

## Anfängerklausur Grundrechte: „Lasst mich mitsingen!“

Dr. Joshua Moir, Berlin\*

*Die Klausur befasst sich unter Berücksichtigung aktueller verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung mit dem Recht auf geschlechterbezogene Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG und dessen Abwägung mit der Kunstfreiheit im Einzelfall. Eingekleidet ist der Fall in die Verfassungsbeschwerde einer Minderjährigen.*

### Sachverhalt

Die 9-jährige K ist leidenschaftliche Musikerin. Seit ihrem 6. Lebensjahr singt sie in einem anspruchsvollen Kinderchor in Mainz und spielt Cello. Als die Familie nach Trier umzieht, möchte K in den Fürstlichen Chor zu Trier aufgenommen werden. Der Chor wird in Form einer Anstalt, also als juristische Person des öffentlichen Rechts des Landes Rheinland-Pfalz, betrieben und ist eine der ältesten und renommiertesten musikalischen Einrichtungen Europas. Seit der Gründung im 17. Jahrhundert wird der Chor als Knabenchor mit etwa 100 Jungen geführt. Im Jahre 2015 hat man den Chor grundsätzlich für Mädchen geöffnet, wobei bislang kein Mädchen die Aufnahmeprüfung geschafft hat.

K wird zunächst zu einem Vorsingen (Einzelsingen) unter der Leitung des Chorleiters (L) eingeladen. Zwei Wochen nach diesem Vorsingen erhält K einen Bescheid, mit dem ihr die Aufnahme gem. § 4 Abs. 2 des Gesetzes für den Fürstlichen Chor zu Trier (FCG) verweigert wird. In dem Bescheid heißt es, K verfüge nach Ansicht des L nicht über einen ausreichenden Luftdruck beim Singen. Aufgrund kleinerer Lungenflügel könne K nicht mit den Stimmen der Knaben mithalten. Der Chor zeichne sich gerade durch den unverwechselbaren „engelsgleichen“ Klang von Knabenstimmen aus, der mit K nicht erreicht werden könne. Ein konkurrierender Chor aus Leipzig wurde – was stimmt – gerade mit Blick auf diesen „spezifischen Klang eines Knabenchors“ in das UNESCO-Verzeichnis des immateriellen Weltkulturerbes aufgenommen. Daher wären Mädchen im Knabenchor der absolute Ausnahmefall.

Der Chorleiter verweist K außerdem darauf, dass Rheinland-Pfalz vor 20 Jahren eine Landeskantorei für Mädchen als Pendant zum Fürstlichen Chor zu Trier gegründet hat. K möchte aber in den Knabenchor, der vom renommierten Chorleiter L und Stimmbildern hauptamtlich ausgebildet wird, alle großen Chorwerke im Repertoire hat und jedes Jahr auf mehrwöchige internationale Konzertreisen geht, während die Mädchenkantorei jährlich nur zwei große Chorwerke im Inland aufführt und derzeit im Nebenamt vom Domorganisten des Trierer Doms geleitet wird. K fühlt sich ungerecht behandelt. Dies finden auch ihre Eltern, die ein Gutachten in Auftrag geben. Dieses Gutachten kommt auf der Grundlage einer Straßenumfrage bei Passanten zu dem Ergebnis, dass die meisten Passanten singende Jungen bis zum Stimmbruch stimmlich nicht von singenden Mädchen unterscheiden können. K wendet sich, vertreten durch ihre Eltern, vor den zuständigen Verwaltungsgerichten bis in letzter Instanz gegen den ablehnenden Bescheid des Chores und rügt, dieser verstoße gegen die

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB). Für hilfreiche Anmerkungen dankt er Prof. Dr. Antje von Ungern-Sternberg. Die Klausur wurde im Sommersemester 2020 als zweistündige Abschlussklausur zur Vorlesung Grundrechte an der Universität Trier gestellt.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

verfassungsrechtlich verbürgte Gleichheit. Die Verwaltungsgerichte bestätigen jedoch den ablehnenden Bescheid des Chores. Sie stützen sich hierbei auf anerkannte musikwissenschaftliche Studien. Demnach unterscheiden sich die Stimmen von Mädchen und Jungen vor dem Stimmbruch nachgewiesen nach der Größe des Lungenvolumens und der Länge des Stimmlippenapparates, wobei diese Unterschiede für Kenner auch am Klang zu erkennen sind und wonach es in äußerst seltenen Ausnahmefällen (1 Mädchen von 1.000) auch Mädchen gebe, die diesen Klang erzeugen würden. Deshalb, so die Gerichte, stehe dem Chor – der hier mit anerkannten Grundrechtsträgern wie Kunsthochschulen oder Rundfunkanstalten vergleichbar sei – die künstlerische Freiheit zu, anhand des Klangbildes eines Knabenchores auszuwählen. Jedenfalls dürfe auch der Staat seine staatliche Kulturpflege nach anerkannten künstlerischen Kriterien ausrichten.

