetzes noch die zu diesem entwickelte, überkommene Dogmatik.[4] Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichte sind bei der Operationalisierung des Art. 3 GG auf sich gestellt. Die Maßstäbe der *besonderen* Gleichheitsgewährleistungen beziehen sich auf spezifische Individual- oder Gruppen-Merkmale, nach denen grundsätzlich nicht differenziert werden darf, die allerdings Differenzwahrnehmungen befördern und Identitätsfragen aufrufen. Schließlich klaffen zwischen allgemeinen und besonderen Gleichheitssätzen Lücken, es bleiben

2 *N. Petersen*, Equality's Guardians, S. 205 ff.

3 *U. Sacksofsky*, in: Herdegen, et al. (Hrsg.), HdB VerfR, § 19, Rn. 42; *S. Boysen*, in: v.Münch/Kunig (Hrsg.) GG, Art. 3, Rn. 62 ff.

4 *Boysen,* (Fn. 3), Rn. 208; *A. Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.) GG, Art. 3, Rn. 4; die Notwendigkeit eines Maßstabs in Abrede stellen *S. Kempny/P. Reimer*, Die Gleichheitssätze, S. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ungleichbehandlungen, die jedenfalls von der überkommenen Dogmatik nur unbefriedigend verarbeitet werden.

I. Allgemeiner Gleichheitssatz und formales Gleichheitsverständnis

Der Allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, basiert auf einem abstrakt-generellen oder formalen Verständnis von Gleichheit und zielt auf den Schutz vor ungerechtfertigter oder gar willkürlicher Ungleichbehandlung durch den Staat: Menschen in wesentlich gleichen Lebenssituationen dürfen nicht unterschiedlich behandelt werden, sofern hierfür nicht ein sachlich gerechtfertigter Differenzierungsgrund vorliegt.[5] Ein Vergleich im Sinne des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG setzt voraus, dass die herangezogenen Gruppen in rechtlich relevanter Hinsicht „wesentlich gleich“ sind, also unter einen gemeinsamen Oberbegriff, ein *genus proximum,* gefasst werden können.

Bei dieser Gruppenbildung und -betrachtung verbleiben allerdings erhebliche Auslegungsspielräume, die gleichheitsrechtliche Fallkonstellationen häufig zum Gegenstand kontroverser Diskussionen und die Unzulänglichkeiten der geltenden Dogmatik in der Rechtsprechungspraxis sichtbar machen.[6] Ob sich die Öffnungszeiten einer Bahnhofsapotheke nach den Regeln für Bahnhofsgeschäfte oder für Apotheken richten,[7] ob (und wann) Beamt:innen, Angestellte und Arbeiter:innen unterschiedlich behandelt werden dürfen,[8] ob Altersgrenzen für Vertragsärzt:innen verfassungsmäßig sind[9] – all das hängt davon ab, welche *differentia specifica* (also Differenzierungskriterien) gewählt werden, eine Wahl, die regelmäßig das Ergebnis determiniert. Dabei lassen sich – wie auch die Auseinandersetzung des Bundesverfassungsgerichts mit konkurrierenden Vergleichsrahmen zeigt, in der Regel beliebig viele Vergleichsgruppen bilden.[10] Sinnvoll im Sinne einer verfassungsrechtlichen Prüfung ist dabei jede plausible *differentia specifica*, die zur Verfassungswidrigkeit führt.

5 Vgl. ausführlich *A. K. Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 187 ff. m.w.N.
6 *U. Kischel,* in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 3, Rn. 17.
7 Vgl. BVerfGE 13, 225.
8 Vgl. BVerfGE 82, 126.
9 Vgl. BVerfG NJW, 1998, 1776.
10 Vgl. BVerfGE 155, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dennoch bleibt die konkrete Konstruktion und Wahl der maßgeblichen *differentia specifica* eine weitgehend intuitive Entscheidung. Der Allgemeine Gleichheitssatz wird daher auch als Grundrecht ohne fest konturierten „Schutzbereich" bezeichnet, der Schutzbereich entsteht erst in der konkreten Rechtsanwendung etwa durch die Verwaltung oder im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung staatlicher Entscheidungen.[11] Und obwohl die Wahl der *differentia specifica* für das Ergebnis so entscheidend ist, gibt es lediglich einen Plausibilitätsmaßstab: Leuchtet die Einordnung des Sachverhalts in die gebildeten Kategorien ein?

