

Zum Begriff der Leistung: Das öffentliche Recht und die Leistungsgesellschaft*

Felix Würkert

A. Einleitung

In ihrem 2018 erschienen Buch konstatiert die Historikerin Nina Verheyen, die deutsche Gesellschaft sei eine Leistungsgesellschaft. Als solche versteht sie „Staaten [...], die gezielt rechtliche Grundlagen und politische Instrumente schaffen, um die Lebenschancen aller Bürgerinnen statt an Herkunft explizit an ‚Leistung‘ zu binden, und die sich diskursiv darüber verständigen, was damit gemeint ist und wie es ermittelt wird.“¹

Dass die rechtlich verfasste Gesellschaft als Leistungsgesellschaft konzipiert ist, zeigt sich auch in einer benachbarten Rechtsordnung. Laut Art. 14 Abs. 5a S. 2 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes (B-VG) sollen Kinder und Jugendliche unter anderem zu „leistungsorientierten [...] Menschen werden“. Der 2005 eingeführte Absatz ist dabei weniger hinsichtlich dieses Wortlauts bemerkenswert.² Auch etwa § 2 Abs. 2 S. 1 des Hamburgischen Schulgesetzes erklärt die „Stärkung der Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Schülerinnen und Schüler“ zum Bildungs- und Erziehungsauftrag. Bemerkenswert ist indes, dass im B-VG die Leistungsorientierung gemeinsam mit den anderen Zielen und Grundwerten in den verfassungsrechtlichen Rang einer Staatszielbestimmung erhoben wurde. Dabei entsprachen diese Werte und Ziele dem „Musterbild [eines Menschen] das dem Typus des demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsstaat, insbesondere seinen Grundrechtskatalogen zugrunde liegt [...].“³ Ausgangspunkt dieses Satzes ist die spezifische Norm des B-VG, doch weist er darüber hinaus und beansprucht, dass ein Katalog an Werten und Zielen,

* Shari Gaffron und Lasse Ramson danke ich für ihre Anmerkungen. Verbleibende Fehler sind meine.

1 Nina Verheyen, *Die Erfindung der Leistung*, 2018, 65 (die Autorin alterniert generisches Maskulinum und generisches Femininum).

2 Vgl. Bernd Wieser, in: Korinek, Karl u.a. (Hrsg.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, 14. Aufl. 2018, Art. 14 B-VG Rn. 59.

3 Theo Öhlänger/Harald Eberhard, *Verfassungsrecht*, 12. Aufl. 2019, 74 Rn. 102b.

der Leistungsorientierung umfasst, grundsätzlich das Menschenbild des demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsstaats präge. Dabei taucht der Begriff „Leistung“ sonst an keiner Stelle des B-VG auf.

Im Grundgesetz findet sich Leistung ebenfalls allein in Art. 33 Abs. 2 GG. Damit stellt sich die Frage, was das für ein Begriff ist, dem instinktiv eine zentrale Bedeutung beigemessen wird, der gar als „Fundamentalnorm unserer Gesellschaft“⁴ bezeichnet wird, der aber nur einmal und nur in begrenzter Funktion in der Verfassung auftaucht und dabei ohne Definition bleibt. In der Wissenschaft vom öffentlichen Recht ist diese Frage, bis auf die hervorzuhebende Arbeit von Hartmut Malinka zum Verfassungsrecht,⁵ weder gestellt noch beantwortet worden.⁶

Dieser Umstand ist umso überraschender, als abseits der Rechtswissenschaft bereits mehrfach intensive wissenschaftliche Debatten um Leistung, Leistungsprinzip und Leistungsgesellschaft geführt wurden. Exemplarisch sei an dieser Stelle die Gegenüberstellung von Lustprinzip und Leistungsprinzip bei Herbert Marcuse genannt,⁷ die nachhaltigen Einfluss auf die sog. 68er hatte.⁸ Die soziologische Studie Claus Offes adressierte die mit dem Leistungsprinzip verbundenen Verteilungsfragen.⁹ Helmut Schelsky wandte sich wiederum gegen diese Leistungskritik, die er als „Diffamierung der Leistung“¹⁰ ansah. Nach diesem Höhepunkt der Debatte in den 1970ern¹¹ wurde unter dem Eindruck des Neoliberalismus der 1990er und dem daran anschließenden Abbau des Sozialstaats (New Labours Third

4 Kai Dröge/Kira Marrs/Wolfgang Menz, Rückkehr der Leistungsfrage, in: dies. (Hrsg.), *Rückkehr der Leistungsfrage*, 2008, 7 (7).

5 Hartmut Malinka, *Leistung und Verfassung*, 2000, 11 f.

6 Die Beschäftigung der Staatsrechtslehrertagung 1971 mit den „Grundrechten im Leistungsstaat“ streift die Frage zT, fokussiert jedoch primär Leistungen des Staates: Wolfgang Martens, VVDStRL 30 (1972), 7 (8); Peter Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (55); als Leerstelle identifiziert bei Peter Häberle, Effizienz und Verfassung, AÖR 1973, 625 (625, 633); kurz taucht die Frage der Leistung auf bei Herbert Krüger, Die deutsche Staatlichkeit im Jahre 1971, Der Staat 1971, 1 (29 f.); zu Krügers NS-Vergangenheit Horst Dreier, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 60 (2001), 9 (17, 24 Fn. 67).

7 Herbert Marcuse, *Triebstruktur und Gesellschaft*, 1965, 49 ff.

8 Reimut Reiche, Marcuse, Herbert 19.7.1898 Berlin – 29.7.1979 Starnberg – Triebstruktur und Gesellschaft, in: Axel Honneth (Hrsg.), *Schlüsseltexte der Kritischen Theorie*, 2006, 344 (346).

9 Claus Offe, *Leistungsprinzip und industrielle Arbeit*, 1970, 44.

10 Helmut Schelsky, *Die Arbeit tun die anderen*, 1975, 181 ff.

11 Kai Dröge/Kira Marrs/Wolfgang Menz (Fn. 4), 7 m.w.N.

Way, Hartz-Reformen etc.)¹² die Debatte Anfang der 2000er wieder aktueller¹³ und nimmt seit der Mitte der 2010er Jahre wieder an Fahrt auf.¹⁴ Parallel zu diesem deutschsprachigen Debattenverlauf soll an dieser Stelle jedenfalls der jüngste US-amerikanische Beitrag des Philosophen Michael Sandel genannt werden.¹⁵

Vor diesem Hintergrund lohnt es, sich auf die Suche nach den Erscheinungsformen der Leistung im öffentlichen Recht zu machen. Hierfür ist zuerst eine begriffliche Annäherung erforderlich (B.). Betrachtet man davon ausgehend eine Auswahl an Bereichen, in denen Leistung und das öffentliche Recht interagieren (C.), so lassen sich grob zwei Seiten unterscheiden: jene, in denen Leistung als Differenzierungsmerkmal fungiert (C.I.) und jene, in denen Nicht- oder Minderleistung als Devianz markiert und sanktionierte werden (C.II.). Das so gefundene Bild einer auch rechtlich formierten Leistungsgesellschaft soll sodann mit dem Konzept des Ableismus und den Erkenntnissen der Disability Studies kontrastiert werden (D.), um über die Fokussierung auf Leistung hinauszublicken (E.).

B. Leistung: Eine begriffliche Annäherung

Wurde bis zu diesem Punkt der Begriff der Leistung ohne Definition verwendet, so entspricht dies durchaus der üblichen Praxis, in welcher der Begriff zumeist intuitiv mit Bedeutung ausgefüllt wird. Als Untersuchungsgegenstand lohnt es sich jedoch, sich dem Begriff anzunähern.

