

§ 3 Anerkennung

I. Einleitung

Die zweite Teilstudie des Verfassungsaudits befasst sich mit der Dimension der Anerkennung. Mit dieser geht es Nancy Fraser um die Kritik von Statusordnungen, in denen sich die kulturelle Abwertung von Menschen aufgrund (vermeintlicher) Zugehörigkeiten manifestiert. Kulturelle Deutungsmuster, die Menschen aufgrund von bestimmten Merkmalen oder sozialen Zugehörigkeiten als »anders« definieren, werfen die Frage nach dem »richtigen« rechtlichen Umgang mit Differenz auf. Der Bezugspunkt für die Deutung als »anders« ist dabei immer die hegemoniale Subjektposition. Diese definiert das gesellschaftlich Normale. Im Hinblick auf das Geschlecht dominiert beispielsweise die Ausprägung »männlich«,¹ Während diese »normale« Position nicht benannt werden muss,² ist die gesellschaftlich dominierte Ausprägung »weiblich«, ebenso wie »trans« und »inter«,³ aktiv bezeichnet und kann problematisch werden.⁴ Die aktive Markierung verweist also auf kulturelle Vorstellungen von Normalität und Abweichung, von Suprematie und Inferiorität.

In der zweiten Teilstudie soll untersucht werden, wie die Verfassungspraxis ungleiche Statusordnungen, exemplarisch anhand der Ungleichheitssachse Geschlecht,⁵ methodisch adressiert. Dafür wird zunächst der Ge-

- 1 Da verschiedene Männlichkeiten existieren, wird dies mit dem Begriff der »hegemonialen Männlichkeit« konkretisiert. Gemeint ist also die Privilegierung einer bestimmten, ökonomisch gut situierten, weißen, heterosexuellen, ableistischen Subjektivität, siehe dazu *Dinges*, Männer – Macht – Körper.
- 2 »Menschen haben also kein Geschlecht, solange sie männlich sind«, so pointiert *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 4.
- 3 Zur Inklusion von geschlechtlicher Identität und sexueller Orientierung in den Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechts *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung; *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u.a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 452 ff. (7. Aufl. i.E.); aktuell BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, 1 BvR 2019/16 zur dritten Option, dazu *Röhner*, in: Müller-Heidelberg u.a., Inter/diverse Rechtssubjekte?; *Röhner*, in: Müller-Heidelberg u.a., Mehr als zwei Geschlechter.
- 4 »One similarity relation which is extremely important in linguistic structure is that of *opposition*; opposition is a binary relation of mutual implication in which there is an inherent asymmetry between the two choices, an asymmetry known as *markedness*. Markedness entails the fact that in two choices, one is the more focused, the more narrowly constrained, the more concentrated than the other.«, *Waugh*, in: Pomorska/Rudy, The Poetic Function of the Nature of Language, S. 160.
- 5 Zum Geschlechterbegriff in der Rechtswissenschaft *Elsuni*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, Feministische Rechts-theorie, S. 160 ff.; *Röhner*, Juridikum 2015, 516.

genstand der folgenden Teilstudie skizziert (1.) und dann deren Aufbau erläutert (2.).

1. Anerkennung und Geschlecht

1.1 Reproduktionsordnung

Die Ungleichheitsachse Geschlecht verweist auf die symbolisch-kulturelle Geschlechterordnung. Sie basiert auf der Vorstellung zweier biologisch-natürlicher Geschlechter, die mit spezifischen Eigenschaften und Fähigkeiten assoziiert sind. Sie geht mit stereotypen Imaginationen über das Maskuline und Feminine einher, etwa die enge Verknüpfung von Weiblichkeit mit Emotionalität, Mutterschaft und Fürsorge. Die Wirkmächtigkeit der Annahme zweier natürlicher Geschlechter erklärt Judith Butler aus einer Praxisperspektive. Für sie ist Geschlechterzugehörigkeit eine performative Leistung, die in den alltäglichen Praktiken immer wieder aufs Neue generiert wird, also »eine Identität, die durch stilisierte Wiederholung von Akten zustande kommt« und dabei einen »Anschein von Substantialität« erzeugt.⁶