Nach Zustellung der letztinstanzlichen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts am 12.5.2020 sind die Eltern der K dafür, die Sache auf sich beruhen zu lassen. K hingegen will dann allein weiterkämpfen. Sie wendet sich deshalb selbst und ohne Vertretung durch ihre Eltern (aber mit Unterstützung eines befreundeten Anwalts) am 10.6.2020 mit einer Verfassungsbeschwerde, gerichtet gegen den Ablehnungsbescheid und die Gerichtsentscheidungen, an das Bundesverfassungsgericht.

### Fallfrage

Hat der Antrag der K Aussicht auf Erfolg? Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes für den Fürstlichen Chor zu Trier (FCG) ist auszugehen. Freiheitsrechte der K oder Bestimmungen des Europarechts sind nicht zu prüfen.

Auf nachfolgende Norm wird hingewiesen:

Auszug aus dem Gesetz für den Fürstlichen Chor zu Trier (FCG):

§ 4 Aufnahme in den Chor

(1) Der Fürstliche Chor zu Trier ist ein nunmehr für alle Kinder geöffneter traditioneller Knabenchor und eine musikalische Ausbildungsstätte für alle Trierer Kinder unabhängig von ihrer sozialen und kulturellen Herkunft. Die Aufnahme kann mit Erreichen des 6. Lebensjahres begehrt werden.

(2) Auf das schriftliche Aufnahmebegehren folgt ein Vorsingen. Der Chorleiter entscheidet auf der Grundlage der musikalischen Vorbildung des Kindes und auf der Grundlage des Vorsingens nach freiem künstlerischen Ermessen über die Aufnahme in den Chor.

### Lösungsvorschlag

<b>A. Zulässigkeit</b> .....	<b>572</b>
<b>I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts</b> .....	<b>572</b>
<b>II. Beschwerdefähigkeit</b> .....	<b>572</b>
<b>III. Prozessfähigkeit</b> .....	<b>572</b>
1. Maßstab: Zivilprozessrecht? .....	572
2. Maßstab: „Einsichtsfähigkeit“? .....	572
<b>IV. Beschwerdegegenstand</b> .....	<b>573</b>
<b>V. Beschwerdebefugnis</b> .....	<b>573</b>

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, betroffene Grundrechte .....	573
2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert .....	574
<b>VI. Rechtswegerschöpfung.....</b>	<b>574</b>
<b>VII. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.....</b>	<b>574</b>
<b>VIII. Form und Frist .....</b>	<b>574</b>
<b>IX. Ergebnis.....</b>	<b>574</b>
<b>B. Begründetheit.....</b>	<b>575</b>
<b>I. Prüfungsmaßstab in der Urteilsverfassungsbeschwerde .....</b>	<b>575</b>
<b>II. Verletzung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG .....</b>	<b>575</b>
1. Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts.....	575
a) Gemeinsamer Oberbegriff.....	576
b) Benachteiligung wegen des Geschlechts .....	576
aa) Benachteiligung .....	576
bb) Aufgrund des Geschlechts .....	576
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	577
a) Beschränkbarkeit des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG .....	577
b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage der Ungleichbehandlung .....	577
aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit des FCG.....	577
bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit des FCG .....	577
c) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts.....	577
aa) Legitimes Ziel .....	578
(1) Kunstfreiheit .....	578
(2) Staatliche Kulturpflege .....	578
bb) Geeignetheit.....	579
cc) Erforderlichkeit .....	579
dd) Angemessenheit.....	579
(1) Abstrakte Gewichtung der konfligierenden Güter.....	579
(2) Konkrete Beeinträchtigung der Güter .....	579
(3) Abwägung .....	580
3. Zwischenergebnis zu Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG.....	580
<b>III. Art. 3 Abs. 1 GG.....</b>	<b>580</b>
<b>IV. Zwischenergebnis zur Begründetheit .....</b>	<b>581</b>
<b>C. Gesamtergebnis.....</b>	<b>581</b>

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

Die Verfassungsbeschwerde der K hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

## A. Zulässigkeit

### I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht ist für Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG zuständig.

### II. Beschwerdefähigkeit

Beschwerdefähig ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG „jedermann“ und damit jeder, der Träger von Grundrechten ist. Träger von Grundrechten sind zunächst natürliche Personen, darüber hinaus auch juristische Person nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG. K ist als natürliche Person Grundrechtsträgerin und damit beschwerdefähig.

### III. Prozessfähigkeit

K müsste auch prozessfähig, also in der Lage dazu sein, eine mögliche Grundrechtsverletzung gegenüber dem Bundesverfassungsgericht selbst geltend zu machen oder einen Prozessbevollmächtigten damit zu beauftragen.