Eine Leerstelle des formalen Gleichheitsverständnisses findet sich ferner im Umgang mit faktischen sozialen, ökonomischen oder historisch bedingten Benachteiligungen, die nicht erfasst werden (können). Diskriminierung ist häufig kein offener, unmittelbarer oder bewusster Vorgang, sondern resultiert aus indirekter oder struktureller Benachteiligung – etwa durch ungleiche Bildungsvoraussetzungen, kulturell codierte Auswahlmechanismen oder systemisch verfestigte Exklusion.[12] Solche strukturellen Ungleichheiten bleiben, sofern sie nicht von einer besonderen Gleichheitsgewährleistung erfasst werden, rechtlich unerheblich und werden dadurch in der juristischen Praxis zumindest perpetuiert. Der formale Gleichheitsbegriff erfasst Kontexte nicht und beschränkt sich deshalb auf eine Gleichbehandlung, die Ungleichheiten oft nicht nur nicht beseitigt, sondern verfestigt und stößt damit gerade im Kontext der Diskriminierungstatbestände an harte Grenzen.[13]

II. Besonderer Gleichheitssatz und materiales Gleichheitsverständnis

Die Besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verfügen einerseits ein Verbot, Benachteiligungen (negative Ungleichbehandlungen) an in der Menschheitsgeschichte und insbesondere im nationalsozialistischen Terrorregime missbrauchte Kriterien zu knüpfen. Umge-

11 *Wollenschläger,* (Fn. 1), Rn. 51.

12 *N. Markard,* Struktureller und institutioneller Rassismus, in: Froese/Thym (Hrsg.) Grundgesetz und Rassismus, S. 161 ff.; *S. Magen*, § 3 Verhaltenswissenschaftliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Rn. 22 f; *I. Spiecker gen. Döhmann,* Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018), S. 9, 31.

13 *Mangold,* (Fn. 5), S. 8; *Sacksofsky* (Fn. 3), Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kehrt lassen sich Privilegierungen (positive Ungleichbehandlungen, *affirmative action*) und differenzierende Maßnahmen wie Quotenregelungen, Förderprogramme oder Nachteilsausgleiche (Art. 3 Abs. 2 S. 2) legitimieren, die das Ziel verfolgen, faktische Gleichstellung zu erreichen.[14] Gleichheit und Ungleichheit werden an bestimmten, rechtlich fixierten Merkmalen festgemacht werden, gleichsam normativ gesetzte *differentia specifica*. Dafür kann gedanklich etwa an die *Vulnerabilität* von Individuen oder Gruppen mit spezifischen Merkmalen (z. B. phänotypische Zuschreibungen, Religion) oder die *Unverfügbarkeit* bestimmter persönlicher Merkmale (z. B. Alter, Geschlecht) angeknüpft werden.[15] Die besonderen Gleichheitssätze ergänzen so das Allgemeine Gleichheitsgebot, indem sie – einem materialen Gleichheitsverständnis folgend – gesellschaftliche Realitäten wahrnehmen, anerkennen und ausdrücklich in die rechtliche Betrachtung einbeziehen. Durch die Berücksichtigung auf struktureller und historischer Benachteiligung fußender unterschiedlicher Ausgangsbedingungen zielen sie darauf ab, tatsächliche Gleichheit zu schaffen.[16]

Allerdings hat auch das materiale Gleichheitsverständnis Schwächen. Zwar kann mit diesem Ansatz nicht (nur) Verhaltensunrecht, sondern auch Ergebnisunrecht verarbeitet werden, es macht eine – auch dem formalen Gleichheitsverständnis inhärente – grundlegende Ambivalenz sichtbar: Um Ungleichheit bekämpfen zu können, muss zunächst Unterschiedlichkeit festgestellt werden – etwa über „Gruppenzugehörigkeiten" wie Geschlecht, „Rasse", Herkunft oder Behinderung. Es müssen gerade die *differentia specifica* herausgestellt werden, an denen die ungleiche Behandlung ansetzt.[17] Wenn ein *Gender Pay Gap* nachgewiesen werden soll, müssen Gehaltszahlungen nach Geschlecht unterschieden werden. Damit läuft insbesondere eine auf ein materiales Gleichheitsverständnis ausgerichtete Dogmatik Gefahr, genau jene Kategorisierungen zu verfestigen,

14 *Boysen,* (Fn. 3), Rn. 134 ff.

15 *Boysen,* (Fn. 3), Rn. 115 ff., 125 ff.; BVerfGE 147, 1, 27; BVerfGE 102, 41, 46; BVerfGE 96, 288, 303.

16 *S. Grundmann*, Von formaler zu materialer Gleichheit, in: Grundmann / Thiessen (Hrsg.), S. 1, 15.