Die kulturelle Kodierung der zwei Geschlechter begründet eine Hierarchisierung von Männlichkeit und Weiblichkeit. Nancy Fraser verweist darauf, dass die kulturellen Deutungsmuster einer androzentrischen Norm folgen: Androzentrismus sei »the authoritative construction of norms that privilege traits associated with masculinity and pervasive devaluation and disparagement of things coded as ›feminine‹, paradigmatically – but not only – women.«⁷ Bei Anerkennung und Geschlecht geht es also um kulturelle Deutungsmuster, die Identitäten unterschiedliche Wertigkeiten, Fähigkeiten und Eigenschaften zuschreiben und auf diese Weise eine spezifische Statusordnung generieren.

Dabei ist die kulturelle nicht von der ökonomischen Geschlechterungleichheit zu trennen, weil die Geschlechterdifferenz mit einer spezifischen Arbeitsteilung sowie der institutionellen Trennung von Ökonomie und Reproduktion verknüpft ist.⁸ Während maskuline Subjekte am Markt die eigene Existenz bzw. die Existenz der Familie als

6 Butler, in: Wirth, Performative Akte und Geschlechterkonstitution, S. 301 f.; Butler, Gender Trouble; Butler, Bodies That Matter.

7 Fraser, Social Justice in the Age of Identity Politics, S. 16.

8 Ebenda, S. 15 ff.; Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung?, S. 32 ff.; Becker-Schmidt, in: Knapp/Wetterer, Was mit Macht getrennt wird, gehört gesellschaftlich zusammen; Ferguson, Historical Materialism 2016,

rationale, handlungsfähige und unabhängige Vollerwerbstätige sichern, kümmern sich weibliche als sorgende Subjekte typischerweise um den Haushalt und die Kindererziehung. Die »Evidenz« der Biologie wird seit dem 18. Jahrhundert als Rechtfertigung dieser Arbeitsteilung herangezogen, so Andrea Maihofer.⁹ Diese Arbeitsteilung reproduziert also einerseits die Geschlechterdifferenz,¹⁰ sie ist aber zugleich ein Mechanismus der Geschlechterhierarchisierung, da sie in einer lohnarbeitsorientierten und geldbasierten Ökonomie keine Gleichrangigkeit von Erwerbs- und Reproduktionsarbeit bedeutet.¹¹ Hier zeigt sich die Verschränkung von ökonomischer und geschlechtlicher Ungleichheit – von Umverteilung und Anerkennung. Die Durchsetzung der kapitalistischen Produktionsweise konnte die patriarchale Ordnung des Feudalismus produktiv für sich wenden und Lohnarbeit von der häuslichen Sphäre abtrennen: »Lohnarbeit wird zum gesellschaftlichen Prototyp der Erwerbstätigkeit und Hausarbeit, durch die Separierung von Öffentlichkeit und Privatsphäre aus Familienbetrieben herausgelöst, verliert im sozialen Bewusstsein an ökonomischer Bedeutung.«¹² Für die ökonomische Theorie kritisieren Adelheid Biesecker und Sabine Hofmeister daher die Vorstellung einer von reproduktiven Grundlagen abgetrennten kapitalistischen Ökonomie und die damit einhergehende Gegenüberstellung von produktiven/ökonomischen/maskulinen und reproduktiven/unökonomischen/femininen Tätigkeiten. Die Reproduktionsordnung bedeutet in der Konsequenz für weibliche Subjekte die ökonomische Abhängigkeit vom Familienernährer oder dem Sozialstaat, die Abwertung feminin codierter Berufe, deren schlechtere Entlohnung sowie die Abwesenheit von Frauen in attraktiven Positionen.¹³

Die geschlechtliche Arbeitsteilung führt zu einer ökonomisch besonders prekären Situation von Frauen. Armut ist – auch in Deutschland

38; Vogel, *Marxism and the Oppression of Women*; Biesecker/Hofmeister, in: Bauhardt/Çağlar, *Im Fokus: Das (Re)Produktive*.