Im Fall von minderjährigen Beteiligten kann zumeist auf eine Vertretung vor Gericht durch die Eltern abgestellt werden (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB). Hier haben die Eltern der K erklärt, dass sie das Begehren der K vor dem Bundesverfassungsgericht nicht (weiter) unterstützen wollen. Es muss deshalb darauf ankommen, ob K selbst vor dem Bundesverfassungsgericht prozessfähig ist. Weder das GG noch das BVerfGG enthalten Regelungen zu einer Prozessfähigkeit in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht. Daher werden zwei unterschiedliche Lösungen diskutiert:

#### 1. Maßstab: Zivilprozessrecht?

Die Prozessordnungen der Fachgerichtsbarkeiten sehen ein Mindestalter für die Prozessfähigkeit vor. Die dort normierte Prozessfähigkeit knüpft altersmäßig an die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit, also an das Alter von 18 Jahren an (§ 51 Abs. 1 ZPO und § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO i.V.m. §§ 104, 106 BGB). Als 10-jährige wäre K unter Anwendung der genannten Vorschriften nicht in der Lage, selbständig Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Sie wäre als nicht prozessfähig anzusehen. Nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist wegen der besonderen Eigenart der verschiedenen verfassungsgerichtlichen Verfahren eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften der vorbezeichneten Prozessordnungen (VwGO, ZPO) allerdings nicht möglich.<sup>1</sup>

#### 2. Maßstab: „Einsichtsfähigkeit“?

Das Bundesverfassungsgericht ist der Ansicht, die Fähigkeit zur Erhebung einer Verfassungsbeschwerde sei von der Ausgestaltung der einzelnen Grundrechte im Ausgangsverfahren abhängig.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BVerfGE 51, 405 (407).

<sup>2</sup> Vgl. nur *Detterbeck*, in: *Sachs, GG, Kommentar*, 9. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 84.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

Das Gericht hat bisher kein einheitliches Vorgehen entwickelt.<sup>3</sup> Vertreten wird deshalb, bei Minderjährigen zu prüfen, ob hinsichtlich der geltend gemachten Grundrechte im Einzelnen eine „Einsichtsfähigkeit“ besteht, also ob die minderjährige Person sich der Tragweite des Schutzes und der Folge der Grundrechtsausübung in Form einer „geistigen Reife“ bewusst ist.<sup>4</sup> Diese Position ist nicht unangreifbar. Es stellt sich die Frage, wer und nach welchen Kriterien die geistige Reife im Einzelnen feststellen kann.<sup>5</sup> Zudem droht das Kriterium der Einsichtsfähigkeit durch seine Unbestimmtheit missbraucht zu werden. Letztlich erscheint eine solche Einzelfallprüfung jedoch vor dem Hintergrund der ansonsten nur verbleibenden Möglichkeit einer Typisierungsklausel, also einer Regelung, die, wie § 51 Abs. 1 ZPO, generell alle Minderjährigen bis zu einem gewissen Alter von der Prozessführung vor dem Bundesverfassungsgericht ausschließen würde, vorzugswürdig.

K fühlt sich hier „ungerecht behandelt“ und sucht deshalb Rechtsschutz beim Bundesverfassungsgericht. Der Vortrag der K im fachgerichtlichen Verfahren deutet darauf hin, dass Sie sich neben dem „Gefühl“ der Ungleichbehandlung auch darüber im Klaren ist, dass eine Ungleichbehandlung grundsätzlich durch das GG ausgeschlossen wird. Diese Überzeugung und das Wissen vom Grundrechtsinhalt müssen für die Annahme einer Einsichtsfähigkeit ausreichen. K ist deshalb prozessfähig.

#### IV. Beschwerdegegenstand

Es bedarf eines zulässigen Beschwerdegegenstands. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde kann mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Akt der öffentlichen Gewalt ist jeder Akt deutscher Hoheitsgewalt der Exekutive, der Judikative und der Legislative. Es besteht ein Wahlrecht der Beschwerdeführerin, ob sie sich nur gegen den Einzelakt des staatlichen Chors (den Ablehnungsbescheid) oder auch gegen die den Bescheid bestätigenden Gerichtsentscheidungen der Verwaltungsgerichte wenden möchte.<sup>6</sup> Hier wendet sich K auch gegen die bestätigenden Gerichtsentscheidungen. Ein tauglicher Beschwerdegegenstand liegt mit der Ablehnungsentscheidung und den sie bestätigenden Gerichtsentscheidungen somit vor.

#### V. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis besteht, wenn K möglicherweise selbst, gegenwärtig und unmittelbar in eigenen Grundrechten verletzt ist.

##### 1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, betroffene Grundrechte

K müsste geltend machen, zumindest möglicherweise in eigenen verfassungsmäßigen Rechten verletzt worden zu sein. Hier kommt eine Verletzung des speziellen Verbots der Geschlechterdiskriminierung nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG oder des allgemeinen Gleichheitsrechts nach Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht.