17 *E. V. Towfigh*, § 18 Der Umgang mit Empirie beim Nachweis von Diskriminierung, in: Mangold / Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die eigentlich überwunden werden sollen. Dieses *Dilemma der Differenz* lässt sich mit einem materialen Gleichheitsverständnis nicht auflösen.[18]

Ein Weiteres kommt hinzu: Durch die Betonung des beanstandeten Merkmals kann es zu einer *Essentialisierung* kommen, das heißt der Blick auf eine Person oder Gruppe wird verengt, reduziert auf dieses *eine* Merkmal, das im Vergleich zu den vielen anderen – ebenfalls identitätsprägenden – Merkmalen überbetont wird.[19] Der Begriff der *Essentialisierung* lässt sich dabei an Aristoteles und dessen Essentialismus rückbinden, wonach sich das Wesen (*essentia*) jedes Dings durch die Kombination von *genus proximum* und *differentia specifica* bestimmen lässt.[20] Dasselbe begriffliche Muster liegt auch dem heutigen Gebrauch des Essentialismus-Begriffs, etwa im Antidiskriminierungsrecht, zugrunde: So wird kritisiert, dass bei Differenzierungen zwischen Individuen oder Gruppen (sei es durch diskriminierende Maßnahmen oder bei der Bekämpfung von Diskriminierung) oftmals ein einzelnes Merkmal so hervorgehoben werde, dass der Eindruck entstehen kann, dieses Merkmal beschriebe, prägte oder definierte das „Wesen" einer Person oder Gruppe. Diese Essentialisierung kann schnell hitzig debattierte und intensiv erlebte Identitätsfragen aufrufen, die am Innersten des Menschen rühren, und damit *existenzielle* Bedeutung erlangen. Polarisierung und gesellschaftliche Konflikte sind dann vorprogrammiert.

Eine weitere Gefahr der Essentialisierung liegt im *doppelten Andorra-Effekt*[21]: Menschen passen ihr Verhalten und ihre Persönlichkeit an die Erwartungen und Beurteilungen ihrer Umgebung an, die ihnen – aufgrund ihrer anhand des essentialisierenden Merkmals (z. B. sozial oder ethnisch) konstruierten Gruppenzugehörigkeit – zugeschrieben werden. Hinzu kommt, dass angeblich gruppentypisches Verhalten aufgrund entsprechender Erwartungen häufiger beobachtet wird, weil der Fokus eben auf solchem Verhalten liegt und jede entsprechende Beobachtung stereotype Erwartungen und damit die zugeschriebene Gruppenzugehörigkeit stabilisiert. Das verschärft gesellschaftliche Konflikte, weil die konstru-

18 *E. V. Towfigh*, „Dilemma der Differenz", in: Thym (Hrsg.), Deutschland als Einwanderungsland, S. 231, in: *D. Thym* (Hrsg.), Deutschland als Einwanderungsland„ S. 231, 235; *Towfigh,* (Fn. 17), Rn. 15.

19 *A. Phillips,* What's wrong with essentialism? Distinktion 11 (2010). S. 47, 55.

20 *Aristoteles*, Topiká VI, 6 (145a–145b).

21 benannt nach Max Frischs Drama *Andorra* (1961)*; R. K. Merton,* Die self-fulfilling prophecy, in: Meja/Stehr, Soziologische Theorie und soziale Struktur, S. 399.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ierte Realität zu einer selbsterfüllenden Prophezeiung führt und zum Anspruch, diese stereotypische Identität zu achten.

Mit Blick auf das materiale Gleichheitsverständnis ist daher festzuhalten, dass es *überspezifiziert* ist: Es verengt den Blick auf *ein* vermeintlich identitätsprägendes Merkmal und perpetuiert oder verstärkt so die Wahrnehmung und Bedeutung gerade jenes Merkmals, das Anknüpfungspunkt für Diskriminierung ist, die durch das materiale Gleichheitsverständnis eigentlich überwunden werden sollen.

B. Lösung

Aus zwei intuitiven Beobachtungen lässt sich für eine einheitliche Lösung der geschilderten Schwierigkeiten bei der Bewertung von Gleichheitsfragen durch Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichte eine Heuristik ableiten, die sich wiederum in einem nächsten Schritt mit Blick auf spezielle Anwendungen präzisieren und formalisieren lässt.

I. Intuition

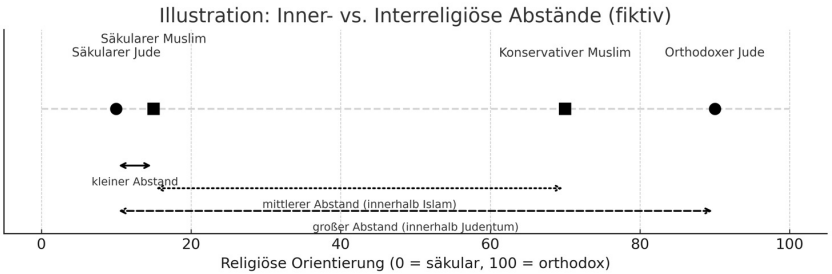
Den intuitiven Weg zu der hier vorgeschlagenen Problemlösung weisen zwei Beobachtungen.

