

## II. Theorie und Methode des Verfassungsaudits

»Auditing a constitution«<sup>8</sup>, darunter versteht Helen Irving einen Ansatz, der die bestehenden Verfassungsnormen und ihr Funktionieren in der Praxis, also die Bearbeitung dieser durch die Rechtsprechung, im Hinblick auf bestimmte Ungleichheitsachsen, bei ihr das Geschlechterverhältnis, untersucht.<sup>9</sup> Daran angelehnt wird im folgenden Abschnitt eine Forschungsperspektive für ein *inequality audit* entwickelt. Dieses orientiert sich in theoretischer Hinsicht an ökonomiekritischen und feministischen Rechtskritiken und deren Forderung nach einer relationalen anstatt einer individualisierenden Perspektive im Recht. Dieser kritische Impuls wird anschließend konzeptuell über einen relationalen Ungleichheitsbegriff, ein praxistheoretisches Rechtsverständnis und Frasers mehrdimensionale Perspektive weiter zu einer Methode eines Ungleichheitsachsen übergreifenden Verfassungsaudits ausgearbeitet.

### 1. Kritik: Subjekte als Unabhängige, Freie und Gleiche

Die ökonomiekritischen und feministischen Rechtskritiken haben als gemeinsamen Ausgangspunkt die Kritik eines von Sozialbeziehungen unabhängigen Rechtssubjekts. Historisch wendete sich ein solches Subjektverständnis gegen die ungleiche Ständeordnung des Feudalismus, in der Rechte und Privilegien an den sozialen Status gebunden waren. Mit einer abstrakten Gleichheitsprämisse setzte das aufstrebende Bürgertum durch, dass sich formal gleiche Rechtssubjekte im Rechtsverkehr begegnen.

Im Zuge sozialer Kämpfe um die verfassungsrechtliche Ordnung des Sozialen konnten sich verschiedene Bewegungen gegen Unterdrückung, Exklusion und Marginalisierung erfolgreich ins Verfassungsrecht einschreiben: Auf die Gleichheit und Freiheit beriefen sich die Versklavten von Haiti und proklamierten ihre Emanzipation von der französischen Kolonialmacht durch die Verfassung von 1805,<sup>10</sup> das Ende der Sklaverei in den Vereinigten Staaten von Amerika wurde mit dem 13. und 14. Zusatzartikel zur amerikanischen Verfassung in den 1860er Jahren normativ verankert, die Arbeiter\*innen- und Frauenbewegungen erkämpften Verfassungsartikel, die soziale Sicherung und Geschlechtergerechtigkeit versprachen. Daher sind inzwischen in vielen demokratischen Verfassungen besondere Gleichheitssätze sowie Garantien sozialer Gerechtigkeit zu finden.

8 Irving, *Gender and the Constitution*, S. 3 f.

9 Ebenda, S. 27 ff.

10 Buck-Morss, *Hegel und Haiti*; *Bhambra*, *Journal of Intercultural Studies* 2016, 1.

Trotz dieser historischen Erfolge wird die Rechtspraxis weiterhin wegen ihrer spezifisch bourgeois-maskulinen Rationalität kritisiert. Ein Rechtssubjektverständnis, das die Einzelnen abstrakt als unabhängige Freie und Gleiche denke, habe zwar die ungleiche Ständeordnung überwunden und zur textlichen Inklusion »der Anderen« beigetragen, es blende aber die fortexistierenden gesellschaftlichen Ungleichheitsverhältnisse aus und reproduziere daher in der Rechtspraxis die ungleiche bürgerlich-maskuline Ordnung. Dabei werden insbesondere die ungleichheitsproduzierenden Effekte der abstrakten Rechtssubjektivität im Hinblick auf die Trennung von öffentlicher und privater Sphäre kritisiert und stattdessen eine Reflexion der spezifisch-historischen Perspektivität des Rechts in Form einer relationalen Rechtsinterpretation gefordert.

### 1.1 Bourgeoise Subjektivität

Im U.S.-amerikanischen Kontext hat sich das *ClassCrit-Project* gegründet, das im Anschluss an die *Critical Legal Studies* verstärkt ökonomiekritische Perspektiven in die Rechtsanalyse einspeisen will. Als erstes Ergebnis dieses Arbeitskreises hat Athena D. Mutua eine ausführliche Kritik des liberalen Gleichheitsdenkens formuliert: »Law, as part of the larger hegemonic order that both reflects and influences structures around gender, race and class, currently facilitates this blindness through its discourse around commitment to formal equality.«<sup>11</sup> Formales Gleichheitsdenken setze voraus, dass alle Menschen in einer Gesellschaft grundsätzlich ähnlich situiert seien und soziale Unterschiede zwischen ihnen rechtlich irrelevant blieben. Die sozialen Verortungen von Subjekten, also Geschlecht, Rasse und Klasse usw., spielen in der liberalen Erzählung keine Rolle, so Mutua: »Law further facilitates this blindness by focusing on the individual and ignoring the fact that in the social context of gender, race, or class, that individuals are harmed or privileged by virtue of their membership in groups.«<sup>12</sup> Klassenungleichheit werde als Phänomen natürlicher Differenzierungen aufgrund unterschiedlicher Interessen, Talente und Bildungsgrade gedeutet und daher Armut unabhängig von Reichtum gedacht (»my wealth is in no way related to your poverty«<sup>13</sup>). Die strukturelle Dimension von ökonomischer Ungleichheit werde auf diese Weise invisibilisiert und naturalisiert.