---

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 72, 122 (132 f.); BVerfGE 99, 145 (162 f.) sowie BVerfGE 107, 150 (168).

<sup>4</sup> Vgl. nur Hellmann, in: Barczak, BVerfGG, Kommentar, 2017, § 90 Rn. 89; Detterbeck, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021 Art. 93 Rn. 84.

<sup>5</sup> Kritisch etwa. Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2017, S. 145.

<sup>6</sup> Vgl. Hellmann, in: Barczak, BVerfGG, Kommentar, 2017, § 90 Rn. 117.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

*Hinweis:* Es ist auch denkbar, dass Bearbeiter über einen verfassungsrechtlich zumindest mittelbar herleitbaren Zugangsanspruch zu einer staatlichen Einrichtung nachdenken (numerus-clausus-Konstellation).

## 2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert

A müsste auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert sein. Der Bescheid des Chores und seine gerichtliche Bestätigung richten sich an A, entfalten weiterhin Rechtswirkungen (da A nicht in den Chor aufgenommen wird) und wirken unmittelbar, da keine weiteren Zwischenschritte für die Abweisung notwendig sind. Die Beschwerdebefugnis ist hier mithin gegeben.

## VI. Rechtswegerschöpfung

K müsste gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG auch alle denkbaren fachgerichtlichen Rechtsbehelfe erfolglos beschritten haben. Hier hat K den Rechtsweg erfolglos bis zum Bundesverwaltungsgericht durchschritten, der Rechtsweg ist somit erschöpft.

## VII. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Anderer Formen des Rechtsschutzes sind nicht ersichtlich. Auch hat A durch ihre Vertreter im fachgerichtlichen Verfahren hinreichend deutlich auf eine aus ihrer Sicht bestehende Verletzung von Grundrechten – konkreter dem Recht auf Gleichbehandlung – hingewiesen.<sup>7</sup>

## VIII. Form und Frist

Die Schriftform des § 23 Abs. 1 BVerfGG ist gewahrt, die Verfassungsbeschwerde ist durch K auch begründet worden. Die Anforderungen an einen ordnungsgemäßen Antrag sind gewahrt. Die Verfassungsbeschwerde ist nach § 93 Abs. 1 BVerfGG binnen eines Monats zu erheben und zu begründen. Die Frist beginnt mit der Zustellung oder formlosen Mitteilung der in vollständiger Form abgefassten Entscheidung, wenn diese nach den maßgebenden verfahrensrechtlichen Vorschriften von Amts wegen vorzunehmen ist. Fristauslösendes Ereignis ist hier die Bekanntgabe der letztinstanzlichen Entscheidung.<sup>8</sup> Die letztinstanzliche Entscheidung in der Sache ist am 12.5.2020 ergangen. K hat hier über ihren Rechtsanwalt am 10.6.2020 Verfassungsbeschwerde erhoben, wobei die Monatsfrist gewahrt wurde.

## IX. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der K ist zulässig.

---

<sup>7</sup> Zur Frage, ob eine solche „materielle Subsidiarität“ im Falle der Verfassungsbeschwerde vorausgesetzt wird *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 248 f.

<sup>8</sup> *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Kommentar, 41 Lfg., Stand: Juli 2013, § 93 Rn. 8.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

## B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit K durch den Ablehnungsbescheid und die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen in ihrem Grundrecht nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG verletzt ist.

### I. Prüfungsmaßstab in der Urteilsverfassungsbeschwerde

Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz, sondern prüft im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts, nicht die richtige Anwendung des einfachen Verwaltungsrechts.<sup>9</sup> Es ist demnach zu prüfen, ob die gerügten Entscheidungen auf eine verfassungswidrige Rechtsgrundlage gestützt wurden und ob die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage die Grundrechte des Betroffenen verkannt haben.

### II. Verletzung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG

*Hinweis:* Dieser Lösungsvorschlag unterscheidet erst im Rahmen der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zwischen der rechtlichen Grundlage für das staatliche Handeln und der Anwendung der Grundlage im Einzelfall. Denkbar wäre es genauso, bereits vor der Prüfung der Ungleichbehandlung zwischen gesetzlicher Grundlage und Einzelfall zu unterscheiden.

Für das Verbot der Geschlechterdiskriminierung wird nach dem hier favorisierten Aufbau auf Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG abgestellt, da beide Absätze dem Schutz vor Schlechterstellung wegen des Geschlechts dienen und damit ein „einheitliches Grundrecht“ vorzugswürdig erscheint. Das Bundesverfassungsgericht zieht für eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts teilweise Art. 3 Abs. 3 GG allein heran<sup>10</sup> und im Fall der sogenannten mittelbaren („faktischen“) Diskriminierung allein Art. 3 Abs. 2 GG<sup>11</sup>. Alle drei Wege sind hier gut vertretbar.

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG setzt eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung voraus.