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

10 »The division of labor by sex can therefore be seen as a ›taboo‹: a taboo against the sameness of men and women, a taboo dividing the sexes in two mutually exclusive categories, a taboo which exacerbates the biological differences between the sexes and thereby creates gender.«, Rubin, in: Reiter, *The Traffic in Women*, S. 178.

11 Biesecker/Hofmeister, in: Bauhardt/Çağlar, *Im Fokus: Das (Re)Produktive*; Starck will demgegenüber kein Gleichheitsproblem erkennen, Starck, Art. 3 GG, in: Mangoldt u. a., *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, Rn. 309.

12 Becker-Schmidt, in: Klinger/Knapp/Sauer, »Class«, »gender«, »ethnicity«, »race«, S. 98.

13 Ebenda, S. 72 ff.

– weiblich und nicht von der geschlechtlichen Arbeitsteilung trennbar.¹⁴ So bezieht fast die Hälfte der Alleinerziehenden Hartz IV und der Großteil der Frauen ist nicht-existenzsichernd erwerbstätig, da sie überwiegend in Teilzeit, im Niedriglohnsektor oder in nicht-sozialversicherungspflichtigen Minijobs arbeiten.¹⁵ Die ökonomisch schlechteren Erwerbschancen setzen sich auch in der Rente im *Gender Pension Gap* fort, das auf eine deutlich größere Lücken als das *Gender Pay Gap* von ca. 21 Prozent verweist: Frauen beziehen durchschnittlich 57 Prozent weniger Alterssicherung als Männer.¹⁶

Die Ungleichheitsachse Geschlecht bedeutet für Fraser daher nicht nur eine Statusordnung, sondern auch ein kapitalistisches Organisationsprinzip.¹⁷ In dieser verschränken sich kulturelle und ökonomische Ungleichheit. Geschlechtergerechtigkeit könne daher nur durch die Transformation beider Dimensionen erreicht werden: »But redressing gender injustice, in any case, requires changing both the economic structure and the status order of contemporary capitalist society.«¹⁸

1.2 Erwerbstätigkeit und marktkonforme Emanzipation

Die Integration von Frauen in den Arbeitsmarkt hat in den westlichen Industrieländern zwar zunehmend stattgefunden, jedoch ohne die einseitige Verteilung von Sorgearbeit grundlegend zu verändern und neue Formen gesellschaftlicher Re-Produktion zu entwickeln. Auch wenn Frauen erwerbstätig sind, fallen ihnen überwiegend die Aufgaben der Haushaltsführung und Kindererziehung zu. In der Konsequenz verfügen sie über

14 So haben im Jahr 2009 etwa 87 % der Frauen in Teilzeit gearbeitet, davon waren etwa die Hälfte prekär beschäftigt; Zimmer, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Geringfügige Beschäftigung von Frauen – ein prekärer Zustand, S. 297, 310; Engelen-Kiefer, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Von der Reservearmee in den Niedriglohnsektor?

15 Ca. 40 % der Alleinerziehenden bezieht Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II, Lenze, Alleinerziehende unter Druck, S. 61. »Ca. 70 % der Beschäftigten im Niedriglohnsektor sind Frauen. Rund 1/3 aller abhängig beschäftigten Frauen im Alter von 25 bis 60 Jahren erzielt ein Erwerbseinkommen, das nicht für eine eigenständige Existenzsicherung reicht (Männer 1/10).«, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Kombiniertes siebter und achter Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), S. 17.

16 Klenner u. a., WSI-Report Nr. 29, 2016, 1.

17 Fraser, Social Justice in the Age of Identity Politics, S. 15 ff.

18 Ebenda, S. 17.; auch CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, Rn. 8.

weniger Zeit für Freizeit, Erholung und politisches Engagement. Zum Teil wird die geschlechtliche Arbeitsteilung in ungleiche Nord-Süd-Beziehungen übersetzt, indem Haushalt und Kindererziehung zunehmend von Migrantinnen aus dem Globalen Süden oder Osten übernommen werden, was als Transnationalisierung von *care work* bezeichnet wird.¹⁹ Hier zeigt sich nicht nur eine Verschränkung von Klasse und Geschlecht, sondern auch von Migration.