Diese Kritiklinie wurde bereits zu den Anfängen des liberal-demokratischen Verfassungsprojekts formuliert und auf die Trennung von privat-bürgerlicher und öffentlich-staatlicher Sphäre zurückgeführt. Karl

11 Mutua, Buffalo Law Review 2008, 859 (872).

12 Ebenda.

13 Ebenda, S. 880.

Marx kritisierte in *Zur Judenfrage* (1843) die Erklärungen der französischen Revolution für ihr a-soziales, monadisches Individuumsverständnis. Menschen würden nicht als sozial in politischer Gemeinschaft lebend, sondern als vereinzelt, zurückgezogen und egoistisch konzipiert.<sup>14</sup> In der abstrakten A-Sozialität sieht Marx die antiemanzipatorische Hürde der modernen Rechte: Die proklamierten Menschen- und Bürgerrechte hätten zwar den gleichen *Citoyen* in der politischen Sphäre und damit die politische Befreiung erreicht, sie ließen aber die ungleichen Eigentumsbeziehungen in der gesellschaftlichen Sphäre des *Bourgeois* unangetastet. Durch die Aufspaltung des Menschenrechtssubjekts werde die Dualität von Staat und Gesellschaft, die Trennung von öffentlich und privat, in der bürgerlichen Ordnung etabliert. Diese Trennung definiere die bürgerliche Sphäre als natürlich-freie und entziehe sie dem politischen Zugriff. Das gespaltene Subjekt stütze auf diese Weise die Privateigentumsordnung als eine natürliche Ordnung und nehme den gesellschaftlichen Verhältnissen ihre politische Dimension.<sup>15</sup>

Der fortbestehende Widerspruch zwischen verfassungsrechtlich garantierter Gleichheit und gesellschaftlicher Klassenungleichheit wird in der liberalen Ordnung über ein spezifisches possessives Subjektverständnis rationalisiert. Dies hat C. B. Macpherson in den 1960er Jahren mit dem Begriff des Besitzindividualismus argumentiert. Er zeigt auf, dass in der liberalen politischen Theorie die ungleiche Privateigentumsordnung deshalb nicht dem Postulat freier und gleicher Subjekte entgegensteht, weil der Besitz an der eigenen Person zum zentralen Kriterium wird: Da prinzipiell jeder Mensch seine Arbeitskraft am Markt verkaufen könne, gäbe es gemäß des Besitzindividualismus keine besitzlosen Subjekte, vielmehr entstehe über die Preisbildung eine »Moral des Marktes«, durch die jede\*r erhalte, was ihr bzw. ihm zustehe.

Privateigentumsbedingte Klassenungleichheit als gerechte und natürliche Marktdifferenz wird nach Macpherson über die kulturelle Abwertung der Besitzlosen gerechtfertigt.<sup>16</sup> Die Besitzlosen würden über eine besitzstandsmehrende Vernunft zu Unvernünftigen erklärt, die unfähig seien, ein eigenständiges, moralisch-sittliches Leben zu führen. Macpherson legt dies anhand von Lockes Naturzustand dar: »Jene, die nach der Besitznahme allen Bodens ohne Eigentum geblieben waren, konnten

14 Marx, *Zur Judenfrage*; aktuell dazu Menke, *Kritik der Rechte*.

15 Marx, *Zur Judenfrage*, S. 366 f. So stellt Koskenniemi in Anschluss an Marx fest: »Human rights are about perpetuating bourgeois civil society through the distribution of rights to individuals by the political state, not seen in terms of distribution, however, but as merely giving effect to something that exists ›naturally‹, beyond the realm of political contestation.«, *Koskenniemi*, *Leiden Journal of International Law* 2004, 229 (234).

16 Macpherson, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*, S. 68 ff., 76 ff., 117 f., 125 (anhand von Hobbes), 230 ff., 249 f. (anhand von Locke).

nicht als vollkommen vernünftig gelten. Wie die Tagelöhner der bürgerlichen Gesellschaft waren sie nicht in der Lage, ihre Arbeitskraft zur Kultivierung dessen, was die Natur anbot, einzusetzen; sie benötigen ihre ganze Kraft dazu, sich am Leben zu erhalten.«<sup>17</sup> Da Approbation und Akkumulation nach dem »Gesetz der Natur« per se vernünftig seien, bedeute die Besitzlosigkeit der Besitzlosen, dass diese von den Eigentumsbesitzenden abhängig und zur weiteren Besitzstandsmehrung unfähig sind.<sup>18</sup> Arbeitslosigkeit und Armut wurzeln in dieser Perspektive also nicht in der ungleichen Eigentumsverteilung, sondern in der sittlichen Verkommenheit der Einzelnen. Als Unvernünftige seien Arbeitende und Arme zwar dem politischen Gemeinwesen unterworfen und wegen ihrer Arbeitskraft für das Gemeinwesen notwendig, ihnen komme jedoch keine Position als gleichberechtigte Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft zu, vielmehr bedürften sie staatlicher Disziplinierung, Kontrolle und Anleitung.<sup>19</sup>

Mit *Mutua*, Marx und Macpherson kann also argumentiert werden, dass mit der abstrakten und a-sozialen Rechtssubjektivität ökonomische Ungleichheit als Effekt individuellen Verhaltens naturalisiert und auf diese Weise der Bezug zur ungleichen Eigentumsverteilung gekappt wird. Die Privilegien und Machtpositionen der Eigentumsbesitzenden geraten aus dem gesellschaftlichen sowie wissenschaftlichen Blickfeld und die ungleiche Verteilung von Reichtum bleibt rationalisiert. Daher argumentiert *Mutua* dafür, die mit der abstrakten Rechtssubjektivität verknüpfte »Mittelklasse-Norm« (»the norm of middle-classness«) zu dekonstruieren und vier ungleichheitsproduzierende Effekte in der Rechtsdogmatik zu reflektieren.<sup>20</sup> Auf diese Weise will sie einen relationalen Begriff von Klasse entwickeln. Parallel zu Geschlecht und Rasse verstärke die »Mittelklasse-Norm« erstens das »Normale« bzw. die hegemoniale Norm des Mittelklassentums und erfordere von den »Anderen« die Anpassungen an diese bzw. werte diese – im Sinne Macphersons – kulturell ab. Zweitens werde die Thematisierung von Ungleichheitsverhältnissen erschwert, da der Anschein entstehe, dass Benachteiligte etwas »extra« bekommen und nicht sichtbar werde, dass Privilegierte aufgrund der ungleichen Verteilung schon das haben, was andere brauchen. Bestehende Ungleichheit würde daher, drittens, individualisiert und nicht als ungleiche Machtbeziehung, die verfassungsrechtlich problematisch ist, konzeptualisiert.

