

Verfassungsinterpretation und hermeneutische Ungerechtigkeit: Ansätze für eine diskriminierungskritische Normerkenntnis

Kaie Lemken

Inhaltsübersicht

I.	„Verantwortung“ im Hintergrund von Methodendebatten	116
II.	Epistemische Ungerechtigkeit als Metakritik	118
1.	Epistemische Ungerechtigkeit als Zusammenhang zwischen Wissen und Macht	118
2.	Epistemische und hermeneutische Ungerechtigkeit	120
III.	Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG	122
1.	Das Homosexuellenurteil von 1957	122
2.	Die Entscheidung zur „Dritten Option“ von 2017	124
3.	Die „Triage“-Entscheidung von 2021	125
IV.	Potenziale für Reaktionen auf hermeneutische Ungerechtigkeit	127
V.	Vorschläge für methodologische Anschlussmöglichkeiten	129
1.	Genetische Auslegung und sozialer Wandel	129
2.	Normbereichsanalyse	130
3.	Grundrechte und die Rolle des Selbstverständnisses der Grundrechtsberechtigten	132
4.	Verfassungstheorien: Konsens oder Pluralismus	133
VI.	Ausblick	134

Kritische Theorien¹ provozieren und beantworten Fragen nach gesellschaftlichen Zusammenhängen und Machtverhältnissen, in denen Erkenntnis- und Entscheidungsprozesse stehen. Auf das Recht gewendet können sie damit Praktiken der Rechtsinterpretation und der Rechtssetzung durch Parlamente, Verwaltung und Gerichte kritisieren sowie auch andere Beteiligte, die mit Recht arbeiten, insbesondere die Rechtswissenschaften. Typisch für kritische Theorien ist dabei unter anderem, auch vermeintlich rein rationale Erkenntnisprozesse in politische Zusammenhänge einzuordnen und damit eine politische Kritik zu ermöglichen.² Wie aber können die Lehren aus dieser Kritik ihren Weg zurück in die Erkenntnispraxis finden?

Um dieser Frage bezogen aufs Verfassungsrecht nachzugehen, möchte ich – nach einer kurzen Einordnung des Zusammenhangs zwischen sozialer Verantwortung und juristischer Methodik in klassischen³ methodologischen Diskursen – das Konzept der epistemischen Ungerechtigkeit als eine bestimmte Form politischer Kritik an Erkenntnis vorstellen. Danach zeige ich anhand einiger Beispielen, dass epistemische Ungerechtigkeit, vor allen in der Ausprägung der hermeneutischen Ungerechtigkeit, für Verfassungsinterpretation ohnehin bereits eine Rolle spielt. Schließlich frage ich grundsätzlich und bezogen auf juristische Methoden nach reflektierten Möglichkeiten des Umgangs mit hermeneutischen Ungerechtigkeiten und versuche so das Konzept für juristische Methodologie fruchtbar zu machen.

I. „Verantwortung“ im Hintergrund von Methodendebatten

Dass juristische Methodik nicht ausschließlich von der Gesellschaft losgelösten Rationalitätsanforderungen unterliegt, ist nicht nur eine Behaup-

1 Mit kritischen Theorien meine ich an dieser Stelle nicht primär die Kritische Theorie der Frankfurter Schule, sondern vor allem Kritiken des Feminismus, des Postkolonialismus, der Disability Studies usw., deren Rechtskritiken meist unter *Critical Legal Studies* zusammengefasst werden, vgl. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 3. Aufl., 2017, § 4 Rn. 187 – 212.

2 Vgl. für die Critical Legal Studies Baer, Rechtssoziologie (Fn. 1), Rn. 193 – 196.

3 Begriff angelehnt an Horkheimer, Traditionelle und kritische Theorie (1937), in: Traditionelle und kritische Theorie. 4 Aufsätze, 1970, S. 12. Indem ich den Begriff der kritischen Theorie weicher fasse als dort formuliert, soll auch der Begriff der „klassischen Theorie“ an Schärfe verlieren.

tung der kritischen Theorien des Rechts. Dass sie stattdessen auch etwas mit ethischen und politischen Fragestellungen zu tun hat, ist in rechtstheoretischer und methodologischer Literatur ein wiederkehrendes Thema; jedenfalls außerhalb von natur- oder vernunftrechtlichen Perspektiven⁴ sind diese Fragestellungen aber nicht zentraler Gegenstand der methodologischen Reflexion.

Beispielsweise hat die Methodenkritik *Joseph Essers* mit den Mitteln der Hermeneutik zum Ziel, die Arbeit von Richter:innen und Dogmatiker:innen durch Aufklärung über außerrationale Einflüsse gerade vor politischer Vereinnahmung zu schützen.⁵ Schon die Rechtserkenntnis ist also ein vorgeprägter Raum, aus dem Politik und soziale Bedingtheit nicht völlig verdrängt werden können. Esser sieht in der Folge einen Zusammenhang von Rationalität und von persönlicher und sozialer Verantwortung und eine Verantwortlichkeit für Vorverständnisse und letztliche Entscheidung.⁶

Auf ähnliche Weise ist der Begriff der Verantwortlichkeit in aktuelleren Methodologien vergleichbarer Tradition präsent. Z. B. sprechen *Friedrich Müller* und *Ralph Christensen* davon, dass verfassungsrechtliche Methodik unabhängig von der Wahl einer bestimmten Methode unter dem Grundgesetz „demokratisch verantwortlich“ sein muss, gerade vor dem Hintergrund der Unmöglichkeit objektiver Rechtserkenntnis.⁷ Erkennen ist nach ihnen immer in einen Lebens- und Handlungszusammenhang eingebunden, schon Interpretation ist reflektiertes Handeln.⁸ Sofern dies anerkannt wird, hat auch juristische Rechtserkenntnis eine politische Dimension.⁹

Es ist insofern in meinen Augen naheliegend, dass sich juristische Methodik mit praktischen, politischen Kritiken beschäftigen sollte, einerseits um einer wie auch immer gearteten „Richtigkeit“ ihrer Erkenntnis willen, anderseits wegen ihrer ethischen und politischen Bedeutung. Dabei erscheint mir eine auf methodische Nuancen eingehende Anwendung der

4 Beispielhaft hierfür *Dworkin*, *Taking rights seriously*, Neue Aufl., 1997, S. 131 – 134 für Fragen der Verfassungsauslegung.