#### 1. Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

*Hinweis:* Dieser Lösungsvorschlag entspricht einer gleichheitsrechtlichen Prüfung, bei der, anders als im Falle von Freiheitsrechten (bei denen das Individuum hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereichs grundsätzlich losgelöst von seinem gesellschaftlichen Umfeld betrachtet wird), schwerpunktmäßig eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung und kein Eingriff geprüft wird. Dafür spricht die systematische Stellung der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts in Art. 3 GG. Genauso vertretbar wäre es, in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG ein Diskriminierungsverbot zu sehen, dessen Verletzung sich an der Prüfung eines Freiheitsrechts orientiert (Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung).

Zunächst müsste A wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden sein.

<sup>9</sup> Vgl. nur BVerfGE 7, 198 (207); außerdem erläuternd *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 283 ff.

<sup>10</sup> Vgl. nur BVerfGE 92, 91 (109).

<sup>11</sup> BVerfGE 113, 1 (15).

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

### a) Gemeinsamer Oberbegriff

Dies setzt zunächst die Bildung von Vergleichspaaren voraus.<sup>12</sup> Vergleichspaare zeichnen sich dadurch aus, dass sie unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsumiert werden können.<sup>13</sup> K begehrt die Aufnahme in den Fürstlichen Chor zu Trier nach § 4 Abs. 2 und 3 des FCG. Dabei kann K mit den Personen verglichen werden, die ebenfalls eine Aufnahme in den Chor begehren und das Aufnahmeverfahren durchlaufen. Es ist nicht bekannt, ob neben K im gleichen Zeitraum noch weitere Kinder die Aufnahme in den Chor begehrt haben. Das für das Aufnahmeverfahren erforderliche Vorsingen, hat K allein absolviert und ist damit nicht in unmittelbare Konkurrenz zu anderen getreten. Allerdings haben sich vor K bereits andere Personen um die Aufnahme in den Chor beworben und es werden sich aller Voraussicht nach auch noch Personen nach K um die Aufnahme in den Chor bewerben. Als Oberbegriff kann daher die Kategorie „Bewerber für die Aufnahme in den Chor“ gebildet werden.

### b) Benachteiligung wegen des Geschlechts

K könnte gegenüber anderen Personen aus der Kategorie der „Bewerber für die Aufnahme in den Chor“ wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden sein. Dies ist der Fall, wenn die Entscheidung hinsichtlich der Nicht-Aufnahme der K an ihr Geschlecht anknüpft.

#### aa) Benachteiligung

K ist die Aufnahme in den Chor vorliegend versagt worden, darin liegt eine Benachteiligung. Eine Benachteiligung kann nicht deshalb verneint werden, weil K der Zutritt zur Mädchenkantorei offensteht. Diese lässt sich nach Anspruch, Niveau, Ausbildungsmöglichkeiten und Programm nicht mit dem Knabenchor vergleichen. Zudem begehrt K auch Aufnahme in den Knabenchor, so dass sie – bei einer diesbezüglichen Ungleichbehandlung gegenüber anderen Bewerbern – grundsätzlich nicht auf einen anderen Chor verwiesen werden könnte.

#### bb) Aufgrund des Geschlechts

Die Benachteiligung muss an das Geschlecht anknüpfen. Hierbei ist eine unmittelbare und eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts denkbar.<sup>14</sup> Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts zeichnet sich dadurch aus, dass ein staatliches Handeln unmittelbar an das Geschlecht geknüpft wird. Eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt hingegen vor, wenn das Handeln scheinbar neutral ist, wohl aber typischerweise ein Geschlecht benachteiligt.<sup>15</sup>

Die Ablehnungsentscheidung selbst bezieht sich nicht auf das Geschlecht, sondern auf körperliche Merkmale der K, die typischerweise häufiger bei Mädchen als bei Jungen vorkommen. Hierin liegt somit eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts.

---

<sup>12</sup> Etwa *Sachs*, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, S. 282 f.

<sup>13</sup> *Heun*, in: *Dreier*, GG, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 24.

<sup>14</sup> Verwendung finden auch die Begriffe direkte und indirekt/faktische Benachteiligung, vgl. etwa BVerfGE 113, 1 (20) sowie *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 122.

<sup>15</sup> Eine Legaldefinition enthalten etwa § 3 Abs. 2 AGG oder § 4 Abs. 2 LADG.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

*Hinweis:* Ob und inwieweit eine mittelbare Diskriminierung auch von Art. 3 Abs. 3 GG umfasst ist, ist umstritten.<sup>16</sup> Deshalb ist es auch vertretbar, hier eine Benachteiligung zu verneinen und am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG weiter zu prüfen.

## 2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

### a) Beschränkbarkeit des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG

Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG enthalten keinen Gesetzesvorbehalt. Allerdings lässt sich argumentieren, dass eine (mittelbare) Ungleichbehandlung aus Gründen des Geschlechts aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes nur durch den parlamentarischen Gesetzgeber vorgesehen werden kann;<sup>17</sup> dieses Erfordernis ist hier angesichts der einschlägigen gesetzlichen Grundlage (Gesetz für den Fürstlichen Chor zu Trier) erfüllt.