Das Leistungsprinzip kann mit Claus Offe beschrieben werden, wonach „[...] der soziale Status von Individuen von ihrem Status innerhalb der Arbeits- und Produktionssphäre abhängig sein soll. Ihr Status in den hierarchischen Organisationen der Produktionssphäre ist seinerseits abhängig zu machen von individueller Leistung.“¹⁶ Die auch von Offe hervorgehobene

12 *Diether Döring*, Soziale Sicherung in der Defensive, in: ders. (Hrsg.), Soziale Sicherheit in Gefahr, 1995, 11 (43); *Christian Brütt*, Workfare als Mindestsicherung, 2011, 72 f., 84 f.

13 *Kai Dröge/Kira Marrs/Wolfgang Menz* (Fn. 4), 8; *Axel Honneth*, Umverteilung als Anerkennung – Eine Erwiderung, in: *Fraser, Nancy*/ders., Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 129 (175).

14 *Lars Distelhorst*, Leistung – das Endstadium der Ideologie, 2014; *Verheyen* (Fn. 1), 196 ff.; *Kevin M. Dear*, Leistungsgerechtigkeit im Politischen Liberalismus, 2018.

15 *Michael Sandel*, The Tyranny of Merit, 2020.

16 *Offe* (Fn. 9), 44.

Unbestimmbarkeit wird indes besonders gut sichtbar, wenn Axel Honneth Leistung definiert als „produktiver Beitrag zur gesellschaftlichen Reproduktion, der soziale Wertschätzung verdient“¹⁷. Sowohl Beitrag oder Aufwand als auch Ertrag unterliegen sozialer Wertung. Zugleich existiert kein festes Verhältnis der beiden Variablen Aufwand und Ertrag.¹⁸

Anders als im Deutschen existiert im Englischen eine philosophische Unterscheidung zwischen „desert“ und „merit“, die zum Teil auch mit Verdienst übersetzt werden.¹⁹ Während „desert“ auf einer bereits erfolgten Handlung beruht, bezieht sich „merit“ auf Eigenschaften, die einer Person zugeschrieben werden und die uns zu der Annahme veranlassen, dass diese Person sich in Zukunft entsprechend verhalten wird. Während „desert“ also ein reaktives Konzept ist, ist „merit“ zukunftsorientiert.²⁰ Der Unterschied ist praktisch jedoch schwer aufrechtzuerhalten. Schließlich wird „merit“ – zum Beispiel im Hinblick auf die Zulassung zu Universitäten – auch auf der Grundlage standardisierter Tests beurteilt.²¹ Hier wird also reaktiv an eine vergangene Handlung angeknüpft, um daraus Aussagen über die zukunftsorientierte Eigenschaft einer Person treffen zu können. Was die beiden Begriffe gegebenenfalls wirklich voneinander trennt, ist, dass „desert“ auf eine spezifische Tat abstellt – selbst wenn diese Tat offensichtlich nicht charakteristisch ist. Denken wir etwa an die Heldentat eines Feiglings. „Merit“ hingegen nimmt eher den Charakter einer Person in den Blick. Dies kann sich in Prüfungsergebnissen, aber auch in außerschulischen Aktivitäten, Umgangsformen usw. widerspiegeln. Im Englischen findet sich mit dem ins Negative gewendeten Begriff „demerit“ zudem eine explizite Verknüpfung von missbilligten Handlungen oder Eigenschaften und Sanktionierung oder Abwertung,²² wie sie gedanklich auch in den Definitionen Honneths und Offes enthalten ist.

17 Honneth (Fn. 13), 175.

18 Offe (Fn. 9), 47.

19 Zur weitgehenden Synonymität von merit und desert und der teilweisen Deckungsgleichheit mit Leistung *Frank Nullmeier*, Verdienst, in: Gosepath, Stefan u.a. (Hrsg.), Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Band 2, 2008, 1402 (1402 f.).

20 J. R. Lucas, On Justice, 1980, 166 („We give scholarships on merit and military decorations on desert.“).

21 Ebd.; Jerome Karabel, The chosen, 2005, 4-6.

22 Nullmeier (Fn. 19), 1403.

Auch andere Begriffe werden verwendet, um Leistung zu thematisieren. Marcuse schrieb vom „performance principle“²³ Michael Young prägte mit seinem dystopischen Entwurf einer reinen „meritocracy“ diesen Begriff,²⁴ während David McClellands sozialpsychologische Studie „The achieving society“ in der deutschen Übersetzung den Begriff „Die Leistungsgesellschaft“ einführt.²⁵

Angesichts eines sich stetig wandelnden Leistungsverständnisses erscheint das Übersetzungspaar „Leistung – performance“ besonders charmant, berücksichtigt es in seiner Doppeldeutigkeit doch auch Elemente von Darstellung und Wahrnehmung. So kann auch Leistung berücksichtigt werden, die sich nicht unmittelbar als Beitrag zur Reproduktion aufdrängt, aber als erfasster Marker des Erfolgs und der Selbstoptimierung in Form von Likes, Retweets, Kontakten, gezählten Schritten, Kalorien etc. als Leistung wahrgenommen wird und über Status und Wertschätzung entscheiden kann.²⁶

Am Ende dieses Abschnitts bleibt damit keine eindeutige Definition von Leistung, sondern eine Annäherung und Funktionsbeschreibung. Leistung ist ein Tun, das die Gesellschaft sinnvoll findet, und es dient dazu, unseren Platz in der Gesellschaft zu bestimmen und zu rechtfertigen.

C. Leistung und das öffentliche Recht

Betrachtet man das öffentliche Recht, so wird der Begriff der Leistung auch hier nicht einheitlich verwendet.²⁷ Dennoch wirkt Leistung an diversen Stellen, explizit oder implizit, als zentrales Kriterium. Diese reichen von der Integrationsleistung und dem gesicherten Lebensunterhalt des Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsrechts²⁸ über Leistungskriterien im

23 Herbert Marcuse, *Eros and Civilization*, 1955, 44; *ders.* (Fn. 8) 49 ff.

24 Michael Young, *The Rise of Meritocracy*, 1958.

25 David C. McClelland, *The achieving society*, 1961; *ders.*, *Die Leistungsgesellschaft*, 1966.

26 Lars Distelhorst, Zum Begriff der Leistung, in: Klopotek, Felix /Scheiffele, Peter (Hrsg.), *Zonen der Selbstoptimierung*, 2016, 35 (36, 49).

27 Malinka (Fn. 55), 12.

28 § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 8 Abs. 1 Nr. 4 StAG; Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern und für Heimat, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts, Stand 19.05.2023, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwuerfe/VII5/gesetz-zur-modernisierung-des-staatsangehoerigkeitsrechts.pdf> (zuletzt abgerufen am: 19.09.2023).

Bildungsbereich²⁹ und die Förderung der Leistungsbereitschaft im Recht der sozialen Sicherung³⁰ bis hin zum Leistungsfähigkeitsprinzip des Steuerrechts³¹ und darüber hinaus. Während Leistung regelmäßig dort auftaucht, wo sie als positiv konnotierter Begriff der Differenzierung fungiert (I.), ist der Begriff als Bezugspunkt für Devianz und Disziplinierung (II.) merklich abwesend. Dabei greifen Bestenauslese und Aussortieren und Sanktionieren stets ineinander und funktionieren lediglich gemeinsam.