1. Gruppenvarianzen

Die erste Beobachtung betrifft typische Gruppenkonstruktionen. Menschen lassen sich beispielsweise nach ihrer Religion in Gruppen einteilen – Zoroastrier, Juden, Christen, Muslime, Bahai usw.. Wenn man innerhalb der Bekenntnisse nach orthodoxer, konservativer, liberaler und säkularer Anhängerschaft differenziert, bekommt man den Eindruck, dass sich allerdings Glaube, Werte und Praxis der Gläubigen *innerhalb* einer Gemeinschaft stärker unterscheiden als *zwischen* Gemeinschaften: Ein „säkularer“ Jude dürfte einer „säkularen“ Muslima in vielerlei Hinsicht – etwa bei der Bewertung moralischer Fragen – „ähnlicher“ sein als ein „säkularer“ einem in einem weit verstandenen Sinn „konservativen“ Muslim oder als eine „säkulare“ Jüdin einer „orthodoxen“ Jüdin. In einer Religionsgemeinschaft treffen, durch ein gemeinsames Bekenntnis lose verbunden, Menschen unterschiedlichster Lebensanschauungen, Lebens-

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirklichkeiten und Lebenserfahrungen aufeinander.[22] Das kann als Form der Intersektionalität übrigens *vice versa* auch für Kategorisierungen wie „säkular" und „orthodox" gelten.



Ebenso haben die Lebenswirklichkeiten eines griechischen Kleinbauern und eines kleinen deutschen Landwirts möglicherweise mehr gemein als die eines Bauers aus Thessalien und eines Bankers aus Athen, auch wenn die Letztgenannten beide „Griechen" sind.

Und mit Blick auf das menschliche Genom zeigen populationsgenetische Befunde seit den 1970er Jahren, dass die genetische Varianz innerhalb einer „Ethnie" (oder einer lokal definierten Gruppe) deutlich größer ist als jene zwischen grob konstruierten „Rassen".[23] Eine Klassifizierung nach „Rasse" habe „virtually no genetic or taxonomic significance": „Our perception of large differences between races and subgroups, compared to variation within these groups, is a biased perception."[24]

Kurzum: Die Beispiele zeigen – untechnisch formuliert – dass bei der Bildung und dem Vergleich von Gruppen anhand eines Differenzie-

22 *E. V. Towfigh/R. P. Herberg*, Kann im Lebensrecht Religion rechtlich wirksam werden?, ZfL 2017, S. 2, 3; s. auch *C. Engel et al.*, Religion and Tradition in Conflict, Preprint of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2021/13.

23 *R. C. Lewontin*, The Apportionment of Human Diversity, in: Dobzhansky/Hecht/Steere (Hrsg.), Evolutionary Biology: Vol. 6, S. 381, 397; *D. J. Witherspoon, et al.*, Genetic Similarities Within and Between Human Populations, Genetics 2007, S. 351; *U. Kattmann*, Reflections on „race" in science and society in Germany, J. Anthropol. Sci. 95 (2017), S. 1; *M. Silcocks et al.,* Indigenous Australian genomes show deep structure and rich novel variations, Nature vol. 624, 7992 (2023), S. 593; s. auch *A. W. F. Edwards*, Human genetic diversity: Lewontin's fallacy, BioEssays 2003, S. 798.

24 *Lewontin,* (Fn. 23), S. 397.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungskriteriums (*differentia specifica*) der Verteilung nicht nur *zwischen*, sondern auch *innerhalb* von Gruppen Beachtung geschenkt werden muss, und dass sich nur solche Kategorisierungen als tragfähig erweisen, bei denen die Heterogenität innerhalb einer Kategorie geringer ist als jene zwischen Kategorien.