Die geschlechtliche Arbeitsteilung wird also derzeit nicht über eine Neuordnung der Ökonomie, sondern allein über die Anerkennung von Frauen als gleichwertige Marktteilnehmerinnen und Erwerbstätige, also über einen Prozess der Kommodifizierung, verhandelt. So strebt beispielsweise die Europäische Kommission eine stärkere Aktivierung von Frauen als Humankapital an: »Die Gleichstellung von Frauen und Männern ist kein Selbstzweck, sondern die Voraussetzung für die Verwirklichung der allgemeinen Ziele der EU – Wachstum, Beschäftigung und sozialer Zusammenhalt. Eine höhere Beteiligung der Frauen am Arbeitsmarkt gewährleistet nicht nur deren wirtschaftliche Unabhängigkeit, sondern trägt auch wesentlich zur wirtschaftlichen Entwicklung und zur Tragfähigkeit der Sozialversicherungssysteme bei.«²⁰ Diese marktförmige Emanzipation, die weibliche Erwerbstätigkeit unter ökonomischen Nützlichkeitsgesichtspunkten fördert, aber die Reproduktionsordnung nicht infrage stellt und die Privilegien der von Sorgearbeit freigestellten Vollerwerbstätigen unangetastet lässt, wird von Nancy Fraser und Jennifer Nedelsky kritisiert. »The ideal-typical citizen here is the breadwinner, now nominally gender-neutral«, so Fraser.²¹ Sie argumentiert daher, dass sich die kulturelle Dimension der Ökonomie ändern müsse, die Sorgearbeit weiterhin als das Andere von Erwerbstätigkeit denke und damit die maskulin kodierte Institution der Vollerwerbstätigkeit unangetastet lasse.²² Dieses invisibilisierte Privileg der Vollerwerbstätigkeit benennt auch Nedelsky: »This seems to be one of many examples where no one thought through the kinds of privileges that were built into the original system. People seem to have thought (and continue to think) that women's equality could be accomplished simply by extending to them the

19 »I suggest that we can see links among rights, respect, economic success, and the gendered division of household labor. Another way of stating these links is that it is very hard to imagine women having equal access to and success in all forms of employment without a radical restructuring of the work environment to accommodate the demands of care work.«, Nedelsky, *Law's Relations*, S. 25, auch S. 16.

20 *Europäische Kommission*, Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern, S. 8.

21 Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics*, S. 59.

22 Ebenda, S. 57 ff.

opportunities of men (never fully of course), without seeing that those opportunities relied on the unpaid labor of women.«²³

1.3 Analyseperspektive

Mit einem Verfassungsaudit lässt sich das Recht nach seinen impliziten Annahmen und Voraussetzungen hinsichtlich der Ungleichheitsachse Geschlecht befragen. Es kann untersucht werden, wie sich die geschlechtliche Reproduktionsordnung in der Maßstababbildung niederschlägt und wie sie adressiert wird; es lässt sich untersuchen, ob die maskuline Norm z. B. als solche offengelegt, reflektiert und »Differenz« akkommodiert wird. Es geht dabei um die kulturelle Abwertung und ökonomische Unterbewertung von Sorgearbeit, die Kopplung von Sorgearbeit mit Weiblichkeit sowie die Privilegierung der Vollerwerbstätigkeit.

2. Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot

Die kulturelle Abwertung von Menschen aufgrund sozialer Zugehörigkeiten wird im Recht mit Gleichheitsrechten und Diskriminierungsverboten begegnet. Gleichheitssätze und Diskriminierungsverbote sind auf allen Rechtsebenen zu finden. Auf völkerrechtlicher Ebene garantieren Art. 2 Abs. 1 und Art. 7 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Paktes für bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) sowie Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Paktes für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) die Gleichheit aller Menschen; Art. 3 IPbpR und Art. 3 IPwskR fordern darüber hinaus die Gleichheit der Geschlechter inklusive der Entgeltgleichheit in Art. 7 lit. a i IPwskR.²⁴ Weitere Gleichheitsrechte finden sich in den spezifischen Menschenrechtsabkommen, beispielsweise in den Frauenrechts-, der Antirassismus-, der Kinderrechts- und der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen. Für die deutsche Rechtsordnung sind außerdem das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie die europarechtlichen Diskriminierungsverbote – das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit in Art. 18 AEUV, das Gebot der

23 Nedelsky, *Law's Relations*, S. 27; auch *Soiland*, in: Andresen/Koreuber/Lüdke, *Gender als Selbstmanagement*; Maier, in: Bauhardt/Çağlar, *Die wirtschaftspolitischen Leitlinien der Europäischen Union – eine feministische Kritik*; Kantola/Squires, *International Political Science Review* 2012, 382; Hark/Kerner, *Feministische Studien* 2007, 92.