I. Leistung als Differenzierungskriterium

1. Gleichheit und die Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG)

Wenn in Art. 33 Abs. 2 GG der Begriff der Leistung verwendet wird, so ist er dort Teil eines besonderen Gleichheitssatzes.³² Dieser Dreiklang aus Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung wird regelmäßig dahingehend systematisiert, dass ein weiter Eignungsbegriff sowohl Befähigung, fachliche Leistung als auch Eignung im engeren Sinne erfasst.³³ Während damit Eignung als Oberbegriff fungiert, schreibt das Bundesverfassungsgericht sowohl vom „Prinzip der Bestenauslese“³⁴ als auch vom „Leistungsgrund- satz des Art. 33 Abs. 2 GG“³⁵. An anderer Stelle zeigte sich dies bereits im Parlamentarischen Rat. In der Debatte um Art. 132 GG, einer Übergangsbe- stimmung zu Beamten, Richtern und dem öffentlichen Dienst, wurde eine Leistungsauslese gefordert. Es solle ein Leistungsstaat und kein Beamten- staat entstehen. Je höher die Leistung der Beamten sei, um so besser werde die Staatsapparatur funktionieren.³⁶

29 BVerfG, Urteil vom 19.12.2017, 1 BvL 3/14 u.a., BVerfGE 147, 253 (291, 316).

30 Brütt (Fn. 12), 263 f.

31 Paul Kirchhof, in: Isensee, Josef /ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 5, 3. Aufl. 2017, § 118 Rn. 183.

32 Malinka (Fn. 5), 139, 145.

33 Theodor Maunz, in: ders./Dürig, Günter (Hrsg.), GG, März 1966, Art. 33 Rn. 19; BVerwG, Urteil vom 6.2.1975, II C 68.73, BVerwGE 47, 330 (336); zur NS-Ver- gangenheit und rechtem Gedankengut bei Maunz Michael Stolleis, Maunz, Theo- dor (1901-1993), in: Cordes, Albrecht u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. Aufl. 2004 ff., Bd. III, 22, Lfg., Band 3, Spalte 1372-1373.

34 BVerfG, Beschluss vom 16.12.2015, 2 BvR 1958/13, BVerfGE 141, 56 (68).

35 BVerfG, Beschluss vom 21.4.2015, 2 BvR 1322/12 u.a., BVerfGE 139, 19 (50).

36 Parlamentarischer Rat, Band 14.I, 575.

Insgesamt handelt es sich bei den Kriterien in Art. 33 Abs. 2 GG um unbestimmte Rechtsbegriffe, welche nur begrenzt gerichtlich überprüfbar sind.³⁷ Im Parlamentarischen Rat hatte man sich für die Streichung des Zusatzes „charakterlich“ vor „Eignung“ entschieden, da sich dieser Begriff sowohl im Nationalsozialismus als auch in der preußischen Armee als dehnbar und missbrauchsanfällig erwiesen habe.³⁸ Angesichts beider Umstände überrascht es, wenn es heißt, die „Kriterien sollen eine sachlich-rationale Auswahl gewährleisten“.³⁹ Gleiches gilt, wenn – in offener Abwehr der in Art. 3 Abs. 2 GG festgeschriebenen Gleichstellungsauftrags – die minutiöse Erfassbarkeit und Vergleichbarkeit angenommen wird: „Bei absolut gleich geeigneten Bewerbern um eine Stelle kann bei der die Auswahl bestimmenden Abwägung das Förderungsgebot der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und der Beseitigung bestehender Nachteile ins Gewicht fallen; eine individuelle Rechtsposition einer Bewerberin folgt daraus nicht.“⁴⁰ Die Annahme, dass die „unspezifische Heranziehung sozial- oder gesellschaftspolitischer Ziele oder Gesichtspunkte [...] mit der die Qualität, Unparteilichkeit und Objektivität des öffentlichen Dienstes gewährleistenden Verfassungsnorm des Art. 33 Abs. 2 und der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 und 5) unvereinbar“ ist, ignoriert, dass der Leistungsbegriff gerade von sozial- und gesellschaftspolitischem Wandel geprägt ist.⁴¹

Um die Schwierigkeiten eines solchen vermeintlich objektiven und naturalisierten Leistungsverständnisses noch besser erkennen zu können, bedarf es einer rechts- und ideengeschichtlichen Rückschau. Leistung ist als zentrale Idee beschrieben worden, um die herum die Denker*innen der Aufklärung die Gesellschaft neu ordneten. Als solche markiert sie den Übergang von einer askriptiven Theorie der Differenzierung zu einer meritokratischen Theorie der Differenzierung. Aristokratie bedeutete, dass die Stellung einer Person im Leben und in der Gesellschaft durch Abstammung und Geburt bestimmt wurde. Meritokratie hingegen bedeutete, dass die Position einer Person das Ergebnis von Talent und Anstrengung war.⁴² Pierre

37 Christian Bickenbach, in: Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2021, Art. 33, Rn. 66.

38 Parlamentarischer Rat, Band 14.II, 1425 f.

39 Bickenbach (Fn. 37), Rn. 68.

40 Peter Badura, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz Rupert (Hrsg.), GG, Lfg. 88, August 2019, Art. 33 Rn. 32.

41 Badura (Fn. 40), Rn. 26; zur sozialen Konstruktion; Verheyen (Fn. 1), 206 f.

42 Vgl. John Carson, The measure of merit, 2007, 14 ff.

Bourdieu hat gezeigt, wie die Etablierung einer Bürokratie am königlichen Hof, die auf einem an Bildungseinrichtungen ausgebildeten meritokratischen Amtsadel („noblesse de robe“ bzw. „noblesse d’État“) basierte, zu diesem Wandel beigetragen hat, und damit schlussendlich zur Verdrängung des allein auf Geburt basierenden Adels („noblesse du sang“).⁴³

Die französischen Revolutionär*innen verbanden formale Gleichheit und Verdienst in Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789:

„Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens. Alle Bürger haben das Recht, persönlich oder durch ihre Vertreter an seiner Formung mitzuwirken. Es soll für alle gleich sein, mag es beschützen, mag es bestrafen. Da alle Bürger in seinen Augen gleich sind, sind sie gleicherweise zu allen Würden, Stellungen und Beamtungen nach ihrer Fähigkeit zugelassen ohne einen anderen Unterschied als den ihrer Tugenden und ihrer Talente.“⁴⁴

Dieser Artikel ist eine der ersten Vorstellungen von rechtlicher Gleichheit in der eurozentrischen Geschichte und eine revolutionäre Beschwörung der „universalisierten Erinnerung an die ursprüngliche Gleichheit“⁴⁵ Und als ein solches Symbol ist es wertvoll und wichtig und hat einen emanzipatorischen Charakter. Als solches hat es unter den Sklaven in Haiti und Louisiana fungiert.⁴⁶ Der bloße Wortlaut der Norm verbirgt die formale Ausgrenzung und Ungleichheit, die sie für große Teile der Bevölkerung und der Menschheit vorsah. Gleichzeitig besitzt sie einen emanzipatorischen Symbolwert für den Anspruch auf universelle rechtliche Gleichheit. Dieser hat einerseits zur Überwindung formaler Ungleichheiten beigetragen, aber auch dazu, die fortbestehende materielle Ungleichheit zu verschleieren. Während in der aristokratischen Ära jeder natürlich in seine Schranken verwiesen wurde, bedeutete die auf Verdienst basierende Gleichheit, dass jeder die Möglichkeit hatte, um soziale Positionen zu konkurrieren. Was Verdienst war, wurde jedoch von den weißen, männlichen Denkern der Aufklärung definiert und orientierte sich – wenig überraschend – an ihren eigenen Eigenschaften.⁴⁷ Gleichzeitig wurde der soziale Status nun als durch Verdienst begründet und gerechtfertigt verstanden. Dies führt

43 Pierre Bourdieu, *De la maison du roi à la raison d’État*, Actes de la recherche en sciences sociales Vol. 118 1997, 55 (61).