Eine unmittelbare Ungleichbehandlung ist im Übrigen nur dann mit Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG vereinbar, wenn sie an biologische Unterschiede anknüpft<sup>18</sup>, der Gleichstellung i.S.d. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG dient oder durch anderes kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt ist.<sup>19</sup> Die Rechtfertigung der vorliegenden mittelbaren Ungleichbehandlungen hingegen ist jedenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter erleichterten Bedingungen, das heißt auch mit Blick auf weitere legitime Zielsetzungen möglich.<sup>20</sup> Ferner muss die Benachteiligung verhältnismäßig im weiteren Sinne sein.

### b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage der Ungleichbehandlung

Für eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung müsste zunächst die Grundlage des staatlichen Handelns formell und materiell verfassungsmäßig sein. Rechtsgrundlage für die Ungleichbehandlung der K ist hier die Möglichkeit der freien Aufnahmeentscheidung nach § 4 Abs. 2 FCG.

#### aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit des FCG

Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des FCG kann laut Sachverhalt ausgegangen werden.

#### bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit des FCG

§ 4 FCG selbst enthält keine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung, da „Kinder“ gleichermaßen Zugang zum Chor haben (§ 4 Abs. 1 FCG) und die Möglichkeit einer freien Aufnahmeentscheidung nach künstlerischen Kriterien (§ 4 Abs. 2 FCG) selbst keine Benachteiligung beinhaltet, sondern das Gleichheitsgebot achten kann.

### c) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts

Gleichheitsrechtlich problematisch ist hingegen die konkrete Ablehnungsentscheidung, nach der K nicht in den Chor aufgenommen wird. Zu prüfen ist, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt

<sup>16</sup> Vgl. nur *Nußberger*, in: *Sachs, GG, Kommentar*, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 248.

<sup>17</sup> Vgl. *Voßkuhle*, *JuS* 2007, 118 (118 f.).

<sup>18</sup> *Sachs*, *Verfassungsrecht II, Grundrechte*, 3. Aufl. 2017, S. 326.

<sup>19</sup> BVerfGE 92, 91 (109); *Sachs*, *Verfassungsrecht II, Grundrechte*, 3. Aufl. 2017, S. 322.

<sup>20</sup> BVerfGE 113, 1 (20); 126, 29 (54).

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

werden kann. Sie müsste vor dem Hintergrund des zuvor skizzierten Prüfungsmaßstabs verhältnismäßig sein.

#### aa) Legitimes Ziel

Die Ungleichbehandlung dient dem Ziel, das traditionelle Klangbild eines Knabenchores zu erhalten. Fraglich ist, ob dies ein legitimes Ziel darstellt.

#### (1) Kunstfreiheit

In Betracht kommt zunächst die Verwirklichung der Kunstfreiheit des Chores nach Art. 5 Abs. 3 GG. Dies setzt allerdings voraus, dass der Chor sich als Anstalt des öffentlichen Rechts auf die Kunstfreiheit unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG berufen kann. Gem. Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

Die Kunstfreiheit kann ihrem Wesen nach auch von juristischen Personen in kollektivistischer Form ausgeübt werden und als solche befinden sie sich auch in derselben grundrechtstypischen Gefährdungslage wie private Chöre und andere künstlerische Einrichtungen bzw. die Grundrechte dem personalen Substrat des Chores schützen. Allerdings gilt, dass sich juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich grundrechtsgebunden und nicht grundrechtsberechtigt sind, sofern ihnen nicht durch das Grundgesetz erkennbar ein grundrechtlich geschützter Bereich zugewiesen ist (z.B. Universitäten, Kirchen, Rundfunkanstalten). Dies kann man auch für einen öffentlich-rechtlichen Chor bejahen.<sup>21</sup> Denn der Chor wird durch die stimmliche Ausbildung von jungen Menschen und der Pflege einer regelmäßigen (öffentlichen) Aufführungspraxis (Wahl von Musik, Wahl von Veranstaltungsorten) selbst künstlerisch i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG tätig. In dieser Funktion muss der Chor – wie auch der Rundfunk oder die Universität – zu Wahrung der Kunstfreiheit vor staatlicher Einflussnahme geschützt werden. Wobei die Ausübung der Kunstfreiheit des Chors im Wesentlichen dem Chorleiter L obliegt, der sich zudem persönlich auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen kann. Auch in sachlicher Hinsicht ist die Kunstfreiheit einschlägig. Was Kunst im Einzelnen ist, kann mit den drei etablierten Kunstbegriffen (offener, materieller und formeller Kunstbegriff) bestimmt werden.<sup>22</sup> Bereits nach dem formalen Kunstbegriff liegt hier, aufgrund der Zuordnung des Chorgesangs zur Kunstgattung der Musik, Kunst in sachlicher Hinsicht vor. Tatsächlich ist dabei nicht nur der Auftritt des Chors in Form von Gesang und dem Dirigieren des L („Wirkbereich“), sondern auch die Auswahl, Ausbildung und Zusammenstellung der Chorsänger durch den L („Werkbereich“<sup>23</sup>) von der Kunstfreiheit geschützt.<sup>24</sup>