17 Ebenda, S. 268.

18 Ebenda, S. 263 ff.

19 Ebenda, S. 250 ff., 261 ff., 277 (anhand von Locke). Einen solchen Umgang mit den Armen beobachtet Lessenich in der deutsche Sozialstaatsordnung in Form des aktivierenden Sozialstaats (»fördern und fordern«), *Lessenich*, Die Neuerfindung des Sozialen, Kap. 4.

20 *Mutua*, Buffalo Law Review 2008, 859 (873 ff.). Aus *race*-Perspektive *Ma-honey*, Southern California Law Review 2003, 799.

Schließlich blieben die Privilegien und Machtpositionen der Bevorteilten unbenannt, da die Analyse nur die »Anderen« fokussiere.

### 1.2 Maskuline Subjektivität

In der feministischen Rechtskritik stehen die maskuline Codierung der Rechtssubjektivität und die damit einhergehende Trennung von privater und öffentlicher Sphäre im Mittelpunkt der Kritik. Nicht nur Karl Marx, sondern auch Olympe de Gouges formulierte eine frühe Kritik des Menschen- und Bürgerrechtsverständnisses der Französischen Revolution. Während Marx in diesem die Naturalisierung des Privateigentums erkannte, kritisierte de Gouges dieses als maskuline Gesellschaftsvertragskonzeption, die Frauen aus der staatlichen Ordnung ausschleife und eine patriarchale Sozialordnung institutionalisiere. Als Antwort formulierte sie daher die Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin von 1791.<sup>21</sup>

Die Kritik der maskulinen Gesellschaftsvertragskonzeption, wie sie bei de Gouges angelegt ist, wurde im 20. Jahrhundert von Carole Pateman weiter ausgearbeitet.<sup>22</sup> Sie kritisiert die Gesellschaftsvertragskonzeption dafür, dass sie die private Seite, den Geschlechtervertrag, unterschlage und daher eine unvollständige Gründungsgeschichte der staatlichen Ordnung erzähle. Während der Gesellschaftsvertrag nämlich männliche Bürger als selbstbestimmte Freie und Gleiche denke, eine befriedete Gleichheit in der politischen Sphäre und eine Geschichte der Freiheit (*story of freedom*) begründe, bedeute der Geschlechtervertrag in der privaten Sphäre eine Geschichte der Unterwerfung (*story of subjection*).<sup>23</sup> Von den klassischen politischen Theorien werde die private Sphäre als andere Hälfte der Gründungsgeschichte, und damit insbesondere Ehe und Familie, politisch irrelevant gemacht und auf diese Weise eine mächtige Erzählung zur Legitimation patriarchaler Verhältnisse generiert.

Daher sieht Pateman den Ausschluss von Frauen aus dem Kreis der Freien und Gleichen in einer spezifischen, hier androzentrisch-possessiven Subjektkonzeption begründet: »Only masculine beings are endowed with the attributes and capacities necessary to enter into

21 Zu de Gouges und ihrer Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin *Gerhard*, Gleichheit ohne Angleichung, S. 49 ff.; Gerhard zeigt die fehlende Rezeption dieser Erklärung auf und deutet diese als Widerstand gegen die Gleichberechtigung der Geschlechter, S. 53. Zur Exklusion aus der bürgerlichen Rechtssubjektivität auch *Lembke*, Rechtswissenschaft 2012, 46 (64 ff.) m.w.N.

22 *Pateman*, The Sexual Contract, Kap. 1.

23 »The original contract constitutes both freedom and domination. Men's freedom and women's subjection are created through the original contract.«, ebenda, S. 2.

contracts, the most important of which is ownership of property in the person; only men, that is to say, are ›individuals‹.«<sup>24</sup> Der ursprüngliche Ausschluss von Frauen als Unmündige und Abhängige werde in der bürgerlichen Ordnung über die Trennung der maskulin codierten öffentlich-politischen von der feminin codierten privat-entpolitisierten Sphäre fortgeführt.

Dass dieses maskuline Subjektverständnis in einer entkörpernten und von sozialen Beziehungen befreiten Autonomiekonzeption gründet, zeigt Andrea Maihofer auf. Sie argumentiert, dass in der liberalen Ordnung Autonomie mit Unabhängigkeit gleichgesetzt und auf diese Weise Reproduktion und Abhängigkeit als gegenteilig zum handlungsfähigen Subjekt konzipiert werden. Seyla Benhabib hat diese Kritik zugespitzt, indem sie das autonome Subjekt in Anschluss an Thomas Hobbes mit nebeneinander existierenden Pilzen vergleicht: »The vision of men as mushrooms is an ultimate vision of autonomy. The female, the mother of whom every individual is born, is now replaced by the earth. The denial of being born of women frees the male ego from the most natural and basic bond of dependence.«<sup>25</sup>

Nach Maihofer entsteht die entkörpernte Subjekt- und Autonomiekonzeption als Grundlage moderner Ordnung im 18. Jahrhundert nicht zufällig parallel zur »Entdeckung« der binären Geschlechterdifferenz.<sup>26</sup> Die wissenschaftlichen Diskurse des 18. Jahrhunderts haben in biologischen Unterschieden die unmittelbare Grundlage für eine fundamentale Verschiedenheit der weiblichen »Natur«, der weiblichen Eigenschaften und Fähigkeiten entdeckt. Diese Entdeckung nicht nur variabler, sondern zweier distinkter Geschlechter habe als Legitimation für den Ausschluss von – ihrer Körperlichkeit und Emotionalität unterworfenen – Frauen aus der Rechtssubjektivität und Öffentlichkeit gedient.<sup>27</sup>

Rechtssubjektivität, Bürgerschaft und staatliche Ordnung sind für de Gouges, Pateman und Maihofer also durch und durch vergeschlechtlichte Institutionen. Die Trennung von privater und öffentlicher Sphäre sowie die Konzeption einer autonomen Subjektivität sind konstitutiv für diese und verweisen auf die Verstrickung der Geschlechterungleichheit mit den Grundbegrifflichkeiten des modernen Konstitutionalismus.