44 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/de/erklaerung-der-menschen-und-buergerrechte-vom-26-august-1789>.

45 Hauke Brunkhorst, *Critical theory of legal revolutions*, 2014, 22.

46 Brunkhorst (Fn. 45), 260-262.

47 Carson (Fn. 42), 15-16.

dazu, dass aus dem sozialen Status auch Verdienst abgeleitet wird, was die meritokratische Theorie der Differenzierung wieder der askriptiven Theorie annähert. Nachdem diejenigen, die am längsten von dieser formalen Leistungsgleichheit ausgeschlossen waren, das Recht erlangt hatten, ebenfalls zu konkurrieren, standen die Chancen bereits gegen sie. Insoweit lässt sich an dieser Stelle verallgemeinern, was Patricia Mazón über den Zeitpunkt schrieb, als Frauen in Deutschland Zugang zu den männlich geprägten Institutionen der Universitäten erhielten: „What German women did receive was the chance to compete on a male playing field.“⁴⁸ Indem trotz stets ungleicher Bedingungen die individuelle Leistung als vermeintlich objektive Grundlage für Erfolg und Misserfolg bekräftigt wird, wird ebenso die askriptive Verbindung zwischen sozialem Status und Leistung stabilisiert.

2. Eigentum und sozialversicherungsrechtliche Ansprüche

Wieder anders zeigt sich der Leistungsbegriff im Bereich des Art. 14 GG. Ursprünglich schloss die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jegliche öffentlich-rechtlich begründeten Ansprüche vom sachlichen Schutzbereich des Art. 14 GG aus. Erst im Verlauf der Zeit setzte sich die heute in ständiger Rechtsprechung geltende Auffassung durch, dass gewisse Ansprüche sehr wohl als Eigentum geschützt sind. Dabei kam und kommt dem Begriff der Leistung erneut eine zentrale Rolle zu.⁴⁹ Eigentum sind demnach insbesondere nur jene Ansprüche, die überwiegend auf der Leistung des Einzelnen beruhen.⁵⁰

Hier wird deutlich, inwieweit die Definition des Leistungsbegriffes Gegenstand eines gesellschaftlichen Diskurses ist. Ursprünglich wurde allein auf den hinter Versicherungsbeiträgen stehenden Umfang der persönlichen Erwerbsarbeitsleistung abgestellt. Dass diese anerkannte Form der Leistung wiederum erst durch andere Leistung im Bereich Care-Arbeit ermöglicht wird, fand an dieser Stelle lange Zeit genauso wenig Niederschlag wie der Umstand, dass es sich bei Care-Arbeit auch unabhängig von der Ermögli-

48 Patricia M. Mazón, *Gender and the Modern Research University*, 2003, 222.

49 Malinka (Fn. 5), 44 ff.

50 Zu weiteren Kriterien und der hervorgehobenen Rolle der Leistung Hans-Jürgen Papier/Foroud Shirvani, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), GG, Lfg. 83, August 2018, Art. 14 GG Rn. 236-240.

chung von Erwerbsarbeit um Leistung handelt.⁵¹ Nina Verheyen schreibt daher, individuelle Leistung gebe es nicht, sie sei vielmehr die Arbeit von vielen.⁵² Das Bundesverfassungsgericht befasst sich in der Entscheidung, in der die Rentenansprüche erstmalig dem Schutzbereich des Art. 14 I GG unterstellt wurden, zwar mit dem Versorgungsausgleich nach Scheidung, stellt den Wert der Care-Arbeit aber nicht in die Ausgleichsrechnung ein. Zwar spricht das Bundesverfassungsgericht durchaus von den „unmittelbaren Leistungen der Frau bei der Führung des Haushalts und der Pflege und Erziehung der Kinder“⁵³, die als Unterhaltsleistungen anzusehen seien, schlussfolgert daraus aber lediglich, dass der Gesetzgeber deshalb entsprechend in das Eigentum der ausgleichsverpflichteten Person eingreifen durfte. Von Eigentum ist jedoch nur im Hinblick auf die ausgleichsverpflichtete Person die Rede.⁵⁴

Dass auch Tätigkeiten, die nicht unmittelbar der Erwerbsarbeit dienen, Leistungen darstellen und als solche im Wege der rechtlichen Anerkennung zu eigentumsrechtlich geschützten Rentenansprüchen führen können, stellte das Bundesverfassungsgericht erst in der sog. Trümmerfrauenentscheidung klar. Der Gesetzgeber hatte mit dem expliziten Ziel, die Leistungen in der Kindererziehung anzuerkennen, eine Erziehungszeit von einem Jahr bei der Berechnung des Rentenanspruchs eingeführt.⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht stellte in diesem Zusammenhang heraus, dass durch die gesetzgeberische Anerkennung und sozialversicherungsrechtliche Ausgestaltung dieser Leistung auch dieser Bestandteil des Rentenanspruchs vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst wurde. Der Gesetzgeber hat diese Eigentumsposition durch die jeweiligen Gesetzesänderungen geschaffen.⁵⁶ Dabei ist dies deshalb hervorhebungswürdig, weil die so geschaffene Eigentumsposition allein aus Steuermitteln finanziert wurde,⁵⁷ während in der Vorsorgeausgleichsentscheidung noch die enge Beziehung zwischen der auf

51 Vgl. zur normativen Abwertung speziell vermeintlich weiblicher Tätigkeiten *Sarah Diehl*, Mutterschaft und Fürsorge als Dienst, in: Klopotek, Felix/Scheiffele, Peter (Hrsg.), *Zonen der Selbstoptimierung*, 2016, 183 (187); *Honneth* (Fn. 13), 175.

52 *Verheyen* (Fn. 1), 204 f.

53 BVerfG, Urteil vom 28.2.1980, 1 BvL 17/77, BVerfGE 53, 257, 296.

54 Ebd.

55 Bundesrats-Drucksache 500/84, 28.

56 BVerfG, Urteil vom 7.7.1992, 1 BvL 51/86, BVerfGE 87, 1 (41).

57 BVerfG, Urteil vom 7.7.1992, 1 BvL 51/86, BVerfGE 87, 1 (8 f.); erstmalig als Möglichkeit anerkannt in BVerfG, Urteil vom 16.7.1985, 1 BvL 5/80 u.a., BVerfGE 69, 272 (301 f.).

individueller Arbeit beruhenden Beitragsleistung und dem Eigentumsrecht hervorgehoben worden war.⁵⁸ Hierin zeigt sich ein partiell verändertes Leistungsverständnis, in dem die Berücksichtigung eines Erziehungsjahrs im Rentenanspruch eben nicht Ausdruck einer ausgleichenden staatlichen Fürsorge ist, die daher durch Art. 14 GG geschützt ist,⁵⁹ sondern gleichwohl als eigentumsbegründende Leistung anerkannt wird. Dabei endet die Auseinandersetzung über Leistung an dieser Stelle nicht, sondern dauert an, sodass mittlerweile eine Erziehungszeit von 3 bzw. 2½ Jahren, je nach Stichtag, angerechnet wird (§§ 56, 249 SGB VI).⁶⁰