#### (2) Staatliche Kulturpflege

Im Übrigen könnte auch auf die staatliche Kulturpflege als legitimes Ziel in abgestellt werden.<sup>25</sup> Dieses Schutzgut dient „als objektive Wertentscheidung“ nicht etwa dem Erhalt einer nicht näher bestimmten „Tradition“, sondern der staatlichen Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.<sup>26</sup> Zur Kulturpflege kann auch der Erhalt des Klangbilds eines Knabenchores gehören,

---

<sup>21</sup> So auch VG Berlin, Urt. v. 16.8.2019 – 3 K 113.19.

<sup>22</sup> Zum „Basiswissen“ Kunstfreiheit in der Klausur *Hufen*, JuS 2022, 897 (897 f.).

<sup>23</sup> Zu den Begriffen Werk- und Wirkbereich der Kunstfreiheit BVerfGE 119, 1 (21).

<sup>24</sup> Konkret in Bezug auf einen Knabenchor: VG Berlin, Urt. v. 16.8.2019 – 3 K 113.19, Rn. 56 (juris).

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 36, 321 (331); normative Anknüpfungspunkt wäre auch hier am ehesten Art. 5 Abs. 3 GG sowie aus dem Landesverfassungsrecht etwa § 40 Abs. 1 RhPfVerf.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 36, 321 (331); BVerwG, Beschl. v. 8.4.2022 – 6 B 17.21 = LKV 2022, 267 (268).

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

was nicht zuletzt auch die Anerkennung des Klangbilds eines vergleichbaren Chors aus Leipzig durch die UNESCO zeigt.

#### bb) Geeignetheit

Die Ablehnung müsste zum Erreichen des legitimen Zwecks auch geeignet sein. Die Geeignetheit liegt vor, wenn die Vorschrift den legitimen Zweck zumindest fördert. Durch die Ablehnung der K wird ein Chormitglied abgelehnt, das das klassische Klangbild des Knabenchores beeinträchtigen würde. Die Ablehnung ist daher geeignet.

#### cc) Erforderlichkeit

Die Ablehnung müsste auch erforderlich gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn dem Chor kein gleich geeignetes, milderer Mittel zur Verfügung steht, um den legitimen Zweck zu erreichen. Als milderer Mittel könnte an die Einführung von *blind auditions* (also z.B. das Vorsingen hinter einem Vorhang) gedacht werden, weil diese die Gefahr einer unbewusst diskriminierenden Auswahlpraxis verringern. Allerdings spricht gegen die gleiche Eignung dieser *auditions*, dass die Stimmen dann zwangsläufig nur in gedämpfter Form hinter dem Vorhang oder einer dünnen Wand vernehmbar und damit der Auswahlprozess praktisch eingeschränkt wäre. Zudem könnte gegen *blind auditions* angeführt werden, dass es für eine erfolgreiche Mitwirkung im Chor neben der stimmlichen Leistung gerade auch auf die Mimik und einen optischen Gesamteindruck ankommt, die nur visuell wahrgenommen werden können. Auch die optische Homogenität eines Ensembles kann insoweit Ausdruck der Kunstfreiheit sein (a.A. vertretbar).

#### dd) Angemessenheit

Die Ablehnung müsste auch angemessen sein. Im Rahmen der Angemessenheit muss überprüft werden, ob der Einzelakt angesichts des verfolgten Zieles eine unangemessen harte Beeinträchtigung des speziellen Gleichheitsrechts nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG darstellt.

#### (1) Abstrakte Gewichtung der konfligierenden Güter

Das besondere Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG wird genauso vorbehaltlos gewährleistet, wie die Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG. Beiden Schutzgütern hat das GG mithin eine hohe Bedeutung zugeschrieben.<sup>27</sup> Es ist zunächst kein Grund dafür ersichtlich, dass eines der beiden Rechte tendenziell das andere überwiegt.<sup>28</sup> In systematischer Hinsicht könnte man lediglich darauf abstellen, dass das Verbot der Geschlechterdiskriminierung als einziges durch einen ausdrücklichen Schutzauftrag nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG flankiert wird.

#### (2) Konkrete Beeinträchtigung der Güter

K wurde das Mitsingen hier aufgrund geschlechtstypischer Merkmale verwehrt. Dabei handelt es sich um eine besonders gravierende Form der mittelbaren Ungleichbehandlung. Es besteht zudem für K keine adäquate Alternative zur gesanglichen Ausbildung im Fürstlichen Chor zu Trier. Insbesondere die Mädchenkantorei stellt aufgrund der nebenamtlichen Tätigkeit des dortigen Chorleiters und des eingeschränkten Repertoires und Konzerttätigkeit keinen vollwertigen Ersatz dar. Die Diskriminierungsfreiheit der K ist mithin mittelschwer bis schwer von der verweigerten Aufnahme betroffen.