24 BGBl. II 1973, S. 430 f., 1533, 1569.

Entgeltgleichheit in Art. 157 AEUV, Art. 21 und Art. 23 der Grundrechte-Charta sowie die vier sekundärrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien²⁵ – maßgeblich.²⁶

Im Grundgesetz gebietet Art. 3 Abs. 1 GG die Gleichheit aller Menschen. Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG konkretisieren dies für die Geschlechterbeziehungen. Dabei spricht Art. 3 Abs. 3 GG nicht von Diskriminierung, sondern von Bevorzugung und Benachteiligung. Auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das die vier europarechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien in das deutsche Recht umsetzt, verwendet allein den Begriff der Benachteiligung. Der Diskriminierungsbegriff kommt aus dem angelsächsischen Raum. Über den wirtschaftsliberalen und den menschenrechtlichen Diskurs hat der Begriff inzwischen verstärkt Eingang in die deutsche Wissenschaft und Rechtsprechung gefunden.²⁷ Diskriminierung bedeutet die Abwertung oder die Benachteiligung von Menschen, weil sie einer bestimmten Gruppe zugehörig sind bzw. zugehörig erscheinen.²⁸ Gleichheitsrecht soll als Antidiskriminierungsrecht daher vor Benachteiligung schützen, die auf abwertenden Deutungen von sozialer Zugehörigkeit basiert.

In den Auseinandersetzungen über das Gleichheitsrecht als Antidiskriminierungsschutz wurden inzwischen vier Instrumente entwickelt, um die Geschlechtergleichheit im Recht methodisch adressierbar zu machen: ein materiales Diskriminierungsverständnis, die Rechtsfigur der

25 Richtlinie des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Abl. L 180 v. 19.7.2000, S. 22, Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG); Richtlinie des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Abl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16, Rahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG); Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), Abl. L 204 v. 26.7.2006, S. 23, Genderrichtlinie (RL 2006/54/EG); Richtlinie des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Abl. L 373 v. 21.12.2004, S. 37, Gleichberechtigung Zivilrecht (RL 2004/113/EG). Die vier europäischen Richtlinien wurden im deutschen Recht im Allgemeinen Gleichstellungsgesetz (AGG) umgesetzt, BGBl. I 2006, S. 1897; *Büro für Recht und Wissenschaft*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Ein Kommissionsentwurf für eine fünfte Antidiskriminierungsrichtlinie liegt vor, die die Gleichbehandlung außerhalb des Arbeitsmarktes für Merkmale jenseits des Geschlechts normieren soll, Kom(2008) 426 endg, v. 2.7.2008.

26 Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz; Peters/König, in: Grote/Marauhn/Meljnik, Das Diskriminierungsverbot.

27 Überblick bei Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, Kap. 2.

28 Sacksofsky, in: Opfermann, Diskriminierung und Gleichheit, S. 31.

mittelbaren Diskriminierung sowie Ansätze einer intersektionalen und stereotypsensiblen Rechtsanalyse.

Im Folgenden werden zunächst zwei konkurrierenden Gleichheitskonzeptionen als Folie für die anschließende Darstellung skizziert (II.). Es folgt die Analyse der Verfassungspraxis zu den geschlechtsbezogenen Gleichheitssätzen in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Abs. 3 S. 1 GG (III.–V.). Abschließend wird auf die UN-Frauenrechtskonvention *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)* eingegangen, da sie Geschlechterstereotype und die einseitige Verteilung der Sorgearbeit in besonderer Weise adressiert (VI.).²⁹

²⁹ BGBl. II 1985, S. 648.