Während die aufgezeigte Rolle des Leistungsbegriffs bei der verfassungsrechtlichen Einordnung von Erziehungszeiten primär auf eine eigenständige Leistung – die der Erziehung – abstellt, ist auch der Diskurs über kooperative Leistung weiter vorangeschritten. So hat das BVerfG hervorgehoben, dass nicht nur der Rentenanspruch der jeweiligen Beitragszahler*in, sondern auch der Anspruch auf Versorgungsausgleich vom Schutzbereich des Art. 14 I GG umfasst ist.⁶¹ Dabei rekurriert das Gericht explizit auf den Leistungscharakter der unbezahlten Care-Arbeit.⁶²

Nicht thematisiert wird bei all dem, dass, während Eingriffe in den Rentenanspruch an Art. 14 GG gemessen werden, weil die Rente auf Leistung beruht, Eingriffe ins frühere Arbeitslosengeld 2, heute Bürgergeld, oder ins Asylbewerberleistungsgesetz nicht an Art. 14 GG gemessen werden, sondern am Sozialstaatsprinzip.⁶³ Darin ist neben einer grundrechtlichen Systematisierung auch eine Wertung über das enthalten, was die jeweiligen Bezieher*innen zuvor getan haben: Hierbei handelt es sich demnach eben nicht um eine Leistung. Axel Honneth schrieb über dieses Aufspaltung in der sozialen Marktwirtschaft der Staaten des Globalen Nordens: „Ein geringer Teil der gesellschaftlich verfügbaren Güter steht dem einzelnen Gesellschaftsmitglied nunmehr als Rechtsperson in Form von sozialen Rechten gesichert zu, während der ungleich größere Teil weiterhin normativ gemäß dem kapitalistischen Leistungsprinzip verteilt werden soll.“⁶⁴ Die

58 BVerfG, Urteil vom 28.2.1980, 1 BvL 17/77, BVerfGE 53, 257 (291).

59 Ebd.

60 Siehe *Dana Matlok, Rüdiger Mey*, NZS-Jahresrevue 2018/2019: Rentenversicherungsrecht, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2019, 487 (491 f.).

61 BVerfG, Urteil vom 26.5.2020, 1 BvL 5/18, Rn. 57 = BVerfGE 153, 358.

62 Ebd.

63 *Hans-Jürgen Papier/Foroud Shirvani*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), GG, Lfg. 83, August 2018, Art. 14 GG Rn. 243, 261 m.w.N.

64 Honneth (Fn. 13), (177).

damit verbundenen „Distributionskämpfe“ würden folglich entweder über eine Ausweitung der sozialen Rechte oder eine Anpassung des Leistungsbe- griffs geführt.⁶⁵

II. Devianz in der Leistungsgesellschaft

Der Begriff der Leistung fungiert jedoch nicht nur als Anknüpfungspunkt für die Auswahl der „Besten“ oder für die Zuordnung wirtschaftlicher Res- sourcen zu eben jenen, sondern auch – als Nicht- oder Minderleistung ins Negative gewendet – als Marker der Devianz. Dabei geht diese Komponen- te über die reine Disziplinierung hinaus und umfasst ebenso Elemente der Exklusion – bis hin zur Vernichtung.⁶⁶

1. Historische Hintergründe

Mangelnde Leistung als Marker der Devianz im historischen Kontext zu betrachten, verdeutlicht zum einen die lange Geschichte dieser Funktion, erlaubt aber auch Kontinuitätslinien zu erkennen. Besonders interessant ist dabei auch der schwierige Umgang mit historischem Unrecht. Gleichwohl können an dieser Stelle nur kurSORisch einige Beispiele herausgegriffen werden.

Eindrücklich ist die Geschichte der Arbeitshäuser,⁶⁷ die in vielen Regio- nen Europas existierten. Sie wurden vielfach im unmittelbaren Zusammen- hang mit Haftanstalten errichtet und betrieben und sahen Hilfsleistungen nur gegen Arbeit und unter Preisgabe bürgerlicher Rechte vor. Sie dienten der Disziplinierung jener, die zu wenig oder nichts leisteten und der Ab- schreckung jener, die (noch) genug leisteten.⁶⁸

Nicht- oder Mangelleistung wirkte sich auch auf die Freizügigkeit der jeweiligen Personen aus. Lange Zeit galt in den deutschen Ländern der Grundsatz, dass die Versorgung der Armen dem jeweiligen Herkunfts- ort

65 Ebd.

66 Wolfgang Ayaß, „Asoziale“ im Nationalsozialismus, 1995, 219 f.

67 Hannes Stekl, „Labore et fame“ Sozialdisziplinierung in Zucht und Arbeitshäusern des 17. und 18. Jahrhunderts, in: Sachße, Christoph/Tennstedt, Florian (Hrsg.), Sozia- le Sicherheit und soziale Disziplinierung, 1986, 119–147.

68 Eberhardt Eichenhofer, Sozialrecht, 12. Aufl., 2021, S. 15 f. Rn. 22 f.

oblag, sodass sie sich faktisch nur schwer davon entfernen konnten.⁶⁹ Dies änderte sich nur bedingt, nachdem der Norddeutsche Bund die Freizügigkeit durch das Freizügigkeitsgesetz⁷⁰ ausgeweitet und durch das Unterstützungswohnsitzgesetz⁷¹ nun die jeweilige Gemeinde am Wohnsitz für Sozialleistungen zuständig machte. Zwar wird dies zum Teil als deutlicher Zugewinn an Grundrechtsschutz gewertet,⁷² erlaubte aber gem. § 3 Freizügigkeitsgesetz Aufenthaltsverbote für verurteilte Bettler*innen und Landstreicher*innen und enthielt in § 4 die Berechtigung, jeden abzuweisen, der „nicht hinreichende Kräfte besitzt, um sich und seinen nicht arbeitsfähigen Angehörigen den nothdürftigen Lebensunterhalt zu verschaffen“, wenngleich die bloße Gefahr der Verarmung nicht ausreichen sollte. Die Folge dieser Gesetzgebung war die Abweisung jener, die nicht leistungsfähig waren.⁷³

Springt man vom Norddeutschen Bund noch einmal signifikant nach vorne, so findet sich mit der Verfolgung von sog. „Asozialen“ und „Arbeitsscheuen“ im nationalsozialistischen Deutschland der historische Tiefpunkt.⁷⁴ Die Markierung als deviant wurde hier begrifflich durch die schlussendlich unvollendete Arbeit an einem „Gemeinschaftsfremdenge- setz“ besonders deutlich.⁷⁵ Hierbei fällt insbesondere auf, wie schwer sich der deutsche Staat mit der Anerkennung und Aufarbeitung dieses Unrechts getan hat. Die Opfergruppe findet sich nicht in der staatsangehörigkeits- rechtlichen Widergutmachungsnorm des Art. 116 Abs. 2 GG⁷⁶ und eine grundsätzliche rechtliche Rehabilitation erfolgte erst 2020.⁷⁷

Stattdessen lassen sich deutliche Kontinuitäten in der Debatte um ein Bewahrungsgesetz identifizieren, dessen Gedanke eines mit Zwang und Freiheitsentzug verwirklichten staatlichen Schutzes für Personen „die aus Mangel an innerer Festigkeit ein geordnetes Leben in der Gemeinschaft nicht

69 Ebd.

70 Gesetz über die Freizügigkeit v. 1.11.1867, BGBl. d. Norddeutschen Bundes 1867, S. 55 ff.

71 Gesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 6.6.1870, BGBl. d. Norddeutschen Bundes 1870, S. 360 ff.

72 Wolfgang Durner, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), GG, Lfg. 99, September 2022, Art 11 Rn. 22 f.

73 Eichenhofer (Fn. 69), 15 f. Rn. 22 f.

74 Grundlegend Ayaß (Fn. 66).

75 Ayaß (Fn. 66), 202 ff.

76 Felix Würkert, (Re-)gaining Citizenship via Constitutional Law, European Human Rights and Transitional Justice, GYIL 2020, 773 (782 f.).