<sup>27</sup> VG Berlin, Urt. v. 16.8.2019 – 3 K 113.19.

<sup>28</sup> BVerwG, Beschl. v. 8.4.2022 – 6 B 17.21 = LKV 2022, 267 (268).

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

Sofern man K in den Chor aufnehmen müsste, wäre die Kunstfreiheit (oder die staatliche Kulturpflege) zwar mit Blick auf K nur punktuell, aber potentiell sehr weitreichend beschränkt. Denn wenn geschlechtstypische Stimmeigenschaften nicht berücksichtigt werden können, dann würde das Klangbild des Chors irgendwann gänzlich verschwinden. Wie sich das Klangbild des Chors im Ideal darstellt und ob es dies in der jeweiligen Besetzung tut, ist eine von der künstlerischen Freiheit gedeckte Entscheidung des L für den Chor. Was Laien im Rahmen einer Straßenbefragung hören, ist, insoweit auch das Ergebnis des Gutachtens, für die Frage des Schutzes unerheblich (ansonsten *race to the bottom*). Kunstwerke zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie unabhängig von gesellschaftlichen Mehrheitsmeinungen in ihrem Bestand und ihrer Vermittlung vom Grundgesetz geschützt sind.<sup>29</sup> Auch die Kunstfreiheit des Chores ist vor diesem Hintergrund mittelschwer bis schwer betroffen.

### (3) Abwägung

Sofern man den Ablehnungsbescheid gegenüber K zurücknehmen würde, dann würde im Chor ein Mädchen mitsingen, welches unmittelbar Einfluss auf das Klangbild des Chores hätte. L könnte dann den von ihm erstrebten Klangraum des Chores nicht erreichen. Der Klang des Chores besteht entweder oder er besteht nicht. Die Kunstfreiheit des Chores, vorrangig ausgeübt durch die Entscheidungen des Chorleiters L, würde in der Folge der Aufnahme vollständig leerlaufen.<sup>30</sup> K indes kann im Fall ihrer Ablehnung zwar nicht im Fürstlichen Chor zu Trier mitsingen und hätte in Trier auch keine andere vergleichbare Möglichkeit, eine höherwertige musikalische Ausbildung zu erhalten. Es ist ihr aber möglich, sich bei einem anderen (staatlichen) Chor zu bewerben und in einem dieser gemischten Chöre oder Mädchenchöre von der dortigen (staatlichen) Stimmbildung zu profitieren. Es ist weiter zu berücksichtigen, dass K das übliche Bewerbungsverfahren nach FCG durchlaufen hat und dass sie insbesondere die Möglichkeit eines Einzelsingens erhalten hat. Die Ablehnungsentscheidung wurde durch L ausführlich begründet. Auch der Zeitpunkt der Absage (zwei Wochen nach dem Vorsingen) lässt nicht erkennen, dass die Ablehnung der K eine auf Stereotypen beruhende, vorschnelle Entscheidung des L war. Kunst und Kultur sind im Übrigen stets traditionsbehaftet und damit potentiell in verschiedene Richtungen diskriminierend (so wird etwa der Octavian im *Rosenkavalier* von Richard Strauss heute noch regelmäßig, wie ursprünglich vorgesehen, von einem Mezzosopran und nicht von einem jungen Countertenor gesungen). Eine abweichende, beliebige Besetzung in der Musik würde zu einer gesichtslosen Gesellschaft führen. Die Abwägung muss hier deshalb zugunsten der Kunstfreiheit (oder der staatlichen Kulturpflege) ausfallen (a.A. gut vertretbar).

Im Ergebnis ist die Einzelfallanwendung der Eingriffsgrundlage angemessen und verhältnismäßig.

### 3. Zwischenergebnis zu Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG

K ist nicht in ihrem Grundrecht auf geschlechtsbezogene Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG verletzt.

### III. Art. 3 Abs. 1 GG

Im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG ist ein Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht mehr angezeigt.

---

<sup>29</sup> Bethge, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 185.

<sup>30</sup> VG Berlin, Urt. v. 16.8.2019 – 3 K 113.19.

*Moir: „Lasst mich mitsingen!“*

#### **IV. Zwischenergebnis zur Begründetheit**

Die Grundrechte der K wurden von den Verwaltungsgerichten bei der Auslegung und Anwendung des FCG nicht verkannt. Die Verfassungsbeschwerde der K ist nicht begründet.

#### **C. Gesamtergebnis**

Die zulässige, aber unbegründete Verfassungsbeschwerde der K hat keinen Erfolg.