2. Methodische Lücke

Diese erste Beobachtung und die geschilderten Beispiele führen zur zweiten Beobachtung, die das methodische Werkzeug – die Rechtsdogmatik – betrifft, mit der staatliche Stellen Gleichheitsprobleme lösen sollen: Rechtsdogmatik, und in ihrem Kern Hermeneutik und juristischer Syllogismus, stellen kein geeignetes Instrumentarium für die notwendigen Vergleiche bereit. Hermeneutik hilft bei der Sinnerfassung eines Textes und erlaubt es, aus dem Normtext des Art. 3 GG den *normativen* Maßstab für Gleichheit abzuleiten; und der Syllogismus leitet die Rechtsanwender:innen bei der Subsumtion des *tatsächlichen* Sachverhalts unter den normativen Maßstab an. Für den Zwischenschritt zwischen Normermittlung und Subsumtion aber – nämlich bei der Aufgabe, den tatsächlichen Sachverhalt (die Lebenswirklichkeit) zu erfassen bzw. präziser: die *differentia specifica* methodenstreng und rational zu wählen – bietet die Rechtsdogmatik für eine intersubjektiv überprüfbare Auswahl bislang keine konsistenten, methodisch expliziten Kriterien; sie ist insofern, wie regelmäßig bei der an der Schnittstelle zwischen Norm und Wirklichkeit operierenden Rechtsanwendung,[25] auf extrajuridische Methoden und interdisziplinäre Wissensbestände angewiesen, die sie dann innerhalb der Eigenrationalität des Rechts verarbeiten muss. [26]

Für die Bildung von Begriffen bieten reine Mathematik (Mengen, Relationen, Äquivalenzklassen – *theoretisch*) und Philosophie (insbesondere

25 Etwa die Frage der „Eignung" im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, *N. Petersen/E. V. Towfigh*, § 1 Ökonomik in der Rechtswissenschaft, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, Rn. 24; *J. Krüper,* Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht? VVDStRL 79 (2020), S. 43, 73; *A. Morell,* Der Beibringungsgrundsatz, S. 65 ff.

26 *N. Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 2010, S. 435; *C. Engel*, Empirical Methods, JITE 174 (2018), S. 5; *E. V. Towfigh*, Dogmatik und Empirie, Relevanz und Resonanz: Ein Beitrag in drei Thesen, in: Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik, S. 383, 386; *ders.*, Empirical arguments in public law doctrine, I-CON 12 (2014), S. 670; *G. Shaffer/T. Ginsburg*, The Empirical Turn in International Legal Scholarship, AJIL 106 (2012) S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, aber auch politische Philosophie – *normativ*) gerade mit Blick auf den *genus proximum* geeignete Ansätze.[27] Bei der Beurteilung der Eignung der *differentia specifica* helfen sie jedoch nicht weiter, sie befassen sich nicht mit der Frage, welche Gruppen in der sozialen oder rechtlichen *Wirklichkeit* sinnvoll unterschieden werden *können*; ihnen fehlt insofern die Verknüpfung mit der konkreten Anwendung. Diesen Wirklichkeitsbezug bietet die der angewandten Mathematik entwachsene sozialwissenschaftliche Statistik. Sie kann helfen, Intuition durch Empirie zu leiten und zu stützen.

II. Heuristik

Diese intuitiven Überlegungen lassen sich zu einer einfachen, dogmatisch fruchtbaren Heuristik verdichten, die an der Schnittstelle von theoretischer Beliebigkeit und praktischer Festlegung ansetzt und das bisher implizite Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts explizieren und methodisch absichern kann: Bei der Wahl der *differentia specifica* muss sichergestellt sein, dass diese eine empirisch valide Bezugsgröße darstellen die den Ansprüchen an eine methodengerechte statistische Behandlung genügen können.[28] Diesen Anforderungen hält aber nach der vorgestellten Intuition nur eine solche Gruppenbildung stand, bei der die für die rechtliche Beurteilung relevante Varianz zwischen den durch das Differenzierungsmerkmal gebildeten Gruppen (*between-group variance*) größer ist als die Varianz innerhalb einer Gruppe (*within-group variance*).[29] Die Einführung dieses Maßstabs rationalisiert dann ihre Wahl und macht sie interpersonal vermittel- sowie überprüfbar, ohne die Entscheidungskompetenz der Gerichte in Frage zu stellen.

Der hinter dieser „dogmatischen Heuristik" stehende Gedanke lässt sich auch für die Interpretation von Art. 3 Abs. 3 GG nutzbar machen. Greift man bei einer Gruppe von Menschen eine „Identitätsvariable", also ein zur Selbst- oder Fremdzuschreibung verwendetes Merkmal (z. B. Ge-

27 Anders als der Jubilar ist der Autor leider kein Universalgelehrter, so dass er im Folgenden in Ermangelung des erforderlichen Verständnisses nicht mit Einsichten aus diesen Disziplinen aufwarten kann.

28 *A. Glöckner/E. V. Towfigh*, Messgenauigkeit und Fairness in Staatsprüfungen, AnwBl 2016, S. 706.