77 BT-Plenarprotokoll 19/146 vom 13. Februar 2020, 19325 B.

führen können“ (§ 72 Abs. 1 BSHG⁷⁸) 1961 seinen Weg in das Bundessozialhilfegesetz fand.⁷⁹ Hinzu trat ein institutionalisierter Arbeitszwang für vermeintlich arbeitsunwillige Sozialhilfeempfänger*innen in den §§ 25 f. BSHG, wobei man offensichtlich auch kein Problem darin sah, diesen Unterabschnitt mit „Folgen bei Arbeitsscheu und unwirtschaftlichem Verhalten“ zu überschreiben.⁸⁰ Allerdings erklärte das Bundesverfassungsgericht die paternalistische Bewahrungsregelung des § 73 BSHG bereits 1966 für verfassungswidrig.⁸¹ Zugleich hielt es indes noch 1971 § 26 BSHG und die darin vorgesehene Zwangsunterbringung bei Unterhaltsverpflichteten, die nicht arbeiten, für verfassungskonform, weil es dabei nicht um staatliche Bevormundung gehe, sondern um die Abwägung der Freiheit des Einzelnen mit den Rechten Dritter.⁸² Dessen ungeachtet strich der Gesetzgeber die Norm 1974 und ließ dabei auch den Begriff „Arbeitsscheu“ fallen. Nur eine kleine Anzahl an Personen war tatsächlich zum Opfer dieser Maßnahmen geworden.⁸³ Gleichwohl ist eine Anerkennung oder Wiedergutmachung nicht bekannt, wenn auch das BVerfG in der jüngeren Entscheidung zu sog. „Hartz-4-Sanktionen“ eine Distanzierung erkennen lässt.⁸⁴

Lediglich erwähnt werden kann an dieser Stelle die Disziplinierung junger Menschen im Rahmen der bundesdeutschen Fürsorgeerziehung,⁸⁵ wie auch die Kontinuitäten in der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR in Form der Verfolgung „Asozialer“, „Arbeitsscheuer“ und anderer vermeintlich devianter Personen.⁸⁶

2. Gefangenendarbeit

Betrachtet man als weiteres Beispiel die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Entlohnung von Gefangenendarbeit, so fällt insbesondere ein Wandel dahingehend auf, was als Leistung angesehen wird. Dieser Wandel vollzieht sich von der bloßen obrigkeitstaatlichen Erzie-

78 BGBL. Nr. 46 vom 5. Juli 1961, 815 ff.

79 Matthias Willing, Das Bewahrungsgesetz (1918 - 1967), 2003, 271 ff., 301 ff.

80 Zu den diesbezüglichen Kontinuitäten BVerfG, Urteil vom 5.11.2019, 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68 (72 f.).

81 BVerfG, Urteil vom 18.7.1967, 2 BvF 3/62 u.a., BVerfGE 22, 180 (181).

82 BVerfG, Beschluss vom 15.12.1970, 2 BvL 17/67, BVerfGE 30, 47 (47).

83 Brütt (Fn. 12), 262.

84 BVerfG, Urteil vom 5.11.2019, 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68 (72 f., 117, 122).

85 Kirsten Scheiwe, Zwang und Erziehung, in: Schumann, Eva/Wapler, Friederike (Hrsg.), Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, 2017, 3 (9).

86 Matthias Willing, »Sozialistische Wohlfahrt«, 2008, 96, 250 ff.

hung zu Leistung im Sinne eines Tätigwerdens hin zur Erziehung zu Leistung verengt auf Lohnarbeit.

Foucault berichtet noch, Gefangenearbeit habe keinen Ertrag erzielen müssen. Sie habe der Erziehung zur Arbeit im Sinne eines physischen Gewöhnungsprozesses gedient.⁸⁷ Dieser Ansatz scheint auch im deutschen Strafvollzug der Gegenwart noch verbreitet zu sein. So berichtet das Bundesverfassungsgericht von einer Stellungnahme des bayrischen Kriminologischen Dienstes, wonach man dort zwar keine wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Wirksamkeit von Arbeit zur Resozialisierung habe, aber: „Arbeit sei stets als selbstverständliche und wirksame Maßnahme angesehen worden; sie sei traditionsbedingt schon immer Teil des Strafvollzugs gewesen.“⁸⁸

Dieser Mangel an Empirie und diese Konzeptlosigkeit tragen dazu bei, dass das Bundesverfassungsgericht der Verfassungsbeschwerde stattgibt. Dabei orientiert sich die Entscheidung inhaltlich primär an der Vorgängerentscheidung von 1998. Mit – aus anderen Bereichen unbekannter Geduld – ermahnt das Bundesverfassungsgericht, man möge doch die dort aufgestellten Maßstäbe und Anforderungen beachten. Es tut dies, nachdem es bereits in einem Nichtannahmebeschluss 2002 die damaligen Regelungen als noch verfassungsgemäß bezeichnet hatte⁸⁹ und im obiter dictum eines Nichtannahmebeschlusses 2015 Zweifel an der Verfassungsgemäßheit der verfahrensgegenständlichen Regelung aus Rheinland-Pfalz erkennen ließ.⁹⁰

Trotz eines in dieser Sache folglich zurecht als schwerfällig kritisierten Gesetzgebers⁹¹ verschärft das Bundesverfassungsgericht seinen Maßstab in der jüngsten Entscheidung nicht.⁹² Es finden sich indes Veränderungen in den Nuancen. Erhalten geblieben ist leider die zynische Plättitüde

87 Michel Foucault, Überwachen und Strafen, 1977, 309 ff.

88 BVerfG, Urteil vom 20.6.2023, 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17, NJW 2023, 2405 (2417).

89 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2002, 2 BvR 2175/01, NJW 2002, 2023 (2025).

90 BVerfG, Beschluss vom 16.12.2015, 2 BvR 1017/14, NStZ 2016, 236 (237 f.).

91 Miriam Azinović, Gefangenenvergütung in Bayern und Nordrhein-Westfalen verfassungswidrig, NZA 2023, 1013 (1017).

92 Wohl entgegen der Deutung der Vorsitzenden des 2. Senats in der Urteilsverkündung, vgl. Lara Mann/Jaqueline Stein, Prekariat Gefängnis, VerfBlog, 22.06.2023, <https://verfassungsblog.de/prekariat-gefängnis/> (zuletzt abgerufen am: 1.08.2023); eine Intensivierung insbesondere in der Aufwertung des Wissenschaftskriteriums sehend Alexander Frammersberger/Jan Philip Kühne, Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 20.06.2023, NJW 2023, 2420 (2421).