Für die gegenwärtige Rechtstheorie hat Jennifer Nedelsky dies eingehend argumentiert und ein relationales Gegenprogramm entworfen: »I

24 Ebenda, S. 6.

25 Benhabib, *Situating the Self*, S. 156; bezugnehmend auf »mushrooms come to full maturity without all kind of engagement to each other«, *Hobbes, De Cive*, S. 117.

26 Maihofer, *Geschlecht als Existenzweise*, S. 22 ff., 91 ff.; aus wirtschaftstheoretischer Sicht *Habermann*, in: Bauhardt/Çağlar, *Hegemonie, Identität und der homo oeconomicus*.

27 Maihofer, *Geschlecht als Existenzweise*, S. 31 ff., 98 ff.

see a close link between the failure to take dependency and care seriously and the traditional ›subject‹ of legal and political thought who is abstracted away from its embodied state.«<sup>28</sup> Nedelsky formuliert daher eine relationale Theorie des Selbst, der Rechtssubjektivität und der Rechte, die soziale Beziehungen und Abhängigkeiten fokussiert.<sup>29</sup> Eine alternative Konzeption des Rechts müsse die konstitutive Bedeutung von Beziehungen und damit die soziale Natur von Subjektivität ernst nehmen: »The self is relational because human beings become who they are – their identities, their capacities, their desires – through the relationships in which they participate. These include intimate relationships with partners and lovers, more distant relationships with teachers and employers, and social structural relationships, such as gender, economic relations, and forms of governmental power.«<sup>30</sup>

Individuelle Autonomie bildet auch bei ihr die normative Basis, sie versteht diese jedoch sozial eingebunden.<sup>31</sup> Ihr geht es nicht um ein souveränes, autonomes Selbst, dessen Autonomie gleichbedeutend mit Unabhängigkeit oder Selbstkontrolle ist. Vielmehr geht es um die dynamische und interaktive Qualität von zwischenmenschlichen Beziehungen. Methodisch soll eine relationale Perspektive den Fokus von der vermeintlich a-sozialen Freiheit des Individuums auf Beziehungen verschieben und fragen, wie verschiedene Rechtsinterpretationen auf differente Weise gesellschaftliche Beziehungen strukturieren. Nach Nedelsky ist die Interpretation vorzuziehen, die Autonomie fördert. Zugleich gesteht sie ein, dass dies nicht einfach »erkennbar« ist, es sich vielmehr um einen konfliktreichen Aushandlungsprozess handelt. Dennoch ist es ihr Ziel, alternative Argumentationsstrategien durch eine relationale Perspektive zu eröffnen, die insbesondere asymmetrische Machtbeziehungen in den Mittelpunkt der rechtlichen Analyse rücken, um auf diese Weise Beziehungen der Autonomie zu stärken: »A relational approach directs our attention to such structuring of power relations.«<sup>32</sup>

Nedelsky argumentiert also dafür, ein abstrahierendes, individualisierendes Subjektverständnis zu überwinden und eine Rechtssprache zu entwickeln, die Ungleichheitsbeziehungen als relationale Phänomene adressierbar macht.<sup>33</sup>

28 Nedelsky, *Law's Relations*, S. 34.

29 Siehe auch Minow, *Making All the Difference*.

30 Nedelsky, *Law's Relations*, S. 4.

31 Ebenda, S. 46.

32 Ebenda, S. 64.

33 Am Beispiel von sexueller Orientierung ebenda, S. 258 f. Auch Minow sieht in einem *relational turn* Potentiale. Sie fordert ein *reimaging of relations*, die *relations of exclusion* in *relations of inclusion* transformiert. Dogmatisch sieht sie dafür die Begrenzung privater Macht, die Reflexion des eigenen Standpunkts sowie einen Perspektivwechsel zur Perspektive der

## 2. Analyseperspektive

In den Rechtskritiken wurde eine individualisierende, abstrakte Rechts-subjektivität als Kernproblem ausgemacht und zur Überwindung dieser eine relationale Perspektive, die gesellschaftliche Ungleichheit rechtlich greifbar macht, vorgeschlagen.<sup>34</sup> Eine theoretisch begründete Kritik des Rechtsindividualismus stellt aber noch keine Übersetzung in die Dogmatik dar; oft bleibt unklar, wie alternative Perspektiven dogmatisch zu realisieren sind.<sup>35</sup>

Bei der methodischen Übersetzung einer relationalen Perspektive in die rechtsdogmatische Praxis setzt das Verfassungsaudit an. Die Analyseperspektive soll nun in vier Schritten dargelegt werden: Konzeptionell macht es Ungleichheit als relationale Kategorie fassbar (2.1.) und geht darüber hinaus von einem praxistheoretischen Verständnis von Recht aus, das die Rechtspraxis als Schnittstelle von gesellschaftlicher Ungleichheit und staatlicher Verfassungsordnung denkt (2.2.). Die Rechtspraxis rückt die Adressierungsweise von Ungleichheiten in den Analysefokus und wird im Hinblick auf verschiedene Verfassungsbausteine und Ungleichheitsdimensionen untersucht (2.3.). Methodisch wird mit dem Verfassungsaudit dafür zwischen einer individualisierenden und einer relationalen Rechtspraxis differenziert (2.4.). Schließlich wird als zu untersuchendes Material vor allem Rechtsprechung vorgeschlagen (2.5.).

### 2.1 Achsen der Ungleichheit

#### 2.1.1 Relationale Kategorien

Zur analytischen Beschreibung asymmetrischer Beziehungen hat sich in der kritischen Gesellschafts- und Rechtsanalyse die Verwendung von Kategorien durchgesetzt.<sup>36</sup> Kategorien wie Klasse, Geschlecht, Sexualität,

Anderen als notwendig an, *Minow*, Making All the Difference, Kap. 8, 9, Nachwort.