29 *K. Deater-Deckard, et al.*, Within- and between-person and group variance in behavior and beliefs in cross-cultural longitudinal data, JOA 2018, S. 207.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schlecht, Religion), das als *differentia specifica* dienen könnte, heraus, dann ist die Varianz bei Berücksichtigung weiterer Merkmale der Angehörigen dieser Gruppe größer als die Varianz zwischen den gebildeten Gruppen. Es ist kein Zufall, dass die oben gebildeten Beispiele auf die Merkmale Religion, Staatsangehörigkeit/Heimat und „Rasse" rekurrieren: All diese Merkmale kreieren Gruppen, deren rechtlich relevante *within-group variance* regelmäßig größer sein wird als die *between-group variance*. Vor diesem Hintergrund lassen sich die Kategorien des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als *Regelbeispiele* für eine verbotene Gruppenbildung im Rahmen einer umfassenden Gleichheitsgewährleistung des Art. 3 GG interpretieren. Das ermöglicht zum einen eine Erweiterung um nicht genannte Kategorien (z. B. sexuelle Orientierung/Identität, sozialer Status, Vermögen, körperliches Erscheinungsbild), so dass die oben identifizierten Schwächen von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 dogmatisch behoben werden können: Das Dilemma der Differenz lässt sich auflösen und das Problem der Essentialisierung entschärfen. In einem sehr spezifischen Sinne ließe sich diese Interpretation auch als „postkategorial" einordnen:[30] zwar nicht in dem Sinne, dass die Kategorien aufgelöst oder abgeschafft werden, aber eben doch in dem Sinne, dass die Kategorien anders – anhand eines wissenschaftlichen Maßstabs – gebildet werden müssen. In spezifischen normativen Kontexten werden identitär gedachte Kategorien dabei nach wie vor eine sinnvolle Rolle spielen, jedoch nur dort, wo sie sich auch empirisch verifizieren lassen.

Zum anderen muss bei einem solchen Gleichheitsverständnis für die Feststellung eines Gleichheitsverstoßes nicht mehr zwingend ausdrücklich eine Benachteiligung aufgrund einer der genannten Kategorien gerügt werden, es genügt vielmehr die Feststellung, dass ein hoheitlicher Akt den Gleichheitssatz verletzt, weil er die rechtlich relevante Varianz zwischen den gebildeten Gruppen und innerhalb einer Gruppe nicht berücksichtigt hat.

Dogmatisch lässt sich diese Überlegung als Erfordernis einer heuristischen statistischen Plausibilisierung formulieren: Bei Rechtsetzung und Rechtsanwendung (durch die Verwaltung oder bei deren Überprüfung durch die Gerichte) ist zu begründen, dass die *differentia specifica* diesen Anforderungen *allem Anschein nach* genügt; der Anschein kann erschüt-

30 Vgl. *Susanne Baer*, § 5 Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Anti-Diskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tert werden, indem formal (also in einem strengeren Sinne statistisch) gezeigt wird, dass dies nicht der Fall ist. Auch wenn es sich bei der Anwendung der Heuristik lediglich um ein niedrigschwelliges und immer noch recht grobes Instrument handelt, erlaubt es eine interdisziplinäre „Verwissenschaftlichung" und Rationalisierung der Vergleichsgruppenbildung. Gleichzeitig etabliert sie keine unüberwindbaren Hürden für Menschen, die eine Verletzung von Art. 3 GG geltend machen wollen, da insbesondere im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess der Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Dieser stellt sicher, dass sie nicht ungebührlich belastet werden, sondern dass Verwaltung und Gerichte von Amts wegen zur Aufklärung der entscheidungserheblichen Umstände verpflichtet sind. Die Heuristik dient damit als widerlegbarer Anscheinsmaßstab, ohne den Zugang zum Rechtsschutz zu erschweren, insbesondere wenn empirische Modelle fehlen oder Daten schwer zugänglich sind; umgekehrt bürdet sie gerade im Rahmen der Amtsermittlung staatlichen Stellen auf, die Daten beschaffen und auswerten zu lassen, die verfügbar sind.

Die dogmatische Funktion dieser Heuristik besteht also nicht darin, eine normative Entscheidung durch Empirie zu ersetzen. Vielmehr liefert sie einen rationalen Prüfungsmaßstab, der es Gerichten erlaubt, die Plausibilität der gewählten *differentia specifica* im Lichte der verfassungsrechtlich geforderten Gleichbehandlung transparent und intersubjektiv nachzuvollziehen. Statistik dient als methodisches Korrektiv: Sie weist auf Kategorien hin, die empirisch zu heterogen sind, um eine rechtlich belastbare Differenzierung zu tragen, und erleichtert die argumentative Rechtfertigung dort, wo stabile Unterschiede bestehen.