„Anerkennung ist nicht nur ein monetäres Konzept.“⁹³ Nicht in die neue Entscheidung geschafft hat es allerdings der Satz, der dem in der alten Entscheidung folgt: „Die moderne Gesellschaft ist geradezu darauf angewiesen, dass freiwillig geleistete oder auch zugewiesene Arbeit andere als finanzielle Formen der Anerkennung erfährt.“⁹⁴

Übernommen wurde der Gedanke, dass, wenn Arbeit primär durch Geld anerkannt wird, dieses auch genug sein muss, um die Sinnhaftigkeit von Erwerbsarbeit zu vermitteln.⁹⁵ Hier ist die fortwährende Annahme erkennbar, der Grund für Strafbarkeit sei vielmals das vermeintlich leichte Geld, das über Kriminalität im Gegensatz zu ehrlicher Arbeit verdient werden könne. Deshalb müsse der Wert letzterer gezielt vermittelt werden. Auch in diesem Sinne wird Leistung von Nichtleistung abgegrenzt. Neu ist an dieser Stelle ein zwischen zwei übernommene Maßstabsteile eingeschobener nachdenklicher Satz. Ausgangspunkt für das Verhältnis von durch Geld entlohnter Arbeit und deren wahrgenommener Sinnhaftigkeit sei die „- unter Umständen gesamtgesellschaftlichen Veränderungsprozessen unterliegende – Bedeutung von Erwerbsarbeit in der Gesellschaft.“⁹⁶ Dabei prägt das Bundesverfassungsgericht eben diesen Wandel selbst. Es überlässt es – leider – dem Gesetzgeber, ein kohärierendes System der Anerkennung zu entwickeln, aber in das Zentrum seiner eigenen Ausführungen hat es die Erwerbsarbeit gestellt. Damit trägt es zum Wandel des Leistungsbegriffs bei.

D. Ableismus und Leistung

Die vorangegangenen Abschnitte haben beispielhaft gezeigt, welche Wirkmacht das Konzept der Leistung auch rechtlich entfaltet – und dies bei zentralen Entscheidungen. Dabei sei auch daran erinnert, dass weder Begriff noch Konzept im Grundgesetz fest verankert sind. Art. 33 GG vermag eine solche Rolle nicht einzunehmen. Dieser rechtlichen Heimatlosigkeit eines so zentralen Konzepts mag man abgeklärt begegnen. Man kann sich durch sie jedoch auch zu der grundsätzlichen Frage herausgefordert fühlen,

93 BVerfG, Urteil vom 1.7.1998, 2 BvR 441/90 u.a., BVerfGE 98, 169 (202); BVerfG Urteil vom 20.6.2023, 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17, NJW 2023, 2405 (2411).

94 Ebd.

95 BVerfG, Urteil vom 20.6.2023, 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17, NJW 2023, 2405 (2413).

96 Ebd.

ob Leistung überhaupt ein Differenzierungsmerkmal oder (negativ) ein Marker für Devianz sein sollte.

Michael Sandel wirft diese Frage in gewisser Hinsicht auf, wenn er schreibt: „Morally, it is unclear why the talented deserve the outsize rewards that market-driven societies lavish on the successful.“⁹⁷

Die Frage kann jedoch – über Bände der UN-Behindertenrechtskonvention – auch aus dem Inneren des öffentlichen Rechts selbst heraus gestellt werden. Dabei geht es nicht darum, auf die eine Norm zu verweisen, welche eine Anknüpfung an Leistung verbietet. Vielmehr zielt dieser Ansatz darauf ab, der Fokussierung auf Leistung den weiten Begriff des Ableismus und das soziale Modell von Behinderung entgegenzustellen. Ganz im Sinne der Disability Studies, die mit den Behindertenbewegungen maßgeblichen Einfluss auf die Genese der Konvention hatten, wird „Behinderung [...] so zum Werkzeug, um gesellschaftliche Wirklichkeit und kulturelle Praktiken noch besser erkennen zu können.“⁹⁸

I. Das soziale Modell von Behinderung

Die UN-Konvention unterscheidet zwischen Disability (Behinderung) und Impairment (Beeinträchtigung) (Art. 1 Abs. 2). Ersteres ist demnach das Ergebnis einer sozialen Konstruktion, die auf zweiterem, einer in der Person liegenden Gegebenheit beruht.

Neben die Frage der Begrifflichkeit tritt die Frage des Grundverständnisses von Behinderung. Der UN-Behindertenrechtskonvention liegt dabei das sog. soziale Modell von Behinderung zugrunde, welches Behinderung als das Ergebnis sozialer Interaktionen, also als sozial konstruiert, versteht.⁹⁹

Die vermeintliche Andersartigkeit behinderter Menschen, gegen die sich das soziale Modell richtet, ist es schlussendlich auch, an die die vorliegende Argumentation zum Konzept der Leistung anknüpft. Denn Andersartigkeit setzt im ersten Schritt eine Normalität voraus. Nicht nur Behinderung

97 Sandel (Fn. 15), 24.

98 Anne Waldschmidt, Disability Studies zur Einführung, 2020, 37.

99 Zur Bedeutung, zur Konvention und der Kritik am Modell *Colin Barnes*, Understanding the social model of disability, in Watson, Nick/Vehmas, Simo (Hrsg.), Routledge handbook of disability studies, 2. Aufl. 2020, 14 (20, 22 f., 24).

wurde und wird ausgehend von dieser Normalität definiert,¹⁰⁰ sondern auch Leistung. Dabei fällt auf, dass das historische Aufkommen einer „Normalisierungsgesellschaft“ seit Mitte des 18. Jahrhunderts¹⁰¹ dem Aufkommen des modernen Leistungsbegriffs in Deutschland im 19. Jahrhundert überraschend deutlich vorausgeht.¹⁰² Wenn aber sowohl Behinderung als auch der vermeintliche Nullpunkt der „Normalität“ historisch gewachsene soziale Konstrukte sind, dann legt das soziale Modell von Behinderung logisch auch nahe, dass Leistung ebenfalls ein solches Konstrukt ist. Dass Leistung ein Konstrukt ist und als solches unbestimbar und unmessbar, das haben viele der zu Beginn dieses Textes zitierten Soziolog*innen und Philosoph*innen bereits früh herausgestellt. Dessen ungeachtet spielt der Leistungsbegriff – wie beispielhaft gezeigt – im öffentlichen Recht nach wie vor eine wichtige Rolle. Der Neuigkeitswert liegt folglich darin, dass mit der UN-Behindertenrechtskonvention erstmals ein Rechtstext diese Erkenntnis in die Sphäre des öffentlichen Rechts trägt.

II. Ableismus

Einen weiteren zentralen Erkenntnisgewinn zum Konzept der Leistung hält der Begriff des Ableismus (engl. ableism) bereit. Während der Begriff selbst in der Konvention nicht auftaucht, bezeichnet etwa Theresia Degener die Konvention als Antwort auf Ableismus, so wie die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) die Antwort auf Sexismus sei.¹⁰³ So überrascht es kaum, dass sich der Begriff auch in der Debatte um ein postkategorisches Antidis- kriminierungsrecht wiederfindet: „Bezweckt wird [durch die Anknüpfung an ableistische Benachteiligung statt an Behinderung] eine Verschiebung des Blickes von einer selektiven Wahrnehmung von (Un-)Fähigkeit – (Dis-)Ability – verstärkt hin zu behindernden gesellschaftlichen Normvor- stellungen und Rahmenbedingungen (Ableism).“¹⁰⁴

100 *Heike Zirden*, Die Erfindung der Normalität – Einleitung, in: Lutz, Petra u.a. (Hrsg.), *Der [im-]perfekte Mensch*, 2003, 28 (28 f.).