5 Vgl. *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 1970, S. 138.

6 Vgl. *Esser*, *Vorverständnis* (Fn. 5), S. 80, 113, 118.

7 Vgl. *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Band I, *Grundlagen des Öffentlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, Rn. 6.

8 Vgl. *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik* (Fn. 7), Rn. 11.

9 Demgegenüber ist z. B. in *Kelsens Reiner Rechtslehre* die Wahl zwischen vertretbaren Auslegungsalternativen eine politische, was nach *Kelsen* aber auch die Grenze der rechtlichen Erkenntnismöglichkeiten markiert, vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 350 – 352.

Kritiken besonders gewinnbringend. Insbesondere wenn diese kritischen Theorien für sich genommen eher philosophischer Natur sind, stellt sich aber die Frage, *auf welche Weise* ihre Perspektiven für methodische Fragen in Rechtswissenschaft und -praxis eine Rolle spielen können.

II. Epistemische Ungerechtigkeit als Metakritik

Zur Beantwortung dieser Frage möchte ich auf der Ebene der politischen Kritiken von einzelnen Theorien abstrahieren und dafür einen systematischen Zugang suchen. Es braucht also Konzepte, die verschiedenen kritischen Theorien gemeinsam sind. Sicher werden sich viele solche Gemeinsamkeiten finden – jedenfalls aber ist eine dieser „Metatheorien“ das Konzept epistemischer oder kognitiver Ungerechtigkeit.

1. Epistemische Ungerechtigkeit als Zusammenhang zwischen Wissen und Macht

Der Begriff der epistemischen oder kognitiven Ungerechtigkeit zielt auf eine Benachteiligung gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in Systemen¹⁰ und vor allem in den und durch die auf sie bezogenen Praktiken¹¹ des Wissens. Er hat seinen Ursprung sowohl in der feministischen als auch der post-/dekolonialen Theorie und ist dabei nur eine der vielen Varianten der Formulierung eines Zusammenhangs zwischen Wissen und sozialer Machtverteilung.¹²

Von feministischer Seite wurde der Begriff „epistemische Ungerechtigkeit“ (epistemic injustice)¹³ von *Miranda Fricker* geprägt. Mit ihrem Konzept epistemischer Ungerechtigkeit beschreibt sie einen bedingenden Zusammenhang zwischen sozialer Benachteiligung und einer epistemischen Benachteiligung und macht damit auf die politische Dimension von Wissen aufmerksam.¹⁴ Ihr Modell für epistemisch relevante Formen sozialer

10 Damit meine ich z. B. Begriffssysteme in bestimmten Gesetzen, aber auch eine (gedachte) Gesamtheit gesellschaftlichen Wissens.

11 Damit meine ich Vorgänge, in denen Wissen produziert und geteilt wird.

12 Für weitere Formulierungen dieses Zusammenhangs sind insbesondere die Werke von Michel Foucault zu nennen oder z. B. auch Spivak, *Can the Subaltern Speak? Postcolonialität und subalterne Artikulation*, 2008.

13 Vgl. *Fricker, Epistemic injustice. Power and the Ethics of Knowing*, 2007.

14 Vgl. *Fricker, Epistemic injustice* (Fn. 13), S. 2.

Benachteiligung basiert dabei darauf, dass Machtverhältnisse in sozialen Beziehungen immer auch anhand von sozialen Identitäten und den Eigenschaften, die ihnen diskursiv zugeschrieben werden, strukturiert sind.¹⁵ Wenn solche Zuschreibungen anhand einer sozialen Identität nachteilig sind (identity prejudice),¹⁶ können sie sich auf ungerechte Weise auch auf Situationen auswirken, in denen Personen etwas wissen oder Wissen produzieren oder teilen.

Von dekolonialer¹⁷ Seite stammen Ausarbeitungen des Konzepts z. B. von *Boaventura de Sousa Santos* in der Formulierung „kognitive Ungerechtigkeit“ (cognitive injustice). In seiner globaleren und weniger akteur:innenzentrierten Perspektive kritisiert er einen grundsätzlich ungleichen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen und seiner Produktion als Problem des Verhältnisses verschiedener Wissenskulturen bzw. -traditionen, das durch den Kolonialismus geprägt ist. Wissenschaftliches Wissen konstituiere sich auch gerade dadurch, bestimmte Wissenstraditionen auszuschließen.¹⁸ Dass bestimmte Ansichten gerade bestimmter Personen kein Wissen sein könnten, sei dabei verbunden mit einer Praxis der Entmenschlichung dieser Personen.¹⁹

Diese Formulierung des Zusammenhangs zwischen Wissen und sozialer Machtverteilung als *epistemische Ungerechtigkeit*²⁰ hat zwei Stoßrichtungen, die ich besonders hervorheben möchte: Sie stellt sowohl eine epistemische als auch eine ethische Kritik am Ausschluss marginalisierter Gruppen aus dem Wissen und seiner Produktion dar. Eine epistemische Kritik liegt in ihr insofern, als dass epistemische Ungerechtigkeit ein Problem der Wahrheitsfindung darstellt: Die durch sie hervorgebrachten Verzerrungen stehen einer adäquateren Beschreibung der Wirklichkeit im Weg.²¹ Mit dem Begriff von Ungerechtigkeit, von „injustice“, hat die Kritik aber genauso eine ethische Komponente: Einer Person oder einer Gruppe wird

15 Vgl. Fricker, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 13 f. Macht meint für sie dabei die Fähigkeit, in einer Situation das Verhalten anderer zu kontrollieren.

16 Vgl. Fricker, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 6, 27 – 29.

17 Dekoloniale Theorien, eng verwandt mit den bekannteren postkolonialen Theorien, zielen spezifisch auf eine Kritik und Überwindung kolonialer Strukturen im Wissen und haben vor allem in Lateinamerika ihren Ursprung, vgl. z. B. Quijano, Cultural Studies Vol. 21, S. 168 (177).