34 Man könnte nun argumentieren, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) doch mehrfach festgestellt hat, dass das Menschenbild des Grundgesetzes nicht von einem sozial isolierten, sondern gemeinschaftsbezogenen Menschen ausgehe, dennoch wird dieses Menschenbild überwiegend als formelhafte Rechtfertigung für staatliche Maßnahmen herangezogen und führt in der Argumentation des Gerichts zu keiner Ungleichheitsanalyse, BVerfGE 4, 7 (15 f.), *Investitionshilfe* (1954).

35 So *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 20.

36 *Klinger u. a.*, Achsen der Ungleichheit; *Nedelsky*, Law's Relations; *Buckel*, Welcome to Europe; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht.

Rasse, Indigenität, Behinderung, Religion etc. verweisen darauf, dass Gesellschaften von verschiedenen Achsen der Ungleichheit durchzogen und materielle und ideelle Ressourcen anhand dieser Strukturkategorien unterschiedlich verteilt sind. Jede Kategorie verweist auf eine binäre, aber asymmetrische Differenzrelation: z. B. männlich/weiblich, weiß/schwarz, heterosexuell/homosexuell, able-bodied/unable-bodied, besitzend/besitzlos. Nur eine Ausprägung bezeichnet die gesellschaftlich dominante Position und definiert damit die kulturell-ökonomische Normalität.<sup>37</sup> Sie muss nicht benannt werden, sondern wird als die normale Subjektposition vorausgesetzt. Demgegenüber ist die dominierte Subjektposition aktiv markiert und als Abweichung von der dominanten »problematisch«.

Es handelt sich um *analytische* Begriffe, weil nicht davon ausgegangen wird, dass diese Kategorien auf ontologisch verstandene Merkmale oder stabile Identitäten, sondern auf durch soziale Praktiken hervorgebrachte Ungleichheitsbeziehungen verweisen. *Relational* sind die Kategorien, weil sie nicht alleine stehen können, sondern ihre Bedeutung über die Beziehung zu einer anderen, als konstitutives Außen definierten Gruppe gewinnen. Diese zwei Gruppen sind asymmetrisch aufeinander bezogen und verweisen daher auf historisch-spezifische Verhältnisse der Über- und Unterordnung bzw. gesellschaftliche Beziehungen der Ungleichheit.<sup>38</sup>

### 2.1.2 Duale Perspektivität

Nancy Fraser zeigt die Verschränkung der durch Kategorien markierten Ungleichheitsverhältnisse – von Klasse und Status – auf. Ihr Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass Forderungen nach sozialer Gerechtigkeit sehr lange als Problem von Verteilungsgerechtigkeit zwischen Arm und Reich oder zwischen dem Globalen Süden und dem Globalen Norden verhandelt wurden. Seit den 1980ern werde Ungleichheit aber nicht mehr als Umverteilungsproblematik, sondern als Anerkennungsproblem verstanden und statt Umverteilung eine »politics of recognition« eingefordert. Letztere zielt auf die gleichberechtigte Anerkennung von Differenz bzw. einer »difference-friendly world, where assimilation to majority or dominant cultural norms is no longer the price of equal respect.

- 37 Institutionalisiert ist die Andersartigkeit im Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.
- 38 *Bieling*, in: Klinger/Knapp/Sauer, Die neue politische Ökonomie sozialer Ungleichheit, S. 106 ff.; *Becker-Schmidt*, in: Klinger/Knapp/Sauer, »Class«, »gender«, »ethnicity«, »race«, S. 63 f.; *Walgenbach*, in: dies. u.a., Gender als interdependente Kategorie.

Examples include claims for the recognition of distinctive perspectives of ethnic, ›racial‹, and sexual minorities, as well as of gender difference.«<sup>39</sup> Nach Fraser haben die Dominanz des marktliberalen Denkens nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion und der Aufstieg von Identitätspolitik dazu geführt, dass Forderungen nach egalitärer Verteilungsgerechtigkeit an Boden verloren haben.<sup>40</sup>

Fraser geht davon aus, dass moderne Gesellschaften durch zwei hierarchisierende Ordnungen strukturiert sind: Klasse und Status. Während es sich bei Klasse um ein ökonomisches Subordinationsverhältnis handle, verweise Status auf hierarchisierende kulturelle Deutungsmuster. Diesen asymmetrischen Ordnungen als Quelle von gesellschaftlicher Ungleichheit und Ungerechtigkeit müsse durch Strategien der Umverteilung und Anerkennung begegnet werden. Zwar könne analytisch zwischen diesen differenziert werden, in der Realität weisen nach Fraser jedoch alle Achsen der Ungleichheit sowohl Klassen- als auch Statushierarchien auf und seien daher aus Umverteilungs- und Anerkennungs-perspektive zu betrachten.<sup>41</sup>

Theoretisch schließen Frasers Überlegungen gut an die von Athena D. Mutua und Jennifer Nedelsky an, da alle drei Autorinnen Ungleichheit über soziale Beziehungen definieren. Normativ geht es Fraser mit ihrem mehrdimensionalen Ansatz um einen emanzipatorischen Prozess der Selbstregierung. Dafür bräuchte es gesellschaftliche Beziehungen, die partizipatorische Parität ermöglichen: »According to this norm, justice requires social arrangements that permit all (adult) members of society to interact with one another as peers.«<sup>42</sup> Ökonomische sowie kulturelle Hürden für die partizipatorische Parität aller Mitglieder einer Gesellschaft begründeten gerechtfertigte Forderungen nach Umverteilung oder Anerkennung. Bei Umverteilung handelt es sich um eine objektive Bedingung für partizipatorische Parität, die auf eine gerechte Ressourcenverteilung ziele und sicherstellen solle, dass Einzelne über ausreichend Mittel verfügen, um als Gleiche interagieren zu können: »Precluded, therefore, are social arrangements that institutionalize deprivation, exploitation, and gross disparities in wealth, income, and leisure time (...).«<sup>43</sup> Anerkennung sei die intersubjektive Bedingung für

39 Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics*, S. 3; überarbeitete und erweiterte Fassung *Fraser/Honneth*, *Umverteilung oder Anerkennung?*, S. 13 ff.