101 Ebd.

102 Vgl. *Verheyen* (Fn. 1), 127 ff.

103 *Theresia Degener*, A New Human Rights Model of Disability, in: Della Fina, Valentina u.a. (Hrsg.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 2017, 41 (51).

104 *Doris Liebscher u.a.*, Wege aus der Essentialismusfalle, *Kritische Justiz* 2012, 204 (215).

Während diese Definition jedoch in gewisser Hinsicht nach wie vor nicht völlig postkategorisch ist, sondern Ableismus nach wie vor von der behindernden Gesellschaft aus denkt und damit den durch sie Behinderten nach wie vor mitdenkt, deutet sie mit der deutschen Übersetzung „(Un-)Fähigkeit – (Dis-)Ability“ auch einen anderen Weg. Ableismus kann eben auch, weiter verstanden, ein Ismus sein, dessen zentraler ideologischer Bestandteil die Fähigkeit ist.¹⁰⁵ In diese Richtung weist auch Tobin Siebers, wenn er von einer „ideology of ability“ schreibt: „The ideology of ability is at its simplest the preference for able-bodiedness. At its most radical, it defines the base-line by which humanness is determined, setting the measure of body and mind that gives or denies human status to individual persons. It affects nearly all of our judgments, definitions, and values about human beings, but because it is discriminatory and exclusionary, it creates social locations outside of and critical of its purview, most notably in this case, the perspective of disability.“¹⁰⁶

So betrachtet stellt sich auch rechtlich die Frage, wieso es nicht akzeptiert wird, behinderte Menschen aufgrund vermeintlich mangelnder Fähigkeit bzw. Leistung abzuwerten (Art. 5 BRK), eben diese Abwertung an den meisten anderen Stellen der rechtlich verfassten Leistungsgesellschaft aber beinahe intuitiv akzeptiert und für gegeben gehalten wird. Diese Internalisierung geht dabei sogar so weit, dass selbst in einem Text zu Ableismus unter Völkerrechtler*innen beklagt wird, das Feld selektiere nicht nach „merit“, sondern nach „social class“.¹⁰⁷

Der Philosoph Wilhelm Vossenkuhl beschreibt die hier aufgeworfene Irritation als normative Überforderung. Speziell im Hinblick auf die durch die Sozialgesetzgebung modifizierte Teilnahme behinderter Menschen an der Arbeitswelt sieht er eine Gefahr darin, dass behinderte Menschen von den Anforderungen der Leistungsgesellschaft ausgenommen seien, während ihre Kolleg*innen sich damit arrangieren müssten, weiterhin in einer solchen zu arbeiten. Er befürchtet, diese Spannung könne im sozialen Zusammenleben zulasten behinderter Menschen aufgelöst werden. Folglich bedürfe es für diese eines vielseitig abgesicherten „Freiraum[s] der Bewertung, der selbst nicht dem Leistungskriterium unterworfen ist [...], damit

105 Ähnlich auch *Gregor Wolbring*, Expanding Ableism, Society 2012, 75 (80).

106 *Tobin Siebers*, Disability Theory, 2008, 8.

107 *Lys Kulamadaiyil*, Ableism in the college of international lawyers, Leiden Journal of International Law 2023, 1 (5).

jeder einzelne nicht behinderte Mensch sich zur Anerkennung der Teilhabe der Behinderten an der beruflichen Arbeit ermutigt fühlt.“¹⁰⁸

Demnach wäre im vorliegenden Text kein Widerspruch freigelegt worden, sondern lediglich ein Ausnahmebereich. Doch zum einen enthält die konkrete Konstellation Anklänge jener Barmherzigkeit, gegen die sich Behindertenbewegung und Disability Studies lange gewehrt haben.¹⁰⁹ Zum anderen ignoriert dieser Ansatz, dass auch behinderte Menschen sich den Anforderungen der Leistungsgesellschaft stellen, ohne zugleich ihr Behindersein infrage zu stellen.¹¹⁰ Stattdessen sollte jedoch nicht das vermeintlich Besondere bei den vermeintlich Besonderen fokussiert werden, sondern deren Perspektive genutzt werden, um die Überhöhung von Leistung zu erkennen.

E. Ausblick

Die Frage, die sich nun stellt, ist jene nach den Perspektiven. Soll nun auf das Konzept der Leistung verzichtet werden? Wie soll das praktisch gehen? An dieser Stelle ist dieser Text nur ein Auftakt, der ein Problem freilegt und eine Frage formuliert, ohne zugleich oder gar zuvor schon eine Antwort parat zu haben. Nina Verheyen, mit der dieser Text startete, schließt ihrerseits mit der Forderung, der Leistungsbegriff müsse fortlaufend ausgehandelt werden¹¹¹ und könne so auch in Auseinandersetzungen

108 *Wilhelm Vossenkuhl*, Jenseits von Funktionieren und Leisten, in: Becker, Ulrich u.a. (Hrsg.), *Homo faber disabilis?*, 2015, 263 (272).

109 *Waldschmidt* (Fn. 98), II; beispielhaft *Christa Schlett*, ...Krüppel sein dagegen sehr, 2. Aufl. 1984, II („man macht so seine Erfahrungen: als »Nehmender« sei man doch immer wieder zu unterwürfiger Dankbarkeit und Katzbuckeldienerei verurteilt. Erklärte mir vor wenigen Wochen doch erst wieder ein Verwandter mit gerechtem Ernst, daß wohl jedermann in den sogenannten Himmel komme, welcher an meiner Person Christenpflicht übe. Ja, nun weiß ich endlich, zu was ich in dieser Welt nütze bin! Ist es nicht eine feine Sache, wenn man so vielen Menschen zur Seligkeit verhelfen kann?“).

110 *Karen Soldatic*, Social suffering in the neoliberal age, in: Watson, Nick/Vehmas, Simo (Hrsg.), *Routledge handbook of disability studies*, 2. Aufl. 2020, 237 (246); auch die Mindestlohnabschaffung in Behindertenwerkstätten unterstreicht die Betroffenheit vom Leistungsprinzip; siehe *Yannick Schumacher*, Der Stundenlohn in Behindertenwerkstätten – Bloß moralisch bedenklich oder sogar verfassungsrechtlich problematisch?, JuWissBlog, 29.11.2022, <https://www.juwiss.de/67-2022/> (zuletzt abgerufen am 1.08.2023).

111 *Verheyen* (Fn. 1), 207.

um soziale Gerechtigkeit nutzbar gemacht werden.¹¹² Dieses Fazit ist gewiss realitätsnah. Gleichwohl dringt es nicht zum Kern des hier aufgeworfenen Problems vor.

Daher soll stattdessen auf die jüdische Theologin und Disability-Studies-Forscherin Julia Watts Belser verwiesen werden. Sie hebt hervor, dass der religiösen Praxis des Nichtstuns am Schabbat ein großer Wert zugeschrieben wird. Nicht das Tun eines Menschen, sondern allein das Sein ist die Grundlage des Wertes.¹¹³ Die zweite Hälfte dieses Satzes hat sich die deutsche Verfassungsordnung mit Art. 1 GG bereits ins Zentrum gestellt.

112 *Verheyen* (Fn. 1), 203.

113 *Julia Watts Belser*, „Wieso soll mein Körper kein Ebenbild Gottes sein?“, Deutschlandfunk Kultur, 20.06.2021, <https://www.deutschlandfunkkultur.de/behinderung-und-glaube-wieso-soll-mein-koerper-kein-100.html> (zuletzt abgerufen am: 1.08.2023); *dies.*, Loving Our Own Bones: Rethinking disability in an ableist world, 2023, 197 ff.