18 Vgl. de Sousa Santos, Epistemologies of the South. Justice against epistemicide, 2014, insb. S. 118 – 133.

19 Vgl. de Sousa Santos, Epistemologies (Fn. 18), S. 122.

20 Im Folgenden werde ich mich schwerpunktmäßig an Fricker anlehnen.

21 Vgl. Fricker, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 43.

mit der epistemischen Schieflage ein Unrecht getan. Diese ethische Dimension ergibt sich daraus oder verschärft sich jedenfalls dadurch, dass epistemische Ungerechtigkeit kein zufälliger Irrtum ist, sondern gerade in Zusammenhang mit einer Tradition gesellschaftlicher (oder globaler) Marginalisierung steht.²² Bestimmte Personengruppen sind dann systematisch davon betroffen, dass sie in Kontexten, in denen es um Wissen und Wissensproduktion geht, benachteiligt werden.²³ Dieses Unrecht hat dabei auch eine politische Dimension, insofern es die Freiheit betrifft, sich in einem politischen Diskurs erfolgreich zu äußern.²⁴

Dass diese epistemische Marginalisierung damit bis zu einem gewissen Grad in bestimmten Situationen erwartbar ist (nämlich in solchen, in denen es um Wissen von und über marginalisierte Personengruppen geht), macht sie aber auch zugänglicher für einen verantwortlichen Umgang mit ihr.²⁵ Darauf zielt diese Untersuchung ab.

2. Epistemische und hermeneutische Ungerechtigkeit

Fricker unterteilt epistemische Ungerechtigkeit in zwei Aspekte: in testimoniale Ungerechtigkeit (testimonial injustice) und hermeneutische Ungerechtigkeit (hermeneutical injustice).

Testimoniale Ungerechtigkeit liegt vor, wenn marginalisierten Personen aufgrund eines ungerechtfertigten Vorurteils in Bezug auf ihre marginalisierte soziale Identität weniger Glaubwürdigkeit zugeschrieben wird.²⁶ *Fricker* erkennt hierin eine Form von Objektivierung: Hinsichtlich ihrer Fähigkeit zu wissen wird den in dieser Hinsicht marginalisierten Personen ihr Status als Subjekt abgesprochen.²⁷ Von einzelnen Situationen abstrahiert führt dies zu einem Ausschluss von sozialen Praktiken, die Wissen erzeugen – was wiederum den Hintergrund für die zweite Form epistemi-

22 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 41 – 48.

23 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 48.

24 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 43.

25 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 105, S. 67 – 71 explizit zum Begriff einer Verantwortung bei der Tätigkeit des Urteilens.

26 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 28.

27 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 135. Gleichzeitig kann auch die testimoniale Ungerechtigkeit ihren Grund in einem Bild des Gegenübers haben, das diesem die Menschlichkeit abspricht, insbesondere bei rassistischen Vorurteilen. Vgl. hierzu *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 44f. und insbesondere *de Sousa Santos*, Epistemologies (Fn. 18), S. 122.

scher Ungerechtigkeit nach *Fricker* bildet,²⁸ die hermeneutische Ungerechtigkeit.

Hermeneutische Ungerechtigkeit liegt vor, wenn Erfahrungen von Personen mit einer marginalisierten Identität (marginalisiert durch ein „structural identity prejudice“) aufgrund dieser Marginalisierung nicht angemessen kollektiv verstanden werden,²⁹ also in vorherrschenden kollektiven Wissenssystemen nicht angemessen abgebildet werden. *Fricker* beschreibt hier eine Verzerrung zum Nachteil marginalisierter Identitäten in den hermeneutischen Ressourcen, dem (verfügaren) Wissen selbst. Das kann auch die Möglichkeit der marginalisierten Personen betreffen, sich selbst zu beschreiben, denn diese müssen, um Begriffe für ihre Selbstbeschreibung zu finden, auf dieses kollektive Wissen zugreifen.³⁰

Beide Formen epistemischer Ungerechtigkeit haben dabei für die Betroffenen in konkreten Situationen nachteilige Auswirkungen. *Fricker* nennt hier selbst eine Situation vor Gericht als Beispiel:³¹ Eine glaubwürdige und plausible Darlegung der eigenen Erfahrung und des eigenen Standpunktes ist für einen günstigen Ausgang eines Gerichtsverfahrens regelmäßig entscheidend. Trennscharf zu unterscheiden sind die beiden Formen epistemischer Ungerechtigkeit nicht. Was das Recht angeht, können sie aber in unterschiedlichen Bereichen schwerpunktmaßige Relevanz haben: Ich würde testimoniale Ungerechtigkeit vor allem im Prozessrecht als Problem der Glaubwürdigkeit und in den Rechtswissenschaften als Frage von Stellenbesetzungen und von Rezeptionszusammenhängen verorten. Hermeneutische Ungerechtigkeit scheint dagegen eher relevant für die Tätigkeit der Verfassungsinterpretation selbst zu sein, abstrahierbar von der Einkleidung in einen Prozess. Die Kritik hermeneutischer Ungerechtigkeit und ihr Zusammenhang mit Interpretation gehen dabei über die klassische Methodenkritik der Hermeneutik hinaus: nämlich insofern, als dass gesellschaftliche Machtverhältnisse gezielt miteinbezogen werden. Es wird nicht die Existenz eines Vorverständnisses problematisiert, sondern es wird eingeordnet und bewertet.

28 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 152.

29 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 155.

30 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 162.

31 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 23 – 27. *Fricker* benutzt den Gerichtsprozess in Harper Lees „To Kill a Mockingbird“ als ein zentrales Beispiel in ihren Analysen.

III. Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG

Dass hermeneutische Ungerechtigkeit jedenfalls für die Interpretation von Normen relevant ist, in deren Anwendungsbereich gesellschaftliche Marginalisierung eine zentrale Rolle spielt, möchte ich im Folgenden mit drei Entscheidungen des BVerfG belegen: Dem Homosexuellenurteil von 1957,³² dem Beschluss zur sog. „Dritten Option“ von 2017³³ und der „Triage“-Entscheidung von 2021.³⁴

1. Das Homosexuellenurteil von 1957

In einem Urteil von 1957 erklärte das BVerfG die (ausschließliche) Strafbarkeit von sexuellen Handlungen zwischen Männern gem. § 175 StGB a. F. für verfassungskonform. Es liege weder eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG (stellenweise in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geprüft) noch eine Verletzung von Gleichheitssätzen vor.

Der Schwerpunkt der Prüfung des Gerichts lag dabei auf der Frage, ob die Gleichheitssätze und insbesondere das Verbot der Diskriminierung anhand des Geschlechts gem. Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG überhaupt anwendbar seien. Dafür zog es eine Reihe von Sachverständigen aus der Sexualforschung, der Medizin, der Psychologie, der Soziologie sowie aus der Jugendarbeit und der Polizei heran, um die Frage der Unterschiedlichkeit (cis-)männlicher und weiblicher Homosexualität zu klären.³⁵ Die im Urteil wiedergegebenen Einschätzungen der Sachverständigen waren dabei durchaus heterogen bei der Frage, ob die individuellen und sozialen Unterschiede, die alle Stellungnahmen bestätigten (insbesondere die geringere soziale Sichtbarkeit weiblicher Homosexualität), biologisch oder durch aktuelle soziale Umstände bedingt seien.³⁶ Die Tendenz ging jedoch in Richtung zwingender biologischer Unterschiede. Das BVerfG nahm dies als Grundlage für die Feststellung, dass männliche und weibliche Homosexualität keine vergleichbaren Sachverhalte darstellen würden.³⁷ Männliche

32 BVerfG, Urteil v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 – *Homosexuelle*.

33 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 ff.

