

§ 1 Verfassungsaudit

I. Einleitung

»Was ›Verfassungsfragen‹ sind und was nicht, läßt sich (...) nicht apriorisch und apodiktisch festlegen. Was zu einer Verfassungsfrage und schließlich zum Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Regelung wird, hängt in hohem Maße von der ›zufälligen‹, situationsgebundenen politischen Entscheidung und den sie bestimmenden Kräfteverhältnissen ab.«¹

1. Verfassungsfragen und Ungleichheit

Was zu einer Verfassungsfrage wird und was nicht, liegt nicht in der »Natur der Sache« des Verfassungsrechts. Was zu einer Verfassungsfrage wird, hängt vielmehr von den kontingenten Kräfteverhältnissen ab. Diese Kräfteverhältnisse finden Ausdruck im konkreten Verfassungstext: Die Artikel einer Verfassung bilden das verfassungsrechtlich Relevante zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung und -änderung ab. Erhard Denninger argumentiert dies anlässlich der Verfassungsreformdiskussion Anfang der 1990er in den »neuen« Bundesländern. In dieser macht er zwei Verfassungsparadigmen aus. Das Paradigma des Grundgesetzes basiere mit der Konzeption liberal-individueller Grundrechte auf den Idealen der Französischen Revolution und verweise auf ein rechtsstaatliches, staatlicher Macht Grenzen ziehendes Verfassungsverständnis. In der Diskussion um die neuen Landesverfassungen ginge es demgegenüber um technische und naturbedingte Gefahren, um den Schutz von gesellschaftlichen Minderheiten und um soziale Grundrechte. Daher sei darin ein alternatives Verfassungsparadigma von Sicherheit, Vielfalt und Solidarität zu erkennen, in welchem sich das gesellschaftliche Bedürfnis nach einer verfassungsrechtlichen Ordnung des Sozialen ausdrücke.²

Die Kräfteverhältnisse zeigen sich über den Verfassungstext hinaus in der Verfassungspraxis. In dieser wird kontinuierlich aktualisiert, was zum gegenwärtigen Zeitpunkt in einer Verfassungsordnung als Verfassungsfrage thematisiert werden kann. Die Art und Weise, wie Rechtsanwender*innen im konkreten Rechtskonflikt auf einen Lebenssachverhalt zugreifen, ist dabei bestimmend. Ihre Methode – das heißt die gewählte Perspektive, die herangezogenen verfassungsrechtlichen Normen, Maßstäbe und Argumentationsstrategien – ist entscheidend dafür, ob und wie gesellschaftliche Konflikte zu Verfassungsfragen werden.

1 Denninger, in: ders., Vielfalt, Sicherheit und Solidarität, S. 29.

2 Denninger, in: ders., Vielfalt, Sicherheit und Solidarität.

Um Verfassungsfragen und Adressierungsweisen soll es in diesem Buch gehen. Wie Denningers Gegenüberstellung von zwei Verfassungsparadigmen verdeutlicht, werden Konflikte um Verfassungsfragen bei Vielfalt und Solidarität, also bei der verfassungsrechtlichen Thematisierung von kultureller Abwertung und ökonomischer Unsicherheit, besonders relevant. Vielfalt und Solidarität sollen als verfassungsrechtliche Antworten auf gesellschaftliche Ungleichheiten dienen und der ungleichen gesellschaftlichen Realität eine diese problematisierende Normativität kontrafaktisch entgegensetzen. Dabei verweisen Vielfalt und Solidarität auf zwei verschiedene Typen von Ungleichheitserfahrungen: auf identitätsbasierte Herabsetzung, die auf einer hierarchisierenden kulturellen Statusordnung basiert, welche Anerkennung anhand vermeintlicher Gruppenzugehörigkeiten ungleich innerhalb einer Gesellschaft verteilt, und auf sozioökonomische Ungleichheit, die sich aus einer ungleichen Ressourcenverteilung im Kontext einer Privateigentums- und Lohnarbeitsgesellschaft speist. Beim ersten Typ geht es um Rechtskämpfe um Anerkennung als Gleiche, beim zweiten um die ungleichheitsproduzierenden Effekte der privaten Eigentumsordnung. Auf den ersten Typ verweisen u.a. die Ungleichheitsachsen Geschlecht, geschlechtliche Identität, sexuelle Orientierung, Rasse³/Ethnie, Religion sowie Behinderung, auf den zweiten die Kategorie Klasse.

Es wird im Folgenden also um die Frage gehen, wie gesellschaftliche Ungleichheitsverhältnisse zu Verfassungsfragen werden und wie die Rechtspraxis diese methodisch verhandelt. Dabei werden die zwei Typen von Ungleichheitserfahrungen aufgegriffen. Es wird rekonstruiert, wie diese in der grundgesetzlichen Verfassungspraxis bearbeitet werden und wie auf diese Weise eine spezifische verfassungsrechtliche Ordnung diskursiv konstituiert wird. Im Hinblick auf identitätsbasierte Ungleichheit kommen gleich mehrere Achsen in Betracht. Um den Gegenstandsbereich einzugrenzen, wird sich auf das Geschlechterverhältnis konzentriert, weil sich hierzu die umfangreichste Verfassungspraxis beobachten lässt.

2. Forschungslücke

Der Adressierungsweise von Ungleichheit im Verfassungsrecht nachzugehen, ist nicht ganz einfach. Es existiert weder eine gefestigte Forschungs-

- 3 Ich verwende den Begriff als analytischen Begriff, der nicht auf die Annahme biologisch verschiedener »Menschenrassen«, sondern auf das Fortbestehen von Rassismen und rassistischen Ungleichheitserfahrungen verweist, darunter auch Antiziganismus und Islamophobie, dazu *Barskanmaz*, KJ 2011, 382.

richtung dazu, noch gibt es einzelne Monografien oder Sammelbände, die sich systematisch mit diesem Thema auseinandersetzen und dafür einen Analyserahmen zur Verfügung stellen. Wenn es um ökonomische Ungleichheit geht, dann sind in der rechtswissenschaftlichen Forschung vor allem gerechtigkeitstheoretische oder dogmatische Arbeiten zu finden, die normative Begründungen für ein bestimmtes Verständnis von Sozialstaatlichkeit oder Solidarität entwickeln.⁴ Hinsichtlich ungleicher Geschlechterbeziehungen ist die rechtswissenschaftliche Forschung etwas breiter aufgestellt. Über rein gleichheitstheoretische oder dogmatische Arbeiten hinaus⁵ gibt es Ansätze einer feministischen Rechtsanalyse, die rechtstheoretisch begründete Kritik mit Dogmatik verbinden. So hat die feministische Rechtsanalyse anhand der Kritik des formalen Gleichheitsverständnisses eine materiale Perspektive entwickelt, die Geschlechterungleichheit als asymmetrische Beziehungen begreift und daher eine andere Methodik in der Rechtspraxis einfordert.⁶ Darüber hinaus fehlt jedoch eine Analyseperspektive, die Ungleichheit übergreifend und systematisch in den Blick nimmt und dafür ein Untersuchungsdesign anbietet.

Ein solches Forschungsdesign soll einleitend in diesem ersten Kapitel entwickelt werden. Dafür wird auf Helen Irvings Idee eines *gender audit* für Verfassungen zurückgegriffen.⁷ Methodisch untersucht Irving, wie Verfassungsnormen in der Praxis funktionieren und ob diese Geschlechtergleichheit oder -ungleichheit befördern. In diesem Sinne betreibt Irving ein Verfassungsaudit. Konzeptionell arbeitet Irving ihr Audit jedoch nicht aus, weshalb ihr Impuls hier aufgegriffen und zu einem *inequality audit* – bzw. frei übersetzt: Verfassungsaudit – weiterentwickelt werden soll.

- 4 Zacher, in: ders., Der Sozialstaat als Prozeß; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund; Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit; Volkmann, Solidarität; Denninger, in: ders., Vielfalt, Sicherheit und Solidarität; Hofmann, Armut und Verfassung. Eine Ausnahme bildet Thurns Arbeit, die sehr eindrücklich die Diskussionsentwicklung um den Sozialstaat darstellt, die allerdings keine Analyseperspektive entwickelt, Thurn, Welcher Sozialstaat?
- 5 Feministische Rechtskritiken z. B. Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung; Gerhard, Für eine andere Gerechtigkeit; Maihofer, Geschlecht als Existenzweise; Karsten, KJ 1998, 45; Kocher, KJ 1999, 182; Holzleithner, KJ 2008, 250; aktuelle dogmatische Untersuchungen z. B. Adamietz, Geschlecht als Erwartung; Spangenberg, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht; Wersig, Der lange Schatten der Hausfrauenehe.
- 6 MacKinnon, Feminism Unmodified; Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung; Baer, Würde oder Gleichheit?; Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht.
- 7 Irving, Gender and the Constitution.

Um ein solches Verfassungsaudit zu entwickeln, werden im Folgenden zunächst ökonomiekritische und feministische Kritiken des Rechts rezipiert. Diesen zwei Linien der Rechtskritik ist gemein, dass sie in den Grundbegrifflichkeiten moderner Ordnung die Reproduktion gesellschaftlicher Ungleichheit angelegt sehen. Dabei kreist ihre Kritik um ein individualisierendes und abstraktes Verständnis von Rechtssubjektivität, welches die Thematisierung von Ungleichheit als strukturelles Phänomen im Recht erschwert. Als Gegenprogramm wird ein relationales Verständnis von Rechtssubjektivität und Recht gefordert. Diese Differenz zwischen einer individualisierenden und einer relationalen Perspektive wird das *inequality audit* anleiten.

Über ökonomiekritische und feministische Rechtskritiken hinaus wird für die Entwicklung eines Verfassungsaudits auf Nancy Frasers Arbeiten aus der politischen Theorie zurückgegriffen, da diese in mehrfacher Hinsicht hierfür produktiv sind. Ihr Ausgangspunkt ist die Beobachtung einer Dualität von ökonomischer und identitätsbasierter Ungleichheit. In ihren *Tanner Lectures* von 1996 sowie in ihrer Kontroverse mit Axel Honneth zu Umverteilung oder Anerkennung stellt sie den gesellschaftspolitischen und wissenschaftlichen »Untergang der Klassenfrage« und den »Aufstieg von Identitätspolitik« fest und kritisiert die einseitige Perspektive auf identitätsbasierte, kulturelle Ungleichheit als unzureichend für das Erreichen einer emanzipatorischen Gesellschaft. Sie entwickelt daher für die politische Theorie eine duale Perspektive, die Anerkennung und Umverteilung miteinander verschränkt, und erweitert diese in jüngeren Arbeiten um die dritte Dimension der Repräsentation. Diese mehrdimensionale Perspektivität wird in der folgenden Analyse aufgenommen, um zu untersuchen, ob sich Unterschiede in der Adressierungsweise von Klasse und Geschlecht zeigen, und um den Analyseblick auf die Verschränkung von ökonomischer und geschlechtlicher Ungleichheit zu richten. Schließlich hilft Fraser beim Aufbau der Arbeit und richtet das *inequality audit* auf drei Dimensionen der Ungleichheit aus: auf Umverteilung, Anerkennung und Repräsentation. Diese Dimensionen untergliedern die Arbeit in drei Teilstudien (Kapitel § 2 – § 4).

Im Folgenden wird nun zunächst mithilfe der Rechtskritiken eine Analyseperspektive für ein Verfassungsaudit entwickelt (II.). Anschließend wird der Aufbau des Buches erläutert (III.).