40 Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics*, S. 4.

41 Ebenda, S. 10 ff., 18 ff.; *Fraser/Honneth*, *Umverteilung oder Anerkennung?*, S. 21 ff., 69 ff.

42 Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics*, S. 30. Umverteilung und Anerkennung als »*dimensions of justice that cut across all social movements*«, S. 6 (H.i.O).

43 Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics*, S. 31.

partizipatorische Parität, die auf kulturell institutionalisierte Wertemuster (*value schemata*) gerichtet sei, die gleichen Respekt für alle Mitglieder gewährleiste: »This condition precludes cultural patterns that systematically depreciates some categories of people and qualities associated with them.«<sup>44</sup> Dies könne sowohl die Anerkennung von Differenz als auch die Anerkennung als Gleiche bedeuten.

## 2.2 Rechtspraxis

Ein Verfassungsaudit rückt die konkrete Rechtspraxis in den Vordergrund der Analyse. Es geht den Adressierungsmöglichkeiten von Ungleichheitsachsen nach. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass es im Recht weniger um ein kohärentes Systemdenken als um umkämpfte Einschreibungs- und Fortschreibungsprozesse geht.<sup>45</sup>

Die Rechtspraxis ist als Schnittstelle zwischen gesellschaftlicher Ungleichheit und verfassungsrechtlicher Ordnung zu verstehen.<sup>46</sup> Als diskursive Praxis knüpft Recht an die bestehenden gesellschaftlichen Bedeutungsstrukturen an und übersetzt diese der eigenen Logik entsprechend in Rechtssprache. Das Verfassungsrecht kann folglich als eine Praxis verstanden werden, die dominante gesellschaftliche Diskurse und gängige Grenzziehungen aufnimmt, rechtsspezifisch reproduziert und die auf diese Weise die konstitutionelle Ordnung von Ungleichheitsbeziehungen herstellt. Über die juristische Argumentation wird also eine historisch-spezifische Ordnung, d. h. ein Feld des Sag- und Sichtbaren im Recht, konstituiert.<sup>47</sup>

Diese diskursiv-konstitutionelle Ordnung beinhaltet notwendigerweise ein- und ausschließende Grenzziehungen. Diskursive Praktiken generieren immer wieder solche Grenzziehungen und schaffen auf diese Weise eine Ordnung, die als Möglichkeitsbedingung definiert, »was in einer [Rechts-, CR] Kultur zu einer bestimmten Zeit gedacht oder gesagt werden kann«.<sup>48</sup>

Während viele diskursanalytische Arbeiten kontingente wissenschaftliche Wahrheiten untersuchen, steht im Recht diskurstheoretisch die

44 Ebenda.

45 Für eine solche Praxisperspektive auf das Sicherheitsrecht siehe *Röhner*, KritV 2015, 153.

46 Hegemonietheoretisch inspiriert *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion, S. 213 ff.; *Buckel*, Welcome to Europe.

47 *Bublitz*, Diskurs, S. 45 ff.

48 Ebenda, S. 20. »Die Tatsache, daß in einer bestimmten Zeit einiges gesehen werden kann und anderes nicht, verweist auf die Form der Rationalität dieser Zeit (...)*», Foucault*, Der Mensch ist ein Erfahrungstier, S. 12 f.

kontingente »richtige« Normativität im Vordergrund.<sup>49</sup> Eine praxistheoretische Perspektive auf Ungleichheit stellt daher Fragen wie: Was wird in der Verfassungspraxis als verfassungsrechtliches Problem – als Verfassungsfrage – definiert und was nicht? Welche Vorgaben werden aus der Verfassung für die demokratische Politik und die Rechtsprechung – über welche Argumentationsweisen – abgeleitet? Welche Leerstellen und Auschlüsse können beobachtet werden?

Für ein Verfassungsaudit ist eine solche Perspektive produktiv, weil sie auf die kulturell-gesellschaftliche Eingebundenheit rechtlicher Maßstabsbildung, auf deren historisch-spezifische Bedingtheit und auf deren Ordnungsmacht verweist. In das Verfassungsrecht schreiben sich über die Maßstabsbildung also bestimmte Vorstellungen von Normalität, Autonomie und Subjektivität ein, die definieren, was verfassungsrechtlich als problematisch und damit verhandelbar angesehen wird und wo die Grenze zum verfassungsrechtlich Adressierbaren verläuft. Wie diese Grenze für Klasse und Geschlecht generiert wird, zeigen die Teilstudien § 2 bis § 4.

### 2.3 Dimensionen

Ich schlage vor, das Verfassungsaudit anhand der Ungleichheitsdimensionen von Nancy Fraser aufzubauen, weil diese die Analyse auf verschiedene Bereiche der Verfassung lenken.

Über ihre Umverteilungs- und Anerkennungsdimension hinaus formuliert Fraser in jüngeren Arbeiten eine dritte Dimension, nämlich die der Repräsentation, welche sie in den *Tanner Lectures* von 1996 im Untertitel mit »Participation« und in ihrer Kontroverse mit Axel Honneth als auf Demokratisierung gerichtete »politische Dimension« nur angedeutet hat.<sup>50</sup> Eine gegenwärtige Theorie der Gerechtigkeit, so modifiziert Fraser ihre Konzeption, müsse nicht nur zwei-, sondern dreidimensional sein.<sup>51</sup> Mit der dritten Dimension der Repräsentation verweist sie auf politische Exklusion. Sie entwickelt diese Dimension, um auf den Ausschluss der *global poor* aufmerksam zu machen und um die Frage nach dem Referenzrahmen für Ungleichheitskonflikte zu stellen. Fraser betont, dass auch in den Prozessen der kollektiven Selbstregierung Ungleichheitserfahrungen reflektiert werden müssen und Repräsentation die Inklusion sozial marginalisierter Subjekte ins Politische sicherstellen müsse: »Understood in this way, representation furnishes the stage on

49 Schweitzer, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2015, 201.

50 Fraser, Social Justice in the Age of Identity Politics, S. 95 f., 101, 121.

51 Fraser, Reframing Justice, S. 42 ff.; Fraser, European Journal of Political Theory 2007, 305 (312 ff.).

which struggles over distribution and recognition are played out. Establishing criteria of political membership, it tells us who is included, and who excluded, from the circle of those entitled to a just distribution and reciprocal recognition.«<sup>52</sup> In diesem Sinne liegt Repräsentation quer zu Umverteilung und Anerkennung und erstreckt den Bereich gerechter Beziehungen nicht nur auf den gesellschaftlichen, sondern auch auf den politisch-staatlichen Bereich.