34 BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20.

35 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 35 – 44.

36 Vgl. z. B. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 73 ff. und 104 ff.

37 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 161.

Homosexualität wurde als von häufigen Partnerwechseln und gesteigerter Aggressivität geprägt verstanden,³⁸ lesbische Sexualität sei hingegen von einer „zärtlichen Frauenfreundschaft“ kaum zu unterscheiden.³⁹ Die Auslegung, dass Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG nicht einschlägig seien, wurde ferner damit gestützt, dass bei der Ausarbeitung der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG das Verhältnis weiblicher und männlicher Homosexualität keine Rolle spielte.⁴⁰

Eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit wurde mit Verweis auf die Schranke des Sittengesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG abgelehnt, wobei zur Ausfüllung des Begriffs „Sittengesetz“ vor allem die Einschätzungen der beiden christlichen Konfessionen heranzuziehen seien;⁴¹ demgegenüber hätten andere Perspektiven aus „interessierten Kreisen“ (zu lesen wohl als: aus betroffenen und daher voreingenommenen Kreisen) keine besondere Relevanz.⁴²

Sowohl die Beurteilungen der Sachverständigen als auch die des Gerichts selbst wirken heute hoffnungslos veraltet – ich schildere beides deshalb, weil an ihnen die Wirkung epistemischer Ungerechtigkeit gut zu erkennen ist. Diese tritt dabei an unterschiedlichen Stellen zu Tage: Bereits die ausschließliche Hinzuziehung von Sachverständigen, die Homosexualität als Objekt ihrer Forschung oder ihrer Arbeit haben, statt auch (offen) homosexuelle Menschen, von den Antragstellern abgesehen, zur Sprache kommen zu lassen, ist wohl Ausdruck dessen, was Fricker testimoniale Ungerechtigkeit nennt. Ebenfalls spielt diese eine Rolle, wenn das Gericht die Einschätzung betroffener Kreise für unbeachtlich erklärt. Mit Blick auf hermeneutische Ungerechtigkeit ist an der Entscheidung des Gerichts bemerkenswert, dass eine grundsätzliche Vergleichbarkeit männlicher und weiblicher Sexualität kaum ernsthaft erwogen wird.⁴³ Die ergänzende historische Auslegung, die den Denkhorizont des Parlamentarischen Rats zur Grenze der Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG erklärt, wirkt hier schließlich als Perpetuierung der mangelnden Repräsentation von Homosexualität im Wissen.

38 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 152.

39 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 155.

40 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 157 – 159.

41 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 167 f.

42 Vgl. BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 174.

43 Die abweichenden Sachverständigeneinschätzungen werden so gewertet, dass sie die Unterschiede zwischen männlicher und weiblicher Sexualität nur anders erklären, BVerfG, *Homosexuelle* (Fn. 32), juris Rn. 156.

2. Die Entscheidung zur „Dritten Option“ von 2017

Der Umgang des BVerfG sowohl mit Betroffenen als auch mit historischer Auslegung im Kontext hermeneutischer Ungerechtigkeit hat sich seither gewandelt. Das wird z. B. am Beschluss des BVerfG zur sog. „Dritten Option“ von 2017 anschaulich, in dem es (primär) um die verfassungsrechtliche Anerkennung des Geschlechts von intersexuellen Personen (Personen mit „Varianten der Geschlechtsentwicklung“) und die Pflicht des Gesetzgebers ging, dafür einen positiven Eintrag im Personenstandsrecht zu schaffen. Im Verfahren wurden dabei nicht nur medizinische Verbände wie die Bundesärztekammer angehört, sondern auch verschiedene Betroffenenverbände.⁴⁴

Neben dem Schutz der geschlechtlichen Identität durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, der bereits durch die Rechtsprechung zu Transidentität etabliert war,⁴⁵ behandelt das Urteil vor allem den Schutzgehalt des Geschlechtsbegriffs in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Dieser war in der bisherigen Rechtsprechung immer als identisch mit dem von Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG, also der Gleichberechtigung von Männern und Frauen, definiert worden.⁴⁶ Nun kommt das Gericht aber zu dem Schluss, dass auch Personen außerhalb der geschlechtlichen Binarität unter den Geschlechtsbegriff des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG subsumierbar sind.⁴⁷ Hierzu kommt es vor allem mittels einer teleologischen Auslegung: Diese ergebe, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerade den Schutz der Personen ermöglichen sollte, die in den Worten des BVerfG „strukturell diskriminierungsgefährdet[...]“ seien.⁴⁸ Auch intersexuelle bzw. nicht binäre Identitäten in ihrem Geschlecht durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu schützen, stehe nicht entgegen, dass die Verfassungsgeber:innen 1947 nur binäre Geschlechter vor Augen hatten. Das Gericht verweist auf das heute weiter fortgeschrittene Wissen über geschlechtliche Identitäten.⁴⁹ Das vergangene Geschlechtsverständnis des Gerichts wird mit Hinweis darauf abgetan, dass dieses eine Beschreibung des damaligen gesellschaftlichen und rechtlichen Verständnisses der Geschlechtszugehörigkeit war.⁵⁰

44 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 18.

45 Letzte zentrale Entscheidung hierzu BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109.

46 Vgl. z. B. BVerfG, 26.1.1977 – 1 BvL 17/73, BVerfGE 43, 213 (225).

47 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 58.

48 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 59.

49 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 61.

50 Vgl. BVerfGE 147, 1 (Fn. 32), Rn. 50, allerdings mit Verweis auf eine Entscheidung, in der es nicht spezifisch um Art. 3 III GG ging.