III. Formalisierung

Doch wie kann zuverlässig ermittelt werden, ob wir es mit vergleichbaren Gruppen zu tun haben? Die bislang skizzierte Varianzheuristik beruht auf der Intuition, dass *differentia specifica* nur dann tragfähig sind, wenn die für die rechtliche Beurteilung relevante Varianz zwischen den anhand des fraglichen Kriteriums gebildeten Gruppen größer ist als die Varianz innerhalb der Gruppen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Altersgrenze für Vertragsärzte[31] soll im Folgenden als Beispiel dienen und die Formalisierung veranschaulichen:

31 BVerfG NJW, 1998, 1776.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In dem Fall bildet die Gruppe der Vertragsärzt:innen den *genus proximum*, und sie werden durch die *differentia specifica* „Alter *über* bzw. *unter* 68 Jahren" kategorial unterschieden. Die rechtlich relevante Zielgröße, die den sachlichen Rechtfertigungsmaßstab für die Unterscheidung darstellt, liegt in der ärztlichen Leistungsfähigkeit: Nur in Bezug auf diese Größe lässt sich entscheiden, ob Ärzt:innen über 68 Jahren und ihre jüngeren Kolleg:innen „wesentlich gleich" sind. Zeigt das Merkmal „Alter" mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Unterschiede in der Leistungsfähigkeit an, kann es als rechtlich tragfähiges Differenzierungsmerkmal gelten. Dazu ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob es im Durchschnitt tatsächlich Unterschiede in der Leistungsfähigkeit verschiedener Alterskohorten gibt.[32] Statistisch ließe sich dies etwa durch Mittelwertvergleiche (etwa hinsichtlich auftretender Komplikationen) ermitteln. Hier lassen sich schon innerhalb der Kategorie „Alter" zahlreiche Differenzierungskriterien bilden und prüfen (also beispielsweise neben 68 Jahren auch 50, 67, 69 oder 75). Bei homogenen Gruppen eignet sich hierzu ein simpler *t*-Test, der jedoch bei ausgeprägter *Heteroskedastizität* (Varianzungleichheit) an Aussagekraft verliert.[33]

Im nächsten Schritt ist die Verteilung der Gesamtvarianz der ärztlichen Leistungsfähigkeit zu analysieren. Die Zerlegung in *within-group*-Varianz und *between-group*-Varianz zeigt, ob die Gruppenzugehörigkeit substanzielle Unterschiede erklärt.[34] Wieviel der Unterschiede in der Leistungsfähigkeit wird durch die Gruppenzugehörigkeit (unter 68/über 68) erklärt und welcher Anteil entfällt auf Unterschiede innerhalb der Gruppen? Ist die Heteroskedastizität groß, also die Varianz innerhalb der Altersgruppen deutlich größer als die Varianz zwischen ihnen, sind also nicht alle über 68-jährige gleich leistungsfähig, spricht dies empirisch gegen die Tragfähigkeit des Kriteriums „Alter über 68" als *differentia specifica.*[35]

---

32 vgl. BVerfG Urteil v. 23. September 2025, Az.: 1 BvR 1796/23, Rn. 129, zur Altersgrenze bei Anwaltsnotaren.

33 Dann sind robustere Tests wie der *Welch*-Test oder der *Levene*-Test vorzuziehen; *T. Schäfer*, Methodenlehre und Statistik, S. 205 ff.; *Student*, The Probable Error of a Mean 1908, S. 1; *B.L. Welch,* The generalization of Student's problem when several different population variances are involved, Biometrika 34 (1947), S. 28. *H. Levene,* Robust tests for equality of variances, in: *I. Olkin* (Hrsg.), Contributions to Probability and Statistics, S. 278 ff.

34 *Deater-Deckard et al.,* (Fn. 29), S. 207.

35 z. B. Quantifizierung mittels Intraklassen-Korrelationskoeffizient (ICC), *P. E. Shrout/J. L. Fleiss*, Intraclass Correlations: Uses in Assessing Rater Reliability, Psycho-

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Eine hohe Binnenvarianz weist zudem darauf hin, dass die gewählte *differentia specifica* „Alter" möglicherweise ungeeignet ist. Es sollte geprüft werden, ob alternative Gruppenbildungen methodisch und rechtlich überzeugender wären. Statt der pauschalen Altersgrenze könnten mit Hilfe datengetriebener Verfahren wir *Clusteranalysen* oder *Entscheidungsbäumen* homogenere Gruppen identifiziert werden oder mit Hilfe multivariater Ansätze wie *Diskriminanzanalse* oder logistischer Regression andere Variablen wie z. B. Gesundheitszustand oder Fortbildungsaktivitäten auf ihre Eignung als *differentia specifica* getestet werden. Damit wird empirisch und methodisch abgesichert nachvollzogen, was das Bundesverfassungsgericht ohnehin praktiziert: die Prüfung mehrerer möglicher Differenzierungskriterien.