Möchte man Frasers Dimensionen verfassungsrechtlich übersetzen, dann fallen einem zunächst Freiheits- und Gleichheitsrechte ein: z. B. die Eigentumsfreiheit, das Streikrecht, das menschenwürdige Existenzminimum sowie das allgemeine Gleichheitsrecht und das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts. Genau diese Verengung auf Grundrechte will Helen Irving mit dem *gender audit* überwinden. In ihrer Studie »Gender and the Constitution« untersucht sie die geschlechtliche Codierung von Verfassungsordnungen.<sup>53</sup> Normativ geht es ihr um *membership* in der *constitutional community* und wie diese vor dem Hintergrund der maskulin geprägten Verfassungsrealität für Frauen erreicht werden kann. Sie befragt Verfassungsordnungen daher nicht nur im Hinblick auf konstitutionelle Rechte nach ihrer Inklusivität/Exklusivität, sondern verfolgt einen breiteren Ansatz, der auch die Staatsorganisation umfasst. Andere feministische Untersuchungen von Verfassungsordnungen haben bisher Gleichheitsverständnisse<sup>54</sup>, reproduktive Rechte, den Schutz vor sexualisierter und häuslicher Gewalt sowie die vergeschlechtlichte Dimension von Freiheitsrechten analysiert. Das inspirierende an Irvings Studie ist nun, dass sie nicht nur konstitutionellen Rechten, sondern auch der geschlechtlichen Dimension der verfassungsrechtlichen Verteilung von Macht nachgeht. Die Analyse der Inklusivität/Exklusivität von Ordnung müsste die vermeintlich geschlechtsneutralen Strukturen der Staatsorganisation untersuchen. Mit solch einer Perspektive rücken die vergeschlechtlichten Effekte des Designs einer Verfassung in den Fokus: »in the way power is structured, the way the arms of government relate to each other, the demarcation between political/public and private, the separation

52 Fraser, *European Journal of Political Theory* 2007, 305 (313 f.).

53 Irving, *Gender and the Constitution*; politikwissenschaftlich Kinzig, *Auf dem Weg zur Macht?*

54 Sullivan, *California Law Review* 2002, 735 (747 ff.); Case, *California Law Review* 2002, 765 (780 ff.). Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*; Baer, *Würde oder Gleichheit?*; Elsumi, *Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte*; Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*; Mangold, *Demokratische Inklusion durch Recht*; Rubio-Marín/Baines, *The Gender of Constitutional Jurisprudence*; Irving, *Gender and the Constitution*; Williams, *Constituting Equality*; Baines u. a., *Feminist Constitutionalism*; Mak-Kinnon, in: Rosenfeld/Sajo, *Gender in Constitutions*.

and distribution of powers, processes of appointment to office, and so on.«<sup>55</sup> Irving fragt daher nach *constitutional opportunity structures*, welche sie an den politikwissenschaftlichen Begriff der *political opportunity structures* anlehnt und die sie definiert als »[structures that, CR] provide either openings or obstacles to participation or membership in the constitutional community.«<sup>56</sup>

Irving baut ihr *gender audit* anhand verschiedener Teilbereiche von Verfassungsordnungen auf, darunter u. a. Föderalismus, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gleichheitsrechte. Diese Aufbauweise wird hier weiterverfolgt, indem die Verfassungspraxis jeweils zu einzelnen Verfassungsbausteinen untersucht wird. Für das *inequality audit* sind also zwei gedankliche Schritte erforderlich. Zuerst müssen die für die interessierende Ungleichheitsachse relevanten Verfassungsbausteine in den drei Feldern Umverteilung, Anerkennung und Repräsentation identifiziert werden.<sup>57</sup> Im zweiten Schritt wird dann die daran anknüpfende Verfassungspraxis analysiert.

#### 2.4 Relationale vs. individualisierende Methodik

Das Verfassungsaudit lenkt die Analyse auf die konkrete Rechtspraxis und fragt, ob und wie gesellschaftliche Ungleichheitsverhältnisse in der Maßstabsbildung adressiert werden. Die dargestellten Rechtskritiken geben einige Hinweise, worauf der Analyseblick methodisch zu richten ist und wie eine relational argumentierende Rechtspraxis aussehen könnte: In den Kritiken werden gängige Grenzziehungen, wie staatlich-gesellschaftlich und öffentlich-privat, als Naturalisierung und Dethematisierung kritisiert; es wird für einen Wechsel von einer abstrakten zu einer konkreten Perspektive, die eine adäquate Problembeschreibung eröffnen soll, argumentiert; schließlich wird die Perspektivität hegemonialer Normen problematisiert und die Reflexion von Perspektivität und Normalität für notwendig erachtet.

55 Irving, *Gender and the Constitution*, S. 3.

56 Ebenda, S. 32, Fn. 12; Irving, *Adelaide Law Review* 2007, 159; Irving, in: Williams, *More than Rights*. »(T)o begin with a constitutional rights paradigm is to prioritize litigation over other means of achieving rights in practice. It is to place the onus on individual women to initiate and sustain actions in the courts in order to enforce or change the law.«, Irving, *Gender and the Constitution*, S. 163.

57 Der Begriff des konstitutionellen Bausteins geht auf die Ikea-Theorie von Frankenberg zurück. Nach dieser existiert inzwischen ein globales Reservoir an Verfassungsbausteinen, die dem lokalen Kontext entsprechend unterschiedlich zusammengesetzt und interpretiert werden, *Frankenberg*, *ICON* 2010, 563.

Auch wenn Jennifer Nedelsky dies nicht explizit macht, so verfolgt sie in ihren Rechtsanalysen eine Methode, die als dogmatische Übersetzung der Kritiken gelesen werden kann und parallel zu Athena D. Mutuas ökonomiekritischen Ansatz liegt. Bei ihr gewinnen – genau wie bei Mutua – die Erörterung des gesellschaftlichen Kontexts, das Mitdenken der konkreten Effekte einer Regelung auf die Betroffenen sowie die Reflexion der maßstabsetzenden Normen gegenüber abstrakt-individualisierenden Argumentationen und staatlichen Rechtfertigungsgründen an Bedeutung.

Im Anschluss an Mutuas Kritik der Norm der Mittelklasse sowie an Nedelskys relationale Rechtstheorie soll eine relationale Rechtsanalysemethodisch anhand von vier Kriterien definiert werden.

Individualisierende Methodik	Relationale Methodik
Dethematisierung	Thematisierung
abstrakt	konkret
Rechtfertigungsperspektive	Betroffenenperspektive
Perspektivität der hegemonialen Normalität	Reflexion von Perspektivität

Abb. 1: *Relationale Rechtsanalyse*

Mit *Dethematisierung/Thematisierung* wird die Frage gestellt, ob Ungleichheitsachsen überhaupt bei ungleichheitsrelevanten Rechtskonflikten angesprochen werden. Es geht also darum, ob Ungleichheit thematisiert wird oder ob diese dethematisiert bleibt und der Rechtskonflikt unter anderen Gesichtspunkten verhandelt wird. Das Kriterium der Dethematisierung lenkt die Analyse daher auch auf Leerstellen und Grenzen der Rechtspraxis.

Das zweite Kriterium richtet den Analyseblick auf verschiedene Argumentationsweisen: auf eine *abstrakte* in Kontrast zu einer *konkreten*. Während die erste durch die Fokussierung auf das einzelne Individuum gesellschaftliche Ungleichheitsverhältnisse nicht erfasst und auf diese Weise zu deren Dethematisierung beiträgt, versucht die zweite, Ungleichheitsbeziehung empirisch zutreffend zu beschreiben. Dafür wird der konkrete gesellschaftliche Kontext erörtert und dafür möglicherweise auch auf Sozialdaten zurückgegriffen. Durch eine solche kontextuelle Perspektive sollen eine historisch verortete Subjektivität sowie

eine Rechtsinterpretation forciert werden, die die Trennung von gesellschaftlicher und staatlicher bzw. von privater und öffentlicher Sphäre überwindet.

Das Kriterium *Rechtfertigungsperspektive/Betroffenenperspektive* unterscheidet zwischen zwei Adressierungsstrategien, die in der juristischen Argumentation unterschiedliche Perspektiven zur Entscheidungsbegründung heranziehen. Die Betroffenenperspektive sieht gesellschaftliche Ungleichheit als (verfassungs-)rechtlich problematisch an und legt daher den Fokus der Argumentation auf die Effekte und Wirkungen rechtlicher Regelungen. Sie fragt danach, wie sich rechtliche Regelungen auf die dominierte Subjektposition auswirken und sieht dies als maßgeblich an. Konträr dazu legt die Rechtfertigungsperspektive den Schwerpunkt der Argumentation auf rechtfertigende Gründe und wertet diese als übergeordnet. Auf diese Weise wird regelmäßig ein Maßstab, der sich an gesellschaftlichen Normalitätvorstellungen orientiert, im Recht gestärkt.

Schließlich kann methodisch zwischen einer Praxis differenziert werden, die der Maßstabsbildung die *hegemoniale Normalität* zugrunde legt, und einer, die die *Perspektivität der Maßstabsbildung reflektiert* und auf diese Weise hegemoniale Normalität, die regelmäßig Angehörige dominierter Subjektpositionen benachteiligt, problematisiert. Während erstere sowohl die Dethematisierung von Ungleichheitsverhältnissen als auch eine Argumentation über Rechtfertigungsgründe stützt, schärft letztere den Blick für – in der Regel invisibilisierte – Privilegienstrukturen.

## 2.5 Material

Die Methode des *inequality audit* lenkt die Analyse auf die Art und Weise, wie Ungleichheitsachsen in der Verfassungspraxis adressiert werden. Sie fokussiert folglich das geltende Verfassungsrecht im engeren Sinne und wählt als zu untersuchendes Material vorrangig Entscheidungen aus der Rechtsprechung aus.

Ergänzend wird auf Literatur zurückgegriffen. Im deutschen Kontext wird dem Genre der Kommentarliteratur eine besondere Relevanz zugesprochen, weil Kommentare als juristisch-kulturelles Gedächtnis fungieren und die herrschenden Positionen der Verfassungswissenschaft und Verfassungsrechtsprechung widerspiegeln. Für Stimmen aus der Literatur wird daher primär dieses Genre herangezogen.

Darüber hinaus ist ein Rückgriff auf Literatur für ein Verfassungsaudit insbesondere weiterführend, um eine spezifische Verfassungspraxis zu kontextualisieren und historisieren sowie um diskursive Lücken in der Verfassungspraxis durch Angebote aus der Literatur zu kompensieren.

<b>Verfassungsaudit</b>		
<b>Dimensionen</b>	<b>Methodik</b>	<b>Material</b>
Umverteilung Anerkennung Repräsentation	Dethematisierung vs. Thematisierung  abstrakte vs. konkrete Argumentation  Betroffenen- vs. Rechtfertigungsperspektive  Reflexion von Perspektivität vs. Perspektivität der hegemonialen Normalität	Gerichtsentscheidungen  Kommentarliteratur  Literatur für Leerstellen und Kontextualisierung

*Abb. 2: Zusammenfassung des Verfassungsaudits*