Die Entscheidung wurde teilweise für eine intransparente und ungerechtfertigte Implementierung von „Geschlechtertheorie“ in die Verfassungsinterpretation kritisiert.⁵¹ Mir scheint, dass das Gericht eine Instanz epistemischer Ungerechtigkeit verarbeitete: Das breitere gesellschaftliche Bewusstsein über die Existenz von Intersexualität und Nichtbinarität und deren Anerkennung als eigene geschlechtliche Kategorie ist Ergebnis von Forschung und von Lobbyarbeit der Betroffenenverbände. Dieses Wissen hatte im gesamtgesellschaftlichen Kontext bis vor einigen Jahren kaum eine Möglichkeit zu existieren; anders formuliert war es aufgrund einer Konstellation hermeneutischer Ungerechtigkeit, der starken Marginalisierung geschlechtlicher Minderheiten, kaum sichtbar. Dies nimmt das Gericht zum Anlass, einer zweckorientierten Auslegung den Vorzug zu geben.

3. Die „Triage“-Entscheidung von 2021

Noch zentraler befasst sich das Bundesverfassungsgericht mit einer Konstellation hermeneutischer Ungerechtigkeit in der Entscheidung zur „Triage“, also zu Priorisierungsentscheidungen, wenn medizinische Ressourcen nicht ausreichen, um alle Personen mit Bedarf intensivmedizinisch zu behandeln,⁵² was Ende 2021 aufgrund der Covid-19-Pandemie in Deutschland wie auch in anderen Ländern ein realistisches Szenario war. Der Beschluss behandelt eine Verpflichtung des Gesetzgebers, auf die spezifische Gefährdung der medizinischen Versorgung von behinderten Menschen bei einer drohenden Triagesituation auf den Intensivstationen aufgrund der Coronapandemie zu reagieren. Wie in einer solchen Situation zu entscheiden sei, war bisher ungeregelt. Empfehlungen z. B. der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) empfahlen eine Priorisierung von lebensrettenden Behandlungen nach den Erfolgsaussichten dieser Behandlungen, um in der konkreten Situation möglichst viele Menschenleben zu retten. In die Prognose der Erfolgsaussichten der zu behandelnden Person, die konkrete Infektion zu überleben, sollten dabei insbesondere auch Komorbiditäten und eine Einschätzung der allgemeinen Gebrechlichkeit einbezogen werden.⁵³

51 Insb. *Rixen*, JZ 2018, 317 (z. B. 320).

52 Vgl. zum Begriffsverständnis BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 9.

53 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 9.

Offensichtlich vor allem mit Blick auf Krankenhäuser in privater Trägerschaft⁵⁴ konkretisierte das Gericht die objektive Wertentscheidung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu einer konkreten Schutzpflicht des Staates, sofern eine Benachteiligung durch Dritte aufgrund von Behinderung (unter anderem) hochrangige Rechtsgüter und insbesondere das Leben bedroht.⁵⁵ Eine solche Gefährdungslage liege bei einer drohenden Triagesituation vor: Vor allem Kriterien wie Komorbiditäten und „Gebrechlichkeit“ seien Einfallstore für eine pauschalierend schlechtere (und damit falsche) Einschätzung dafür, ob die Behandlung von behinderten Menschen Erfolg habe.⁵⁶ Das konkrete Risiko macht das BVerfG daran fest, dass nach Einschätzung sachkundiger Dritter (was vor allem auch eine Interessenvertretung von Betroffenen meinte)⁵⁷ die Situation von behinderten Menschen mangels entsprechender Schulungen und durch unbewusste Stereotypisierung durch das medizinische Personal oft falsch beurteilt wird. Hierfür gebe es ebenfalls in wissenschaftlichen Studien Anhaltspunkte.⁵⁸ Diesem konkreten Risiko müsse durch Regelungen begegnet werden, die das Risiko für falsche – ableistische⁵⁹ – medizinische Beurteilungen behinderter Menschen durch medizinisches Personal senkten. Ob der Gesetzgeber dieser Pflicht durch die positive Festlegung von Triagekriterien oder durch die gesetzliche Verankerung andere Maßnahmen wie z. B. Schulungen nachkomme, liege in seinem Gestaltungsspielraum.⁶⁰ Demgegenüber stellte das Gericht (ohne weitere Erörterung) fest, dass das Kriterium der Erfolgsaussichten für die Priorisierung von lebensrettenden Behandlungen mit der Verfassung vereinbar sei.⁶¹ Es umging damit die Diskussion, wie mit der mittelbaren Diskriminierung behinderter Menschen, die ganz grundsätzlich in dem Kriterium der Erfolgsaussichten liegt, umzugehen ist.⁶²

54 Krankenhäuser in öffentlicher Hand, die an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG unmittelbar gebunden wären, werden nur in einem Satz erwähnt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn 129.

55 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 97.

56 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 114 – 121.

57 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 113.

58 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 113.

59 Ableismus meint Diskriminierung aufgrund von Behinderung, vor allem dadurch, dass implizit nichtbehinderte Personen zur Norm gemacht werden.

60 Vgl. insb. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 126 – 128.

61 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 118.

62 Dies scharf kritisierend Walter, NJW 2022, 363 (364): „Nach dieser Triage wird der Anteil von Menschen mit Behinderung an der Gesamtbevölkerung niedriger sein.“

Das Risiko für eine Diskriminierung und damit eine Verpflichtung des Gesetzgebers, vor ihr zu schützen, macht das BVerfG also daran fest, dass es bei medizinischem Personal an adäquatem Wissen über Behinderung fehlt: Es konstatiert mit anderen Worten im medizinischen Bereich eine Konstellation hermeneutischer Ungerechtigkeit, die von Betroffenenverbänden auch unabhängig von den konkreten Gefahren der Pandemie kritisiert wird und in den Stellungnahmen der Betroffenen- und Interessenverbände einen großen Raum einnahm.⁶³ Überlegungen, wie die eigene Auslegung (möglichlicherweise auch die Nichtberücksichtigung mittelbarer Diskriminierung durch das Kriterium der Erfolgschancen selbst) durch hermeneutische Ungerechtigkeit beeinflusst wird, macht das Gericht nicht explizit.

Die drei Beispiele zeigen, wie hermeneutische Ungerechtigkeit verfassungsrechtliche Entscheidungen drastisch beeinflusst, wie sie im Rahmen klassischer Auslegungsmethoden Eingang in methodische Reflexion findet und als soziales Phänomen im Anwendungsbereich von Normen festgestellt werden kann. Um einen Ansatzpunkt für einen systematischen Umgang mit hermeneutischer Ungerechtigkeit in der Verfassungsinterpretation zu gewinnen, lohnt sich nun ein Blick auf die in den Theorien zu epistemischer Ungerechtigkeit selbst vorgeschlagenen Reaktionsmöglichkeiten auf dieses Phänomen.

IV. Potenziale für Reaktionen auf hermeneutische Ungerechtigkeit

Wie Kritik der klassischen Hermeneutik ist eine Methodenkritik durch den Verweis auf hermeneutische Ungerechtigkeit nur produktiv, soweit es tatsächlich Reaktionsmöglichkeiten auf sie gibt, erkennende Subjekte den hermeneutischen Schieflagen also nicht völlig ausgeliefert sind. Der Zusammenhang zwischen Wissen und gesellschaftlicher Machtverteilung ist allerdings gleichzeitig nichts, was im engeren Sinn überwunden werden kann. *De Sousa Santos* und *Fricker* schlagen daher Lösungen vor, die beide auf einen Wandel der hermeneutischen Ressourcen zielen.⁶⁴ Sie verfolgen dabei sehr unterschiedliche Ansätze: *De Sousa Santos* folgt daraus, dass

63 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 (Fn. 34), Rn. 40 – 65.

64 *Fricker* wendet sich gegen Ansätze, die aus der Verflechtung von Wissen und Vernunft auf der einen und sozialen Machtbeziehungen auf der anderen Seite den Schluss ziehen, dass der Zusammenhang zwischen Macht und Wissen nicht bewusst gestaltet werden kann, vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 2 f.

etabliertes wissenschaftliches Wissen sich auch durch einen kolonial geprägten Ausschluss anderen Wissens ergibt, dass Skepsis gegenüber Expert:innenwissen angebracht ist. Er stellt das Konzept des klassischen Kanons in Frage und betont den Wert von nicht-wissenschaftlichen Formen des Wissens.⁶⁵ Diese Strategie beruht dabei nicht auf einer grundsätzlichen Ablehnung von Wissenschaft, sondern ist der Versuch, gegen-hegemonialen Perspektiven Raum und eine gleichwertige Chance zu geben.⁶⁶ Für juristische Fragen wäre dieser Ansatz z. B. im Rahmen von Beteiligungsmöglichkeiten von Betroffenenverbänden an Prozessen und im Rahmen von Gesetzgebung relevant. Außerdem wirft er Fragen auf für das Verhältnis des Einflusses von z. B. Expert:innenkommissionen und Betroffenenperspektiven. Die drei Beispiele aus dem letzten Kapitel zeigen hier beispielhaft, wie sich die Auswahl derjenigen Gruppen und Personen, die im Rahmen eines Verfahrens vor dem BVerfG angehört werden, gewandelt hat, wohl vor allem ermöglicht durch die Einführung des § 27a BVerfGG. Dieser regelt die Stellungnahme „sachkundiger Dritter“ (typischerweise gesellschaftliche Gruppen und Interessenverbände), gerade im Gegensatz zum Sachverständigengutachten.⁶⁷

Die Potenziale zur Reaktion auf epistemische Ungerechtigkeit, die *Fricker* identifiziert, sind deutlich individualistischer gedacht und haben spezifische Kommunikationssituationen vor Augen. *Fricker* fragt danach, mit welchen Tugenden auf epistemische Ungerechtigkeit reagiert werden kann. Diese Tugenden haben einerseits einen intellektuellen Charakter und dienen der besseren Wahrheitsfindung, ähnlich wie z. B. die Tugend, keine voreiligen Schlüsse zu ziehen.⁶⁸ Andererseits zielen sie auf soziale Gerechtigkeit. *Fricker* bezeichnet sie daher als hybride Tugenden.⁶⁹

In einem hermeneutischen Umfeld, in dem eine Benachteiligung marginalisierter Identitäten besteht, sollte diese mit eigenen intellektuellen Anstrengungen ausgeglichen werden. Die Form der Anstrengung, die dabei ein Verhaftetbleiben in epistemischer Ungerechtigkeit von einem adäquaten Versuch, diese Ungerechtigkeit auszugleichen, unterscheidet, ist der Unterschied zwischen einer bei der Meinungsbildung routinierten und einer außergewöhnlichen Anstrengung,⁷⁰ die die vorhandenen kritischen Ressourcen miteinbezieht. Denn Vorurteile können nur mit

65 Vgl. *de Sousa Santos*, Epistemologies (Fn. 18), S. 58.

66 Vgl. *de Sousa Santos*, Epistemologies (Fn. 18), S. 66 u. 190.

67 Vgl. Scheffczyk, in: BeckOK BVerfGG, Ed. 1.12.2021, § 27a, Rn. 2 – 5.

68 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 124.

69 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 120.

70 Vgl. *Fricker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 104 f.

Hilfe kritischer Konzepte ausgeglichen werden. Das Reaktionspotenzial auf epistemische Ungerechtigkeit liegt damit auch darin, dass Diskurse nie monolithisch sind,⁷¹ es also immer kritische(re) und weniger kritische Perspektiven gibt, deren Einbeziehung zu gerechteren oder weniger gerechten Ergebnissen führen kann.

Um zu erkennen, wann diese zusätzliche Anstrengung angebracht wäre, schlägt *Friker* eine „reflexive critical sensitivity“ beim Zuhören und bei der Meinungsbildung vor.⁷² Diese könnte z. B. durch die Frage umgesetzt werden, ob eine formulierte Position in einem Wissenssystem, dass marginalisierten Gruppen eine bessere Stellung zugestehen würde, plausibler wäre.

V. Vorschläge für methodologische Anschlussmöglichkeiten

Wie würden diese Tugenden Eingang in juristische Methodiken finden? Hierfür möchte ich zum Abschluss einige Vorschläge machen oder jedenfalls einige Verortungen vornehmen. Dabei denke ich nicht, dass eine Berücksichtigung von Konstellationen hermeneutischer Ungerechtigkeit dazu prädestiniert ist, eine von Normen losgelöste, unmittelbar einer Idee von Gerechtigkeit verpflichtete Problemanalyse darzustellen, sondern dass ihre Berücksichtigung auch Eingang in methodisch stärker strukturierte Argumente finden kann.

1. Genetische Auslegung und sozialer Wandel

Der Beschluss zur „Dritten Option“ führt beispielhaft vor Augen, wie Fragen des gesellschaftlichen Wandels zuallererst für historische und vor allem genetische (also auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bezogene) Auslegungsansätze eine Rolle spielen.

Frikers Vorschlag einer „reflexive critical sensitivity“ könnte hier eine Möglichkeit für eine verantwortlichen Umgang mit hermeneutischer Ungerechtigkeit darstellen, da diese Ansätze besonders geneigt sind, hermeneutische Ungerechtigkeit zu perpetuieren. Es kann gefragt werden: Was war das historische Verständnis von z. B. bestimmten Identitäten oder Er-

71 Vgl. *Friker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 104, mit Blick auf moralische Diskurse.

72 Vgl. *Friker*, Epistemic injustice (Fn. 13), S. 7.

fahrungen, wie es sich aus Gesetzgebungsmaterialien ergibt? Sind Perspektiven von Betroffenen eingegangen oder stellt das Verständnis einen Blick von außen dar? War das Begriffsverständnis der Normgebenden eines, das aufgrund unreflektierter Reproduktion vorherrschender Perspektiven oder im Gegenteil aufgrund einer reflektierenden Überlegung entstand?

Solche Überlegungen sind dabei noch nicht per se Ausdruck eines „living constitutionalism“.⁷³ Vielmehr werden auf diese Weise erst einmal Informationen zur Einordnung historischer und genetischer Argumente gesammelt, die mindestens die Frage beantworten können, ob Perspektiven des Gesetzgebers eher bewusste Wertungen oder durch hermeneutische Ungerechtigkeit induzierte Nichtbeschäftigung mit der Fragestellung darstellen. Über das Verhältnis einer genetischen Auslegung zu anderen Auslegungen ist damit noch nichts gesagt. Wenn das BVerfG im Urteil zur „Dritten Option“ dazu kommt, vor allem nach dem Zweck der Regelung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu fragen, scheint mir diese Herangehensweise auch nicht losgelöst von subjektiven Wertungen des Gesetzgebers. Sie könnte auch als Beantwortung der Frage gelesen werden, welche Bedeutung nach dem Ziel des Parlamentarischen Rates der Begriff des Geschlechts in einem für geschlechtliche Minderheiten günstigeren hermeneutischen Klima hätte.⁷⁴

2. Normbereichsanalyse

Aus Perspektive der „strukturierenden Methodik“⁷⁵ kann das Problem hermeneutischer Ungerechtigkeit auch als Phänomen im Sachbereich von Normen verstanden werden, bei dem sich die Frage stellt, inwieweit es in den Normbereich, also in die Auswahl der für eine Entscheidung relevanten, „normativ“ wirkenden Tatsachen aufgenommen werden soll.⁷⁶ Die unter 1. formulierte Herangehensweise stellt dann einen Unterfall dieses Vorgangs dar. Am leichtesten kann hermeneutische Ungerechtigkeit wohl erkannt werden als hermeneutisch ungerechte Perspektive aus der Vergangenheit, die heute überwunden wurde: Die gesellschaftliche Bewertung

73 So explizit die Kritik von *Rixen* (Fn. 51), 325 am Beschluss zur „Dritten Option“.

74 Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 7), Rn. 363 zur unscharfen Abgrenzung zwischen zweckorientierten und anderen Auslegungsmethoden.

75 Zum Begriff vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 7), insb. Rn. 298 f.

76 Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 7), Rn. 281.

von Homosexualität hat sich grundlegend gewandelt⁷⁷ und auch die heutige Rechtswissenschaft ist sich in der negativen Bewertung des Homosexuellenurteils von 1957 überwiegend einig.⁷⁸ Aber auch eine aktuelle hermeneutische Ungerechtigkeit in der Lebenswelt kann im Sachbereich entdeckt und in den Normbereich gehoben werden, wie der Triage-Beschluss deutlich zeigt. Besonders kompliziert, aber methodisch besonders relevant ist außerdem die Frage, wie sich die denkende und urteilende Person selbst verortet, soweit sie entdeckt hat, dass ein Themengebiet, über das zu urteilen gilt, von hermeneutischer Ungerechtigkeit geprägt ist. Sowohl die eigene Position hinsichtlich gesellschaftlicher Machtverteilung als auch der eigene Wissensstand können dabei Gegenstand der Normbereichsanalyse sein, die so die denkende und urteilende Person in den Normbereich mit einschließt.⁷⁹ Hieraus kann dann z. B. geschlossen werden, ob zusätzliche Anstrengungen nötig sind, um eine hermeneutische Ungerechtigkeit so wenig wie möglich zu perpetuieren.

In diesem Zusammenhang stellt sich außerdem die Frage, ob Änderungen der Wirklichkeit auch unmittelbar Einfluss auf die Normbedeutung haben können. Nach dem BVerfG kann das in bestimmten Fällen durchaus der Fall sein. Diese Normbereichsanalyse als mögliche Auslegungsmethode benutzt das Gericht explizit vor allem im Rahmen der Rechtsprechung zum Rundfunk, um im Angesicht von sich wandelnder Technik die „normierende Wirkung“ der Rundfunkfreiheit zu wahren.⁸⁰

Der Wandel hermeneutischer Ressourcen, also von gesellschaftlicher Einordnung sozialer Phänomene und Erfahrungen, könnte in gleicher Weise Gegenstand einer Normbereichsanalyse sein, die zu einer Änderung der Normbedeutung führt. Anders als technische Neuerungen liegen (neue) gesellschaftliche Einordnungen bestehender Phänomene allerdings oft im Grenzbereich zwischen normativer Bewertung und (richtigstellender) Deskription, wie z. B. die Einordnung, oder besser Nicht-Einordnung

77 Vgl. Pschorr/Spanner, Verfassungswandel messbar machen, in: Donath et al. (Hrsg.), *Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit*: 59. Assistententagung Öffentliches Recht, 2019, S. 137.

78 Vgl. z. B. Gärditz, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 4 Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft Rn. 80.

79 Vgl. zur Position der Richterin in der Normbereichsanalyse Goldberg, Die Richterin im Normanwendungsprozess, in: Donath et al. (Hrsg.), 59. Assistententagung (Fn. 77), S. 155.

80 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.3.1987 – 1 BvR 147/86 u. a., BVerfGE 74, 297 juris Rn. 132 – 5. *Rundfunkentscheidung*.

von Homosexualität als Krankheit zeigt. Bei einem Wandel hermeneutischer Ressourcen stellt sich also die Frage, inwiefern eine Richtigstellung in der Sache vorliegt, die etwaige Normbereiche beeinflussen kann, um die „normierende Wirkung“ einer Regelung zu erhalten, und inwiefern eine für die juristische Arbeit möglicherweise irrelevante Bewertung von Gesamtgesellschaft bzw. Expert:innen. Dabei kann es aber auch Ausdruck hermeneutischer Ungerechtigkeit sein, wenn eine Änderung der Sichtweise von Gesellschaft oder von Personengruppen auf ein Phänomen als bloße Wertungs- oder Ideologiefrage abgetan wird.

Trotzdem darf all dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein verantwortlicher Umgang mit dem Problem epistemischer Ungerechtigkeit völlig unabhängig von Fragen des Wandels eine genaue und möglichst vorurteilsfreie Analyse des normierten Bereichs der Wirklichkeit erfordert. Dies betrifft vor allem Bereiche, in denen klar ist, dass identitätsbezogene Marginalisierung das Wissen über bestimmte Erfahrungen beeinflusst.

3. Grundrechte und die Rolle des Selbstverständnisses der Grundrechtsberechtigten

Ein konkreter methodischer Vorschlag, um die Perpetuierung von hermeneutischer Ungerechtigkeit bei der Interpretation von Grundrechten zu vermeiden, wäre eine vorrangige Berücksichtigung des Selbstverständnisses der Grundrechtsberechtigten bei der Bestimmung des Schutzbereiches. Etabliert ist dieser Ansatz in der Rechtsprechung des BVerfG vor allem bei der Religionsfreiheit,⁸¹ aber auch z. B. beim Umgang mit der Kunstfreiheit.⁸² In der Literatur stellt sich die Frage danach, inwiefern Freiheitsrechte nicht grundsätzlich nach dem Selbstverständnis der Geschützten zu bestimmen sind.⁸³ Mit Blick auf den Gegenstand dieser Betrachtung hat das den Effekt, dass bei der Interpretation der typischerweise sehr offen gehaltenen Begriffe der Grundrechte Ressourcen herangezogen werden, die weniger belastet von hermeneutischer Ungerechtigkeit sind. Dies wäre einerseits eine proaktive Herangehensweise, um hermeneutischer Unge-

81 Vgl. z. B. BVerfG, Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 Rn. 40 f.

82 Vgl. z. B. BVerfG, Beschl. v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (188 f.).

83 Vgl. Morlok, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993, insb. S. 282 – 296. Jüngst auch scharf diskutiert Sacksofsky, *Allgemeine Impfpflicht – ein kleiner Piks, ein großes verfassungsrechtliches Problem*, VerfBlog v. 21.1.2022.

rechtheit möglichst wenig zu erliegen. Diese Herangehensweise ist aber andererseits pauschal: Soziale Ungleichheit und Marginalisierung sind hier gar keine Kriterien für die Berücksichtigung von Selbstverständnissen. Das Selbstverständnis von Betroffenen bei der Interpretation von Grundrechten ganz grundsätzlich zu berücksichtigen, ist allein als Reaktion auf hermeneutische Ungerechtigkeit damit nicht notwendig.

4. Verfassungstheorien: Konsens oder Pluralismus

Abschließend möchte ich mich noch schlaglichtartig auf Verfassungsverständnisse beziehen, die aus einem bestimmten Verständnis von Verfassung heraus bestimmte Auslegungsmaximen entwickeln, die entweder konsens- oder pluralitätsbetont sind.

Wenn z. B. die Rolle von Grundrechten mit *Rudolf Smend* als objektive Werteordnung mit der sozialen Funktion der Gemeinschaftsbildung verstanden wird, ist ein gesamtgesellschaftlicher Bedeutungswandel von bestimmten Erfahrungen zwar gut in Verfassungsinterpretation integrierbar.⁸⁴ Dagegen wird erschwert, nicht mehrheitsfähige Selbstbeschreibungen von bestimmten Personengruppen in die Interpretation von Grundrechten miteinzubeziehen. Anders sieht es bei pluralitätsbetonten Verfassungstheorien aus, wie bei *Peter Häberles* „offener Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“. Nach dieser Theorie spielt die Verfassungsinterpretation aller, insbesondere nichtjuristischer und nichtstaatlicher Stellen, die von Verfassungsnormen betroffen sind, einerseits deskriptiv betrachtet eine Rolle bei der juristischen Verfassungsinterpretation. Andererseits trägt sie auch normativ zur Legitimität der (demokratischen) Verfassung bei.⁸⁵ Epistemische Ungerechtigkeit, und zwar sowohl in ihrer testimonialen als auch in ihrer hermeneutischen Form, stellt für dieses Legitimationskonzept klar ein Problem dar: Eine pluralistische Legitimation scheitert, soweit bestimmte Gruppen aufgrund von Vorurteilen gegen ihre soziale Identität faktisch nicht äußerungsberechtigt sind, und steht jedenfalls vor Schwierigkeiten, soweit sie aufgrund der inhaltlichen Struktur hermeneutischer Ressourcen keine authentische, ihren Erfahrungen gerecht werdende Perspektive formulieren können. Dass unterschiedliche Gruppen unterschiedliche Chancen auf Beteiligung an diesem „vorjuristischen“ Interpretations-

84 Vgl. *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, s. insb. S. 158 f. zum integrierenden Sachgehalt der Grundrechte.

85 Vgl. *Häberle*, JZ 1975, 297 (298 f. u. 301 f.).

prozess haben, findet dabei in den methodischen Vorschlägen Häberles Berücksichtigung. Juristische Verfassungsinterpretation sollte einordnen, wer im Vorfeld der gerichtlich-juristischen Verfassungsinterpretation bereits an Interpretationsprozessen beteiligt war, z. B. im Rahmen der Gesetzgebung. Dies wiederum soll Auswirkungen darauf haben, mit welchen Methoden die Verfassung juristisch interpretiert wird.⁸⁶ Mit Blick auf hermeneutische Ungerechtigkeit könnte dieses Konzept möglicherweise weitergedacht und konkretisiert werden.

VI. Ausblick

Die obigen Ausführungen sollten zeigen, dass epistemische und vor allem hermeneutische Ungerechtigkeit ein Problem für Verfassungsinterpretation darstellt, und dies sowohl in theoretischer Hinsicht als auch in der Praxis des BVerfG. Methodische Anknüpfungspunkte und damit Möglichkeiten eines verantwortlichen Umgangs mit hermeneutischer Ungerechtigkeit sind vielfältig und nicht per se auf ein bestimmtes Verfassungs- und Methodenverständnis beschränkt. Jedenfalls aber hat dieser Beitrag darzulegen versucht, dass soziale Verantwortung und adäquates Erkennen auch im Recht näher beieinander liegen, als es auf den ersten Blick scheinen mag.

86 Vgl. Häberle (Fn. 85), 303 f.