Je mehr Gruppenmerkmale, Subgruppen oder Vergleichsdimensionen in die Analyse eingehen, je mehr Freiheitsgrade ein Modell hat, desto höher ist allerdings auch das Risiko statistischer Verzerrung durch unbeobachtete Störfaktoren (*confounds*).[36] Die empirischen Werkzeuge müssen daher mit Blick auf Modellgüte, Kontrollvariablen und mögliche Verzerrungsquellen kritisch geprüft werden, bevor sie zur Begründung (oder Infragestellung) rechtlicher Differenzierungen herangezogen werden.[37]

Abgeschlossen wird das Prüfprogramm mit der Einbettung der empirischen Ergebnisse in den verfassungsrechtlichen Rahmen. Dabei ersetzt die Statistik die normative Wertentscheidung nicht, die allein dem Recht zu entnehmen ist, sondern wirkt als zusätzlicher Rationalitätsfilter. Sie macht die Wahl der *differentia specifica* transparent und intersubjektiv überprüfbar und verhindert so – empirische Belastbarkeit vorausgesetzt – willkürlich erscheinende oder empirisch nicht tragfähige Differenzierungen.

C. Ausblick

Die hier entwickelte Varianzheuristik versteht sich als maßvolle Weiterentwicklung der bestehenden Gleichheitsdogmatik. Sie knüpft an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Gleichheitsrech-

logical Bulletin 1979, S. 420; *R. R. McCrae/A. Terracciano*, Personality Profiles of Cultures: Aggregate Personality Traits, J. Pers. Soc. Psychol. 2005, S. 407.

36 *N. Keiding/D. Clayton*, Standardization and Control for Confounding in Observational Studies: A Historical Perspective, Stat. Sci. 2014, S. 529.

37 auch, um sich nicht dem Vorwurf des *p-Value-hunting* auszusetzen.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten an und offeriert methodische Leitlinien für die Anwendung der Gleichheitsrechte, indem sie ein empirisch fundiertes Programm bereitstellt, das die gleichheitsrechtliche Prüfung rationalisiert und transparent macht. Damit trägt sie dazu bei, dem unterspezifizierten Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG überprüfbare Kriterien zuzuordnen und zugleich die Besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG besser zu verstehen, indem die dort normierten Differenzierungsverbote nicht als metaphysische Festschreibungen einer essentialistischen *differentia,* sondern als paradigmatische Hinweise auf empirisch wie normativ ungeeignete Kategorien verstanden werden können.

Damit trägt die Heuristik auch dazu bei, das Dilemma der Differenz neu zu rahmen und ent-essentialisiert gleichheitsrechtliche Diskurse. Sie bietet ein empirisches Instrument, Gruppenbildungen, die tatsächlich auf stereotypische Zuschreibungen oder kontingente historische Konstellationen zurückgehen als empirisch wenig trennscharf zu entlarven und ihre normative Fragwürdigkeit zu unterstreichen. Das ist freilich nicht in jedem Kontext wünschenswert; der hier präsentierte Ansatz trägt natürlich auch dazu bei, dass gewisse Kriterien oder Merkmale weniger sichtbar oder gar unsichtbar werden. Wenn Identitätsfragen verhandelt werden *sollen*, lassen diese sich namentlich mit den in Art. 3 Abs. 3 GG inkriminierten Differenzierungskriterien besonders leuchtend sichtbar machen und diskutieren. Wenn Diskurse und Rechtsgespräche um die Identitäts-Dimension erleichtert werden und versachlicht werden sollen, dann mag auch im Bereich von Art. 3 Abs. 3 GG und des Antidiskriminierungsrechts der statistische Zugriff hilfreich sein.

Insgesamt eröffnet der Rückgriff auf statistische Methoden eine Form der postkategorialen Rationalisierung des Gleichheitssatzes. Kategorien werden nicht abgeschafft, sondern unter den Vorbehalt gestellt, dass sie empirisch plausibel und rechtlich relevant sind. Dadurch lassen sich willkürliche oder historisch belastete Gruppenzuschreibungen vermeiden, ohne den verfassungsrechtlichen Kerngehalt des Diskriminierungsverbots preiszugeben. Art. 3 GG erweist sich in dieser Lesart als ein empiriesensitives Differenzierungsverbot, das normative Vorgaben nicht aus der Statistik ableitet, wohl aber ihre Plausibilität durch empirische Maßstäbe absichert und so zu einer rationalisierten und zugleich gesellschaftlich sensibleren Gleichheitsdogmatik beiträgt.

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748947257-355 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY