


Cara Röhner

# Ungleichheit und Verfassung

Vorschlag für eine  
relationale Rechtsanalyse

**VELBRÜCK  
WISSENSCHAFT**

<https://doi.org/10.5771/9783748901686>, am 06.06.2024, 04:49:26

Open Access –  – <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

Cara Röhner  
Ungleichheit und Verfassung



Cara Röhner

# Ungleichheit und Verfassung

Vorschlag für eine relationale Rechtsanalyse

**VELBRÜCK  
WISSENSCHAFT**

Erste Auflage 2019  
© Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2019  
www.velbrueck-wissenschaft.de  
Printed in Germany  
ISBN 978-3-95832-181-6

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

# Inhalt

## § 1 Verfassungsaudit

I.	Einleitung . . . . .	11
1.	Verfassungsfragen und Ungleichheit . . . . .	11
2.	Forschungslücke . . . . .	12
II.	Theorie und Methode des Verfassungsaudits . . . . .	15
1.	Kritik: Subjekte als Unabhängige, Freie und Gleiche . . . . .	15
2.	Analyseperspektive . . . . .	22
III.	Aufbau des Buches . . . . .	32

## § 2 Umverteilung

I.	Einleitung . . . . .	37
1.	Umverteilung und Klasse . . . . .	37
2.	Soziale Rechte . . . . .	43
II.	Das Sozialstaatsprinzip . . . . .	50
1.	Normativ schwache Verfassungspraxis . . . . .	52
2.	Rationalisierung: Das Soziale als das Andere . . . . .	57
3.	Drei abweichende Meinungen – drei Konkretisierungsversuche . . . . .	60
4.	Von der Grundsatzkontroverse zur begrenzten Sozialstaatlichkeit . . . . .	72
5.	Etatistisch-konservative Sozialstaatlichkeit . . . . .	83
III.	Materiale Grundrechtsgehalte . . . . .	91
1.	Genese materialer Grundrechtsgehalte . . . . .	92
2.	Abwehr: Eigentum . . . . .	105
3.	Gleichheit: ungleich Egalisierung . . . . .	114
4.	Leistung: Menschenwürde . . . . .	120
IV.	Gleichheit und Fremdheit – Existenzminimum für Unionsbürger*innen. . . . .	132
1.	Rechtskonflikte um ein sozialstaatliches Europa . . . . .	132
2.	Rechtlicher Rahmen . . . . .	134
3.	Transnationale soziale Rechte . . . . .	138
4.	Einmal Sozialbürgerschaft und zurück? . . . . .	142
5.	Umkämpfte Zugehörigkeit . . . . .	150

V. Fazit	153
1. Rechtsstaatliche Verfassungsrationalität und Gesetzgebungsspielraum	153
2. Produktive Grenzziehungen	156
3. Relationale Perspektiven	156

## § 3 Anerkennung

I. Einleitung	161
1. Anerkennung und Geschlecht	162
2. Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot	166
II. Materiale Gleichheit als relationale Perspektive	169
1. Formal-symmetrische Gleichheit	169
2. Material-asyymetrische Gleichheit	170
3. Fallstricke der Verhandlung von Identität	176
III. Materiales Diskriminierungsverständnis	183
1. Rentenalter	185
2. Nacharbeit	187
3. Nach der Nacharbeit	190
4. Drei Potentiale des materialen Diskriminierungsverständnisses	208
IV. Mittelbare Diskriminierung	210
1. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung	211
2. Akkommodierung von Sorgearbeit in der Alterssicherung	218
3. Zusammenfassung	227
V. Intersektionalität	229
1. Klasse: Zugang zu qualifizierten Berufen	231
2. Geschlecht: die andere Geschlechterperformance	232
3. Rasse: antimuslimische Hierarchisierung	233
4. Und die staatliche Neutralität? Inklusive – exklusive Ordnung	239
5. Zusammenfassung	241
VI. UN-Frauenrechtskonvention	243
1. Umfassendes Diskriminierungsverständnis	243
2. Geschlechterstereotype im Konventionstext	246
3. Völkerrechtsfreundliches Grundgesetz	247
4. Impulse	249
VII. Fazit	252
1. Relationale Methodik	252
2. Stereotypensensible Maßstabsbildung	253
3. Neoliberalismus und Emanzipation	254

## § 4 Repräsentation

I.	Einleitung . . . . .	258
1.	Repräsentation und die Präsenz der Anderen . . . . .	258
2.	Geschlecht in der Staatsorganisation . . . . .	264
II.	Präsenz in staatlichen Institutionen . . . . .	267
1.	Demokratie. . . . .	267
2.	Staatsämter: Judikative und Exekutive . . . . .	296
III.	Föderalismus . . . . .	304
1.	Grundgesetzliche Kompetenzordnung. . . . .	306
2.	Geschlechtliche Codierung der Gesetzgebungskompetenzen . . . . .	310
3.	Kompetenzkonflikte um das Ernährermodell . . . . .	316
IV.	Fazit . . . . .	333
1.	Abstrakte Staatlichkeit . . . . .	333
2.	Geschlechtsloser Föderalismus . . . . .	334
	Schluss . . . . .	337
	Danksagung . . . . .	344
	Literatur . . . . .	345
	Ausführliches Inhaltsverzeichnis . . . . .	374





# § I 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.«<sup>1</sup>

## 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.<sup>2</sup>

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, Rasse<sup>3</sup>/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 gerechtigkeits-theoretische oder dogmatische Arbeiten zu finden, die normative Begründungen für ein bestimmtes Verständnis von Sozialstaatlichkeit oder Solidarität entwickeln.<sup>4</sup> Hinsichtlich ungleicher Geschlechterbeziehungen ist die rechtswissenschaftliche Forschung etwas breiter aufgestellt. Über rein gleichheitstheoretische oder dogmatische Arbeiten hinaus<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.).

## 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.

### I. 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, I.



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 Mittelklassesetums 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 *Mahoney*, 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 zielt und sicherstellen sollte, 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?; Elsuni, 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; MakKinnon, 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 Normalitätsvorstellungen orientiert, im Recht gestärkt.

Schließlich kann methodisch zwischen einer Praxis differenziert werden, die der Maßstabbildung die *hegemoniale Normalität* zugrunde legt, und einer, die die *Perspektivität der Maßstabbildung reflektiert* und auf diese Weise hegemoniale Normalität, die regelmäßig Angehörige dominanter 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.

Verfassungsaudit		
Dimensionen	Methodik	Material
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*



### III. Aufbau des Buches

Da sich die vorliegende Untersuchung auf die Verfassungspraxis konzentriert, werden in den folgenden Teilstudien vor allem Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts rekonstruiert. Darüber hinaus werden Bezüge zum Europarecht und Völkerrecht, insbesondere zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, hergestellt.

Rein akademische Diskussionen werden überwiegend ausgeklammert. Da ökonomische und geschlechtliche Ungleichheiten zu den marginalisierten Verfassungsthemen gehören, ist dies nicht immer durchzuhalten, weshalb für ausgewählte Themen auch stärker auf akademische Diskussionen eingegangen wird.

Unter Rückgriff auf Nancy Fraser wird das Verfassungsaudit den drei Dimensionen Umverteilung, Anerkennung, Repräsentation folgend aufgebaut. In jeder Dimension wird die Rechtspraxis zu verschiedenen Verfassungsbausteinen rekonstruiert, die als Einfallstore für die Verhandlung von gesellschaftlichen Ungleichheitsbeziehungen dienen. Dabei wird im Sinne Frasers aufgezeigt, dass ökonomische Ungleichheit nur in Ansätzen verfassungsrechtlich thematisiert werden kann, geschlechtliche Ungleichheit demgegenüber zwar noch nicht »Mainstream« ist, aber dennoch vergleichsweise erfolgreich in den letzten Jahren im Verfassungsrecht adressiert wurde. Es wird sich also zeigen, dass Klasse, fehlende ökonomische Ressourcen oder Umverteilungsforderungen sowie die damit einhergehende kulturelle Abwertung kaum argumentierbare Anliegen sind, demgegenüber die Anforderung von Anerkennung femininer und ökonomisch-geschlechtlicher Ungleichheit im Recht einfacher zu formulieren ist. Dies gerät aber in der dritten Dimension der Repräsentation ebenfalls an deutliche Grenzen.

In der ersten Teilstudie *Umverteilung* geht es um die methodische Adressierung von Klasse im Verfassungsrecht. Das Sozialstaatsprinzip, materiale Grundrechtsgehalte (Eigentum, Gleichheit, Menschenwürde) und das unionsbürgerschaftliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit werden für das Verfassungsaudit untersucht. Im Kern soll es um soziale Grundrechte gehen. Für die Ungleichheitsachse Klasse wären zwar auch die Arbeitsbeziehungen und die Privateigentumsordnung Ansatzpunkte gewesen, dennoch sind soziale Rechte und insbesondere die sozialstaatliche Existenzsicherung der *hard case* einer Verfassungsordnung und sollen daher im Vordergrund stehen. Der Sozialstaat verweist als Institution zudem auf die Verschränkung von Ökonomie und Kultur und lässt somit die kulturelle Dimension von ökonomischer Ungleichheit sichtbar werden.

Konzeptuelle Neuerungen – ein materiales Diskriminierungsverständnis, die mittelbare Diskriminierung sowie eine intersektionale<sup>58</sup>

58 Crenshaw, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139.

und stereotypenorientierte Rechtsanalyse – haben in den letzten 25 Jahren mehr Möglichkeiten geschaffen, Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Verfassungsrecht zu thematisieren. Um das Gleichheitsrecht als Diskriminierungsschutz soll es daher in der zweiten Teilstudie *Anerkennung* gehen. Dafür werden die Geschlechtergleichheit gemäß Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sowie die UN-Frauenrechtskonvention *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)* untersucht. Dabei werde ich mich auf das Thema der Reproduktionsordnung konzentrieren und nicht auf andere für das Geschlechterverhältnis virulente Fragen, wie reproduktive Rechte, Gewaltschutz oder religiöser Pluralismus, eingehen. Denn die geschlechtliche Arbeitsteilung zwischen maskuliner Vollerwerbstätigkeit und femininer Reproduktionsarbeit kann als ökonomische Dimension der Geschlechterbeziehungen exemplarisch die Verschränkung von Ökonomie und Geschlechterverhältnis, von Anerkennung und Umverteilung, in den Analysefokus rücken und damit eine duale Perspektivität auf Ungleichheitsbeziehungen im Verfassungsrecht demonstrieren.

Während im Gleichheitsrecht die Debatte um geschlechtsspezifische Ungleichheit langsam angekommen zu sein scheint, wird die geschlechtliche Dimension von Repräsentation noch so gut wie gar nicht im deutschen Verfassungsrecht diskutiert. Daher widmet sich die dritte Teilstudie *Repräsentation* der geschlechtlichen Dimension von Staatsorganisation und versucht angelsächsische Diskurse für die grundgesetzliche Ordnung fruchtbar zu machen. Dafür werden das unitäre Demokratieverständnis, der Zugang zu Staatsämtern und die föderale Ordnung auf vergeschlechtlichte Effekte hin untersucht. Trotz der historischen Bedeutung der Arbeiter\*innenbewegung für die Durchsetzung des allgemeinen Wahlrechts und die Formierung sozialdemokratischer und kommunistischer Parteien wird ökonomische Ungleichheit heute gar nicht mehr thematisiert. Mangels Materials wird die Dimension der Repräsentation nicht aus Perspektive ökonomischer Ungleichheit diskutiert, sondern es werden allein die Gründe für diese fehlende Diskussion skizziert.



## § 2 Umverteilung



# I. Einleitung

Die Dimension der Umverteilung eröffnet das Verfassungsaudit. Mit dieser Dimension kritisiert Nancy Fraser ökonomische Strukturen der Subordination als Quelle gesellschaftlicher Ungleichheitsverhältnisse, die sie mit dem Begriff der Klasse fasst. Im Anschluss an Fraser kann das Verfassungsrecht daraufhin analysiert werden, ob und inwieweit es die Transformation ökonomischer Subordinationsverhältnisse als Voraussetzung für eine gerechte Gesellschaftsordnung wertet und diese daher zu einer Verfassungsfrage werden lässt.

In der folgenden Teilstudie wird daher rekonstruiert, ob und wie die Verfassungspraxis ökonomische Ungleichheit methodisch adressiert. Dafür werden einleitend die Ungleichheitsachse Klasse (1.) und soziale Rechte als Gegenstand der Teilstudie (2.) erläutert.

## I. Umverteilung und Klasse

### 1.1 *Marx und Weber*

Karl Marx hat mit seinen Analysen den Klassenbegriff geprägt. Die These von ökonomischer Ungleichheit als Klassenverhältnis entwickelt Marx vor dem Hintergrund der Umwälzungsprozesse der Industrialisierung. Die bisher agrarisch und ständisch geprägte Produktionsordnung wandelt sich grundlegend: Es entstehen große Fabriken und mechanisch betriebene Maschinen, eine abhängige Lohnarbeiter\*innenschaft bildet sich heraus, Güter werden nicht mehr für den Gebrauchswert, sondern zur Kapitalakkumulation produziert. Die neue industrialisierte Ordnung kennzeichnet sich für Marx durch eine antagonistische Konfliktlage zweier Klassen: Auf der einen Seite steht das über Eigentum an Produktionsmitteln verfügende Kapital, auf der anderen Seite das produktionsmittellose Proletariat, das zur eigenen Existenzsicherung seine Arbeitskraft am Markt verkaufen muss. Da die arbeitende Klasse Mehrwert produziert, aber aufgrund des Ausschlusses von den Produktionsmitteln nicht über die Verwendung dieses Mehrwerts bestimmen kann, zeichnet sich für Marx das Verhältnis zwischen Kapital und Arbeit als eines der Ausbeutung aus.<sup>1</sup> Marx verortet gesellschaftliche Macht und soziale Verhältnisse der Über- und Unterordnung also in den Produktionsverhältnissen einer Gesellschaft.<sup>2</sup> Bei Marx handelt es sich jedoch nicht um ein statisches, festgefahre-

1 *Marx/Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei, S. 462 ff.; *Marx*, Das Kapital, Bd. 3, S. 892 f.

2 *Marx*, Das Kapital, Bd. 1, S. 181 ff., 245 ff.

Modell, sondern im Widerspruch von Kapital und Arbeit sieht er gerade die Triebfeder für soziale Veränderungen und für die Entwicklung einer emanzipatorischen Gesellschaftsordnung.<sup>3</sup>

Auch Max Weber entwickelt in »Wirtschaft und Gesellschaft« eine klassenorientierte Perspektive auf gesellschaftliche Ungleichheitsverhältnisse, wobei er die Idee der Lebenschancen in den Mittelpunkt seiner Analyse stellt<sup>4</sup>: »Wir wollen von einer ›Klasse‹ reden, wo 1. einer Mehrzahl von Menschen eine spezifische ursächliche Komponente ihrer Lebenschancen gemeinsam ist, soweit 2. diese Komponente lediglich durch ökonomische Güterbesitz- und Erwerbsinteressen und zwar 3. unter den Bedingungen des (Güter- und Arbeits-)Markts dargestellt wird (›Klassenlage‹).«<sup>5</sup> Konträr zu Marx entwirft Weber ein Sozialstrukturmodell, das drei verschiedene Klassen differenziert (Besitzklassen, Erwerbsklassen, soziale Klassen) und darüber hinaus auch Stände und Parteien als prägende Gruppen der Sozialstruktur versteht. Klasse ist für Weber eine spezifische Ordnung in der Sphäre der Ökonomie. Neben dieser besteht eine Sozialordnung, die durch verschiedene Stände und deren unterschiedliches soziales Prestige (Ehre) definiert ist. Statushierarchien können auch mit Klassenunterschieden einhergehen, müssen es aber nicht, da die ständische Ehre nach Weber in einer spezifischen (konventionellen) Lebensführung wurzelt. Praktisch gehe die ständische Gliederung aber mit einer »Monopolisierung ideeller und materieller Güter und Chancen« zusammen.<sup>6</sup> Parteien bilden schließlich die Gruppe in der »Sphäre der Macht« und zielen über die programmatische Arbeit hinaus auf die Besetzung der Staatsapparate mit den eigenen Anhänger\*innen.<sup>7</sup>

## 1.2 Relationalität

In der Soziologie wurden in der Sparte »Sozialstrukturanalyse« unterschiedliche Termini und Modelle zur empirischen Erforschung der Sozialstruktur entwickelt.<sup>8</sup> Während vertikale Perspektiven Klassen- und

3 *Marx/Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei, S. 482.

4 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 177 f., 531 ff.

5 Ebenda, S. 531. Und weiter: »Es ist die allerelementarste ökonomische Tatsache, daß die Art, wie die Verfügung über sachlichen Besitz innerhalb einer sich auf dem Markt zum Zweck des Tauschs beegnenden und konkurrierenden Menschenvielheit verteilt ist, schon für sich allein spezifische Lebenschancen schafft.«

6 Ebenda, S. 537.

7 Ebenda, S. 539 f.

8 Überblick z. B. bei *Burzan*, *Soziale Ungleichheit*; *Groß*, *Klassen, Schichten, Mobilität*.

Schichtmodelle verfolgen und Analysekatgorien von Klasse, Schicht, Status, Einkommen und Beruf fokussieren, untersuchen horizontale Forschungsperspektiven die differenzierenden Effekte von Geschlecht, Alter, Nationalität, kultureller Zugehörigkeit usw. Der Fokus hat sich teilweise von ökonomischen auf kulturell-symbolische Studien über Lebenslagen, Lebensstile, Milieus und Individualisierungsprozesse verlagert.<sup>9</sup> Insbesondere Ulrich Beck formuliert eine scharfe Kritik an den Klassen- und Schichtbegriffen.<sup>10</sup> Der Schichtbegriff sei »ein Klassenbegriff im Abschiedszustand, ein Übergangsbegriff, dem die soziale Realität der Klassen bereits unter den Händen schwimmt.« Aufgrund des gestiegenen Lebensstandards im Kontext des deutschen Nachkriegssozialstaats werde »ein Prozess der Individualisierung und Diversifizierung von Lebenslagen und Lebensstilen in Gang gesetzt, der das Hierarchiemodell sozialer Klassen und Schichten unterläuft und in seinem Wirklichkeitsgehalt in Frage stellt.«<sup>11</sup>

Für die kritische Gesellschaftsanalyse ist der Begriff dennoch nicht obsolet geworden.<sup>12</sup> Er verweist vielmehr auf ein spezifisches Verständnis von Gesellschaft und gesellschaftlichen Konflikten. Indem moderne Gesellschaften ihre Produktionsprozesse kapitalistisch organisieren, werden bestimmte Formen sozialer Herrschaft etabliert und ökonomische Machtungleichheiten begründet.<sup>13</sup> Sie wurzeln in der privaten Verfügungsmacht über die Produktionsprozesse und der damit einhergehenden Unterordnung der von dieser Verfügungsmacht Ausgeschlossenen.

Auch wenn sich Gesellschaft als komplexes Beziehungsgeflecht darstellt, sind diese Beziehungen weiterhin asymmetrisch konstituiert. Erik O. Wright argumentiert beispielsweise: »Such complexity, however, is

- 9 Eine Verknüpfung ökonomischer und kultureller Faktoren bietet der französische Soziologie Bourdieu mit seinem ausdifferenzierten Kapitalkonzept an. Danach verfügen Menschen über ökonomisches, soziales und kulturelles Kapital, welches ihre gesellschaftliche Stellung bestimmt. Vermittelt werden ökonomische und kulturelle Differenzierungen über das Konzept des Habitus. Mit dem Konzept des kulturellen Kapitals versucht Bourdieu beispielsweise den unterschiedlichen Schulerfolg von Kindern aus verschiedenen sozialen Klassen zu erklären, *Bourdieu*, in: Kreckel, Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, *Bourdieu*, Die feinen Unterschiede.
- 10 *Beck*, Risikogesellschaft, S. 115 ff.; auch *Hradil*, Sozialstrukturanalyse in einer fortgeschrittenen Gesellschaft, Kap. 2.
- 11 *Beck*, Risikogesellschaft, S. 140, 122.
- 12 Siehe dazu die Beiträge in *Klinger u. a.*, Achsen der Ungleichheit; und in *Wright*, Approaches to Class Analysis.
- 13 In der modernen digitalisierten Dienstleistungsgesellschaft müssen Klassen sehr viel pluraler und fraktionierter als zu Marx Zeiten gedacht werden, Wright differenziert analytisch z. B. zwölf *locations*, *Wright*, in: ders., Foundations of a Neo-Marxist Class Analysis, S. 19.



still complexity in the form of class relations, not some other sort of social relation, since the social relations in question are still constituted by the unequal rights and powers of people over economically relevant assets.«<sup>14</sup> Und Regina Becker-Schmidt stellt für den deutschen Kontext zur Aktualität des Klassenbegriffs fest: »Die Relation der Unternehmer, die über Gewinne sowie über Einstellungen und Entlassungen in Betrieben befinden können, und den Massen der abhängigen Beschäftigten, deren Möglichkeiten der Gegenwehr begrenzt sind, ist unverhältnismäßig. (...) Daher ist die Relation ›herrschende Klasse/abhängige Klasse‹ nicht bedeutungslos geworden. Eher hat sich ihr Geltungsbereich weit über jene Grenzen hinaus verschoben, die Marx in seiner Produktionszentriertheit vor Augen hatte.«<sup>15</sup>

Daran anschließend verweist der Klassenbegriff für ein Verfassungsaudit auf die Relationalität und Gesellschaftlichkeit ökonomischer Ungleichheit und hilft dabei, die strukturelle Dimension kapitalistischer Machtungleichheiten zu verstehen. Der Begriff muss dabei nicht eng auf die Produktionsverhältnisse bezogen werden, sondern kann weiter als ein Verhältnis gedeutet werden, das die ungleiche Verteilung von Eigentum und die daraus resultierenden existentiellen – u. a. sozialstaatlichen – Abhängigkeiten in den rechtswissenschaftlichen Blick rückt. Wie Athena D. Mutua dies im Anschluss an Wright für die Rechtswissenschaft argumentiert hat, soll ein relationaler Klassenbegriff verhindern, dass ökonomische Ungleichheitsverhältnisse als Effekt individuellen Verhaltens naturalisiert werden, und sicherstellen, dass Armut und existentielle Abhängigkeit nicht unabhängig von der Privateigentumsverteilung gedacht werden.<sup>16</sup>

### 1.3 Sozialstaatliche Abhängigkeit

Der Klassenbegriff lenkt die Analyse darüber hinaus, und hier greife ich erneut auf Athena D. Mutua zurück, auf die »Mittelklasse-Norm« und die damit einhergehende Unsichtbarkeit von Privilegien.<sup>17</sup> Die mit dem Privateigentum eröffnete Kapitalakkumulationsmöglichkeit stellt eine privilegierte Form der Existenzsicherung dar. Subjekte, die über kein Privateigentum verfügen, sind existentiell von Arbeit abhängig. Sind sie jedoch nicht mehr Teil der Arbeitswelt, dann benötigen sie Institutionen

14 Ebenda, S. 13 f.

15 Becker-Schmidt, in: Klinger/Knapp/Sauer, »Class«, »gender«, »ethnicity«, »race«, S. 70.

16 Mutua, Buffalo Law Review 2008, 859 (899 ff.); Wright, in: ders., Foundations of a Neo-Marxist Class Analysis, S. 23 ff.; völkerrechtlich Marks, in: Ruiz Fabri/Jouannet/Tomkiewicz, The Ideology of Poverty.

17 Mutua, Buffalo Law Review 2008, 859 (873).

der sozialen Sicherung, sei es der Sozialstaat oder die Familie. Wenn die Marktverteilung aber als quasi-natürliche Primärverteilung wahrgenommen wird,<sup>18</sup> dann erscheint sozialstaatliche Umverteilung als künstlicher und zu rechtfertigender Eingriff zugunsten der »Anderen«, die, wie *Mutua* es formuliert, scheinbar etwas »extra« zum Nachteil der Privilegierten bekommen.<sup>19</sup>

Genau auf diesen Zusammenhang von invisibilisierten Privilegien und sichtbarer, im Diskurs negativ markierter, sozialstaatlicher Abhängigkeit macht auch Nancy Fraser aufmerksam. Der Sozialstaat bildet für sie einen Nexus zwischen Ökonomie und Kultur, zwischen Umverteilung und Anerkennung: »Welfare states distribute material benefits, to be sure, but in doing so, they also institutionalize cultural norms of entitlement and desert; and they construct various distinct (and often unequally valued) subject positions or identities for their claimants and beneficiaries.«<sup>20</sup> Sozialstaatliche Politik müsse daher in einer Art und Weise formuliert werden, dass Transferleistungen nicht zu Stigmatisierung und der Produktion von »Bedürftigen«, sondern zur Infragestellung ökonomischer Privilegien führe.<sup>21</sup> Umverteilung bedeutet bei Fraser daher ökonomischer, eigentumsbedingter Privilegienabbau einerseits und die Anerkennung ökonomisch schwächer positionierter Subjekte als Gleiche andererseits: »(T)he welfare state should also be understood as having a major role to play in promoting reciprocal recognition by institutionalizing bias-free norms that express equal respect for all citizens.«<sup>22</sup> Klasse verweist daher auch auf die von Macpherson beschriebene kulturelle Abwertung, die Stigmatisierungserfahrungen der Anderen sowie auf deren Rationalisierung.

18 »In der Marktkonkurrenz wird fortlaufend über Sieg (Inklusion) und Niederlage (Exklusion) entschieden. Zugleich ist der Markt Schiedsrichter in dem Sinne, dass er die Ergebnisse legitimiert. Reichtum, der in der Marktkonkurrenz erworben wurde, ist legitimer Reichtum. Niederlagen, die erlitten wurden, sind verdiente Niederlagen. Der Markt hat eine Entlastungsfunktion: Ungleichheit und Exklusionen erscheinen nicht als bewusste Entscheidungen von Akteuren, sondern als das Ergebnis anonymer Marktkräfte, für die niemand verantwortlich gemacht werden kann.«, *Windolf*, in: ders./Stichweh, Einleitung: Inklusion und soziale Ungleichheit, S. 21. Dies gilt nach dem vierten Armuts- und Reichtumsbericht auch für die »soziale Marktwirtschaft« in Deutschland, *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Lebenslagen in Deutschland, S. II.

19 *Mutua*, *Buffalo Law Review* 2008, 859 (873 ff.).

20 *Fraser*, *Social Justice in the Age of Identity Politics*, S. 55.

21 Ebenda, S. 48 f.

22 Ebenda, S. 55.

## 1.4 Produktion und Reproduktion

Der Begriff der Klasse kann für ein Verfassungsaudit schließlich die Trennung von Ökonomie und Reproduktion sichtbar machen. Autorinnen der *Social Reproduction Theory* haben auf die strukturelle Abhängigkeit einer kapitalistisch organisierten Ökonomie von der Reproduktion der Ressource Arbeitskraft, also der strukturellen Verbindung zwischen Familie als sozialem Ort der Reproduktion und kapitalistischer Produktion, aufmerksam gemacht.<sup>23</sup> So argumentiert beispielsweise Lise Vogel in ihrer Rezeption des Marx'schen Kapitals: »Reproduction of labour-power is a condition of production, for it *reposes* and *replaces* the labour-power necessary for production.«<sup>24</sup> Zwar könne der Nachschub für Arbeitskraft auch durch andere Mechanismen, wie etwa Immigration, Arbeitslager oder Versklavung sichergestellt werden, dennoch habe sich die vor-kapitalistische Institution der Familie in die kapitalistische Reorganisation sozialer Beziehungen eingefügt und erfülle nun überwiegend diese Funktion.<sup>25</sup> Dabei unterscheide sich Lohnarbeit von reproduktiver Arbeit darin, dass letztere dekommodifiziert bleibe und nicht der Mehrwertproduktion diene.<sup>26</sup>

Ein relationaler Klassenbegriff kann die Analyse auf diese Verschränkung von Ökonomie und Geschlechterverhältnis richten. Dabei kann an Einsichten der feministischen Ökonomie angeknüpft werden, nach der die Trennung von Produktion und Reproduktion gerade zu einer Abhängigkeit meist weiblicher Subjekte von einem Familienernährer führt und dieses ökonomisch-geschlechtliche Abhängigkeitsverhältnis durch sozialstaatliche Strukturen gefestigt wird. Denn gerade weil Reproduktionsleistungen dekommodifiziert bleiben und der Sozialstaat sich um die ökonomisch Schwachen kümmert, wird das Wirtschaftssystem institutionell und finanziell von diesen Aufgaben entlastet und die ökonomisch privilegierte Institution der Vollerwerbstätigkeit ermöglicht.<sup>27</sup>

23 *Ferguson*, *Historical Materialism* 2016, 38; siehe auch die Beiträge in *Bauhardt/Çağlar*, *Gender and Economics*; insbes. *Bauhardt/Çağlar*, in: dies./dies., *Einleitung Gender and Economics*; *Biesecker/Hofmeister*, in: *Bauhardt/Çağlar*, *Im Fokus: Das (Re)Produktive*.

24 *Vogel*, *Marxism and the Oppression of Women*, S. 144 (H.i.O.).

25 *Ebenda*, S. 144 ff.

26 Eine knappe Auseinandersetzung mit der feministischen Debatte um Produktivität, Arbeit und unbezahlter Haus- und Sorgearbeit, und damit um das Verhältnis von Kapitalismus und Patriarchat, der 1970er Jahre findet sich bei *Bauhardt/Çağlar*, in: dies./dies., *Einleitung Gender and Economics*, S. 9 ff.; *Rubin*, in: *Reiter*, *The Traffic in Women*, S. 160 ff.

27 Es wird der Ökonomie ermöglicht sich von »anderen Ansprüchen und Bedürfnissen jenseits von Gewinn, Profit und Produktivität« loszusagen, denn gerade »weil für Alte, Kranke und Arme gesorgt ist, kann das System

## 2. Soziale Rechte

Die Dimension der Umverteilung lässt sich verfassungsrechtlich wahrscheinlich am besten mit dem Begriff der sozialen – oder auch sozio-ökonomischen – Rechte übersetzen. Als soziale Rechte werden in der Regel das Recht auf Arbeit<sup>28</sup>, das Recht auf Wohnraum<sup>29</sup>, das Recht auf ein Existenzminimum sowie das Recht auf Bildung verstanden. Soziale Rechte wurden erstmalig in sozialistische Verfassungen aufgenommen. Sie gehören nicht zum Kernanliegen des gegenwärtigen westlich-demokratischen Verfassungsparadigmas. Dies zeigt sich exemplarisch am Grundgesetz. Wie so viele Verfassungen verfügt das Grundgesetz über einen liberalen Grundrechtekatalog sowie über staatsorganisationsrechtliche Bestimmungen, die die staatlichen Gewalten konstituieren, ihre Kompetenzen abstecken und demokratische Verfahren festlegen. Gesellschaftliche Verhältnisse der Ungleichheit und ihre demokratische Transformation stehen nicht im Mittelpunkt dieser Verfassungsordnung. Im Verfassungstext lassen sich jedoch Anknüpfungspunkte für soziale Rechte finden, die Anlass geben können, die Ungleichheitsachse Klasse verfassungsrechtlich zu adressieren – insbesondere das Sozialstaatsprinzip und die Freiheits- und Gleichheitsrechte.

### 2.1 Textliche Normierung

Auf der verfassungstextlichen Ebene finden sich Ansätze sozialer Rechte bereits im 18. Jahrhundert. Die französische Verfassung von 1793 (Jakobiner-Verfassung) sah in Art. 21 vor, dass es die Gesellschaft ist, die »den Unterhalt der ins Unglück geratenen Bürger (...) zusichert.« In der Verfassung der russischen Sowjetrepublik von 1918 wurden soziale Grundrechte das erste Mal in Gestalt eines Grundrechtekatalogs festgehalten. Im Zuge der Erarbeitung der Paulskirchenverfassung von 1848 wurden soziale Grundrechte erstmals auch im deutschen Kontext diskutiert, aber erst die Weimarer Reichsverfassung von 1919 nahm soziale Grundrechte auf Druck der Arbeiter\*innenbewegung und der Sozialdemokratie als normative Programmsätze und Gesetzgebungsaufträge auf.<sup>30</sup>

In der Nachkriegszeit wurden soziale Rechte insbesondere auf der völkerrechtlichen Ebene formuliert. Sie wurden in internationalen

operieren und sich reproduzieren«, *Lessenich*, Die Neuerfindung des Sozialen, S. 25.

28 M.w.N. *Isensee*, Der Staat 1980, 367 (377, 379 ff.).

29 BayVerfGHE 15, 49 (50–59), zum Anspruch auf eine angemessene Wohnung gemäß Art. 106 BayVerf.

30 *Neumann*, in: ders., Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung.

Abkommen verankert, z. B. im Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 und in der Europäischen Sozialcharta von 1961. Dies geschah nicht zufällig, vielmehr wurde ein fundamentaler Zusammenhang zwischen der Weltwirtschaftskrise und dem Zweiten Weltkrieg bzw. die Bedeutung der wirtschaftlichen Entwicklung für eine friedliche Welt gesehen.<sup>31</sup> Als völkerrechtliche Verträge begründen sie keine subjektiven Rechte für die Einzelnen, sondern verpflichten allein die Vertragsstaaten. Transnational hat sich die Europäische Union durch die Aufnahme sozialer Rechte in die Grundrechte-Charta dem Trend angeschlossen.

Im deutschen Verfassungstext findet sich als konkretes soziales Recht weiterhin nur der Schutz- und Fürsorgeanspruch von Müttern in Art. 6 Abs. 4 GG.<sup>32</sup> Darüber hinaus wird die Existenz sozialer Rechte in der deutschen Verfassungswissenschaft zwar diskutiert, es handelt sich jedoch um keinen Leitbegriff der deutschen Verfassungsdogmatik.<sup>33</sup> Dogmatisch wird die Existenz sozialer Rechte in der Regel verneint.<sup>34</sup> So beschreibt z. B. Josef Isensee das Grundgesetz als eine »Verfassung ohne soziale Grundrechte«.<sup>35</sup> Die politische und wissenschaftliche Diskussion um soziale oder sozialstaatliche Grundrechte wird dennoch immer wieder neu aufgelegt.<sup>36</sup> Nach der Grundsatzkontroverse um die Sozialstaatlichkeit des Grundgesetzes und dem wissenschaftlichen Streit um

- 31 Kaufmann, Die Entstehung sozialer Grundrechte und die wohlfahrtsstaatliche Entwicklung, S. 28.
- 32 Einfachgesetzlich spricht § 2 SGB I von sozialen Rechten und erklärt diese zu Auslegungsdirektiven für die Sozialgesetzbücher.
- 33 Haverkate verwendet z. B. den Begriff in seinem Umverteilungskapitel: »Soziale Rechte – die Rechte der Umverteilungsempfänger, deren reale Freiheit und Gleichheit gefordert und gestellt werden soll – können nicht als verfassungsrechtliche Garantien gegenüber dem Gesetzgeber verstanden werden, sie stehen vielmehr unter dem Vorbehalt gesetzlicher Regelung. Die sozialen Rechte sind insofern tautologisch; sie besagen nur das, was das Gesetz ohnehin besagt.« Haverkate, Verfassungslehre, S. 279. Dennoch sei in diesem Begriff ein »überschießendes Element der Hoffnung« angelegt, S. 281. Leistungsrechte seien über den Staat vermittelter Austausch zwischen Bürgern, soziale Rechte müssten als konkrete Verteilungskonflikte angesehen werden, daher müsse die Einseitigkeit des nehmenden und gebenden Sozialstaats überwunden werden, um eine Gegenseitigkeitsordnung zu etablieren, S. 282, 296 f.
- 34 Anders Marauhn, der soziale Grundrechte als eigene Normkategorie rekonstruiert, Marauhn, Rekonstruktion sozialer Grundrechte als Normkategorie; prinzipientheoretisch und subjektivrechtlich im Sinne von Minimalrechten Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 465 ff.
- 35 Isensee, Der Staat 1980, 367.
- 36 Böckenförde u. a., Soziale Grundrechte; Isensee, Der Staat 1980, 367; Lübbecke-Wolff, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge 2005, 1.

eine sozialstaatliche Grundrechtsinterpretation kam die Debatte in den 1980er Jahren wieder auf, als die SPD und die FDP entsprechende Absichtsklauseln in ihren Koalitionsvertrag schrieben. Auch im Zuge der Wiedervereinigung stand die Einführung sozialer Grundrechte erneut zur Diskussion. Die ostdeutschen Bundesländer argumentierten teilweise für die Aufnahme sozialer Grundrechte, um ein Stück sozialer Identität zu bewahren.<sup>37</sup> Dennoch wurde nur das Staatsziel Umweltschutz neu in Art. 20a GG aufgenommen.<sup>38</sup>

Trotz der allgemein festgestellten Schwäche sozialer Verfassungsnormen ist auffällig, dass auch in jüngeren Verfassungen nicht auf sozialstaatliche Verpflichtungen oder Gewährleistungen verzichtet wird. Ein gewisses Maß an Sozialstaatlichkeit ist textlich in der Regel vorgesehen, weshalb Sozialstaatlichkeit ein »Signet moderner Verfassungsstaatlichkeit« zu sein scheint.<sup>39</sup>

## 2.2 Schwache Normativität

Soziale Rechte gelten als kaum in dogmatische Figuren übersetzbar.<sup>40</sup> Sie werden daher überwiegend als programmatische Leitsätze<sup>41</sup> oder objektive Verfassungsaufträge<sup>42</sup> verstanden. Dies wird für das deutsche Verfassungsrecht historisch mit dem Umstand unterfüttert, dass der Parlamentarische Rat bewusst auf die Aufnahme sozialer Grundrechte in das Grundgesetz verzichtet hat.<sup>43</sup>

Auch die klassischen Grundrechte galten im 19. Jahrhundert als programmatische Sätze, die allein die Exekutive, nicht aber der monarchischen Gewalt Grenzen setzen konnten, hätte dies doch dem monarchischen Prinzip widersprochen. Während ein solches Grundrechteverständnis

37 *Denninger*, in: ders., Vielfalt, Sicherheit und Solidarität.

38 *Schiek*, Art. 20 GG (Sozialstaatsprinzip), in: *Denninger*, Alternativkommentar Grundgesetz, Rn. 20 ff. m.w.N.

39 *Wittreck*, Art. 20 GG (Sozialstaat), in: *Dreier*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Rn. 20 m.w.N.

40 Eine Übersicht über die gängigen Kritikpunkte (Kompetenzverteilung, Ressourcenintensität, Unbestimmtheit, auf Leistung gerichtet) bei *Isensee*, *Der Staat* 1980, 367; *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, S. 315 ff.

41 *Bryde*, in: *Merten/Papier*, § 17 Programmatik und Normativität der Grundrechte, S. 685.

42 *Lübbe-Wolff*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Neue Folge 2005, 1. Kritisch dazu *Marauhn*, *Rekonstruktion sozialer Grundrechte als Normkategorie*.

43 *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 28 Das soziale Staatsziel; *Enders*, in: *VD-StRL*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, Fn. 9 f. m.w.N.

auch noch zu Weimarer Zeiten dominierte und die Aufnahme diverser sozialer Versprechungen in die Verfassung erleichterte, entschied sich der Parlamentarische Rat mit Art. 1 Abs. 3 GG für eine umfassende Bindung aller Staatsgewalten und damit für normativ starke Grundrechte im Grundgesetz. Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere durch die frühe Entwicklung der Ausstrahlungswirkung und des Verhältnismäßigkeitsprinzips, haben die klassischen Grundrechte an Normativität gewonnen und grenzen die legislative Gestaltungsfreiheit ein.<sup>44</sup> Ob nun auch soziale Rechte diesen Wandlungsprozess unterlaufen werden, bleibt abzuwarten. Durch das subjektive Klagerecht hat das Bundesverfassungsgericht jedenfalls auch im sozialrechtlichen Bereich zu einer (bisher schwachen) Konstitutionalisierung beigetragen.

### 2.3 Umverteilung und Anerkennung

Wie Nancy Fraser für die politische Theorie argumentiert, geht es bei Umverteilung nicht nur um überlebenswichtige Güter, sondern vor allem um die Herstellung reziproker, anerkennender Beziehungen als Voraussetzung für eine demokratische Ordnung. In der Rechtswissenschaft haben dies Jennifer Nedelsky für den U.S.-amerikanischen und Günter Frankenberg für den deutschen Kontext argumentiert. Normativ gehen beide davon aus, dass es sich bei sozialen Rechten nicht primär um Leistungsrechte »auf dies und das« handelt, sondern es um die Befähigung aller Mitglieder einer Ordnung geht, bei Nedelsky um sozio-kulturell vermittelte Autonomie, bei Frankenberg um Handlungs- und Konfliktfähigkeit.<sup>45</sup>

Nedelsky verfolgt normativ zwar primär die Stärkung eines politischen Diskurses über »gute«, das heißt bei ihr autonomiefördernde Sozialbeziehungen, sie leitet aus ihrem »Grundwert« der Autonomie aber die Notwendigkeit gesellschaftlicher Solidarität ab. Das Argument für verfassungsrechtlich abgesicherte Solidarität geht davon aus, dass wir notwendigerweise soziale Subjekte sind, die nur in Abhängigkeit mit anderen existieren können. Nedelsky argumentiert daher, dass eine unsolidarische Gesellschaft *harmful relations* produziere, die sich auf alle Subjekte autonomiehindernd auswirken. So würde die Erfahrung, dass anderen in schwierigen Lebenslagen, Unterstützung zukomme, dazu führen, dass

44 BVerfGE 7, 198 (212), *Lüth* (1958); 7, 377 (397), *Apothekenurteil* (1958); *Bryde*, in: Merten/Papier, § 17 Programmatik und Normativität der Grundrechte, S. 681 ff., 693.

45 *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik, S. 195 ff., Zitat S. 195; *Nedelsky*, *Law's Relations*.

sich Subjekte – auch in Zeiten, in denen es ihnen gut gehe – gesellschaftlicher Solidarität sicher fühlen können.

Auch für Frankenberg dienen soziale Rechte gesellschaftlicher Solidarität und intersubjektiver Anerkennungsbeziehungen. Entgegen einer rein kompensatorischen Logik bei marktwirtschaftlichem Misserfolg oder einer funktionalistischen Integrationsnotwendigkeit, könne die produktive Bedeutung sozialer Rechte für die Konstituierung eines politischen Kollektivs hervorgehoben werden, »that grants its members the recognition, social appreciation, and political participation necessary for self-realization within the cultural horizon of a society.«<sup>46</sup> Sein Argument »envisions social rights as potentially empowering all citizens to be able to fully participate in the social, cultural, economic, and political life of their society (...).«<sup>47</sup> Dabei seien soziale Rechte nicht auf den Status individueller Ansprüche gegenüber dem Staat reduzierbar, sondern seien als reziproke Bürger\*innenpflicht, füreinander einzustehen, zu verstehen. Wie Fraser und Nedelsky so betont auch Frankenberg, dass die konkrete Ausgestaltung dieser sozialen Reziprozität öffentlicher Auseinandersetzung standhalten müsse.<sup>48</sup>

#### 2.4 Sozialstaatlichkeit und Existenzsicherung

Soziale Rechte werden überwiegend herangezogen, um die Leerstelle des Sozialen im liberalen Verfassungsrecht zu problematisieren.<sup>49</sup> Dieser politische Impuls, das Soziale normativ durch das Einfordern sozialer Rechte kritisierbar zu machen, soll in diesem Kapitel aufgenommen werden, um den normativen Anknüpfungspunkten im Grundgesetz sowie dem für die deutsche Verfassungsordnung maßgeblichen Unionsrecht nachzugehen.

46 *Frankenberg*, *Cardozo Law Review* 1995, 1365 (1369).

47 *Ebenda*, S. 1386; *Frankenberg*, *Die Verfassung der Republik*, Kap. V.

48 Diese Vision wird für die transnational-europäische Ebene von Farahat artikuliert. Sie argumentiert, dass Solidarität eine finanzielle Leistungspflicht unter Unionsbürger\*innen als Teil eines gemeinsamen, politisch definierten Projekts bedeute. Dabei gehe es nicht um ein strenges, sondern ein weites Wechselseitigkeitsverhältnis, nach dem soziale Rechte nicht erst nach erbrachter wirtschaftlicher Leistung bestehen, sondern die Mitglieder des »Solidarverhältnisses sich die gleiche Form der Unterstützung zukommen lassen, sofern sie sich in einer vergleichbar bedürftigen Lage befinden.«, *Farahat*, *DÖV* 2016, 45 (53).

49 *Fischer-Lescano/Möller*, *Der Kampf um globale soziale Rechte*; *Davis*, in: *Rosenfeld/Sajo*, *Socio-Economic Rights*; *Maldonado*, *Constitutionalism of the Global South*.



Um das Feld einzugrenzen, soll der Fokus auf der Existenzsicherung liegen. Unter dem Thema Umverteilung kann selbstverständlich viel mehr als Existenzsicherung verstanden werden. Insbesondere die Arbeits- und Eigentumsbeziehungen sind sich aufdrängende Ansatzpunkte. Da es bei dem Begriff der Klasse um die Allokation von Ressourcen und Einfluss und damit verbunden um soziale Herrschaft geht, möchte ich mit der Existenzsicherung einen ebenso möglichen Zuschnitt wählen, weil die Mittel und Chancen, die eigene Existenz zu sichern, ganz entscheidend von der eigenen ökonomischen Verortung abhängig und damit ungleich verteilt sind. In einer gesellschaftlichen Ordnung, in der Geld das zentrale Mittel der Existenzsicherung ist, in der aber Eigentum ungleich über den Markt verteilt wird, entstehen besonders prekäre Abhängigkeiten für Subjekte, die über kein (oder kein ausreichendes) Privateigentum verfügen und nicht (mehr) Teil der Arbeitswelt sind. Sie sind existentiell von sozialstaatlicher Umverteilung abhängig.

Zwar ist zu bedenken, dass soziale Rechte weder notwendigerweise kapitalistische Ungleichheitsverhältnisse infrage stellen noch emanzipatorisch wirken müssen.<sup>50</sup> Sie können jedoch den ständigen Druck, sich selbst am Markt reproduzieren zu müssen, abfedern, Klassenunterschiede mildern und ökonomische Ungleichheit problematisierbar machen. Gerade dass soziale Rechte bisher dermaßen umstritten und unentwickelt im Verfassungsrecht sind, verweist auf deren – Umverteilung und Anerkennung einforderndes? – Konfliktpotential.

Ökonomische Ungleichheit und Umverteilung gelten als politische Angelegenheiten, auf die die demokratische Gesetzgeberin, ihr Budget im Blick habend, eine Antwort finden muss. Das ist nicht falsch. Verteilungsfragen sind Kernfragen demokratischer Prozesse. Die folgende Teilstudie hat nicht das Ziel, normativ für soziale Rechte zu argumentieren. Es geht vielmehr erstens darum, die im juristischen Diskurs stattfindende Rationalisierung dieser liberalen Lücke zu hinterfragen und das Fehlen sozialer Rechte als etwas historisch kontingentes, als Ausdruck einer spezifischen Verfassungspraxis und der politökonomischen Konstellation des konservativen Sozialstaats zu deuten. Zweitens sollen die Ansätze sozialer Rechte in der grundgesetzlichen Ordnung herausgearbeitet werden. Das Sozialstaatsprinzip, die Entwicklung materialer Grundrechtsgehalte und das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit möchte ich als Ansätze sozialer Rechte rekonstruieren und hinsichtlich ihres Potentials für die Adressierung ökonomischer Ungleichheit untersuchen.

Für den Bereich der Existenzsicherung ist eine duale Perspektivität, auf die Verschränkung von Ökonomie und Kultur gerichtet, in dreierlei

50 *Marshall*, *Citizenship and Social Class*; *Menke*, *Kritik der Rechte*, S. 281 ff.; *Lessenich*, *ZSR* 2010, 291; *Lessenich*, *Die Neuerfindung des Sozialen*.

Hinsicht produktiv: Erstens steht die erwerbsbasierte Sozialversicherung im kulturellen Kontext konservativer Sozialstaatlichkeit, die rechtliche Anreize für eine traditionelle Aufgabenverteilung zwischen den Geschlechtern setzt. Zweitens bilden die konservative Sozialstaatlichkeit und der seit den 1970er Jahren entstehende Neoliberalismus einen kulturellen Kontext, in dem ein nur schwacher Sozialstaatsbegriff entwickelt wurde, der zur Problematisierung von Umverteilungsforderungen im Verfassungsrecht wenig beigetragen hat. Drittens kann bei der Grundsicherung (»Hartz IV«) die drohende Stigmatisierung und Hierarchisierung von Beziehungs\*innen von Grundsicherungsleistungen sichtbar gemacht werden. Dies gilt für Menschen mit und ohne deutsche Staatsbürgerschaft, wobei für den Konflikt um eine transnational-europäische Solidarität die kulturell akzeptierte Grenze der Staatsbürgerschaft besonders hervorsticht.

Das Kapitel hat drei Teile. In einem ersten Abschnitt wird die Verfassungspraxis zum Sozialstaatsprinzip dargestellt und die nicht erfolgte Konturierung dieses Verfassungsprinzips historisiert (II.). In einem zweiten Abschnitt wird die Genese materialer Grundrechtsgehalte nachgezeichnet und insbesondere auf die materialisierte Eigentumsinterpretation, den umverteilenden Justizgewährungsanspruch und den Versuch, ein menschenwürdiges Existenzminimum zu formulieren, eingegangen (III.). In einem letzten Abschnitt wird es um transnationale Umverteilung anhand der formalen Rechtsgleichheit von arbeitssuchenden Unionsbürger\*innen gehen (IV.).

## II. Das Sozialstaatsprinzip

Ein ins Auge springender verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die verfassungsrechtliche Adressierung der Ungleichheitsachse Klasse ist das Sozialstaatsprinzip.<sup>51</sup> Sozialstaatliche Politik wird als durch den Staat vermittelte kollektive »Verantwortung für das Wohlergehen der Gesamtbevölkerung« beschrieben.<sup>52</sup> Analytisch betrachtet liegt das Besondere sozialstaatlicher Institutionen darin, dass die alltäglichen Bedrohungen der eigenen Existenz in einer marktwirtschaftlich organisierten Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft nicht mehr als rein individuelle, sondern als systemische Unsicherheiten gedeutet werden, die einer transsubjektiven Absicherung bedürfen. Durch private, betriebliche und öffentliche Mechanismen wird das Risiko, die eigene Existenz nicht (mehr) über den Markt sichern zu können, sei es aufgrund von Krankheit oder Behinderung, Alter oder Arbeitslosigkeit, auf je unterschiedliche Weise kollektiv abgesichert.<sup>53</sup> Subjekte, die über kein relevantes Privateigentum verfügen, können durch sozialversicherungsrechtliche Ansprüche »Sozialvermögen«<sup>54</sup> erwerben und damit ihre Existenz längerfristig sichern. Auch über die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche hinaus können sozialstaatliche Leistungen existenzsichernd wirken, wenn z. B. durch Ausbildungsförderung oder Grundsicherung die eigene Existenzsicherung am Markt erleichtert oder teilweise dekommodifiziert wird. Über die Vergesellschaftung von Lebensrisiken hinaus wird der Sozialstaat heute in der Regel mit Egalisierungseffekten und Umverteilung in Verbindung gebracht, so beispielsweise von T.H. Marshall, wenn er die sozialstaatlichen Politiken des 20. Jahrhunderts als Ausdruck bürgerschaftlicher Gleichheit interpretiert.<sup>55</sup>

Der Sozialstaat ist analytisch betrachtet jedoch viel mehr als nur Existenzsicherung und Umverteilung. Es handelt sich um ein institutionelles Arrangement sozialer Relationierungen,<sup>56</sup> das verschiedene Rechte und soziale Rollen – Sozialhilfe-Bezieher\*innen, steuerbegünstigte Ehepaare,

51 In der juristischen Diskussion scheint gegenüber der sozialwissenschaftlichen weiterhin der Begriff des Sozialstaats anstatt des Wohlfahrtsstaats gängig zu sein, weshalb dieser hier verwendet wird. Für eine Kritik des Wohlfahrtsstaatsbegriffs *Castel*, *Die Metamorphosen der sozialen Frage*, S. 246 ff.

52 *Kaufmann*, *Varianten des Wohlfahrtsstaats*, S. 37 (H.i.O.).

53 *Lessenich*, *Die Neuerfindung des Sozialen*, Kap. 2.

54 *Castel*, *Die Metamorphosen der sozialen Frage*, Kap. 6, insbes. S. 271 ff.

55 *Marshall*, *Citizenship and Social Class*.

56 »The welfare state is not just a mechanism that intervenes in, and possibly corrects, the structures of inequality (...). It is an active force in the ordering of social relations.«, *Esping-Andersen*, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, S. 23.

sorgende Mütter – produziert.<sup>57</sup> So wird das deutsche Sozialstaatsmodell seiner Genese entsprechend als konservativer Wohlfahrtsstaat typisiert. Dies geht auf Gøsta Esping-Andersens »Three worlds of welfare capitalism« zurück, in dem Esping-Andersen ein liberales, ein konservatives und ein sozialdemokratisches Sozialstaatsmodell differenziert.<sup>58</sup> Der konservative Typ zeichne sich durch ein korporatistisches Sozialstaatssystem aus, das konträr zum liberalen Modell der angelsächsischen Länder über die Minimalabsicherung von Bedürftigen hinausgehe. Dennoch sei dieser Typ konträr zum sozialdemokratischen universalistisch angelegten Modell der skandinavischen Länder mit Stushierarchien verknüpft und garantiere keine sozialstaatlichen Rechte für alle Rechtssubjekte gleichermaßen. Insbesondere seien Sozialversicherungsansprüche im konservativen Modell an die Erwerbsarbeit gekoppelt. Daher würden verschiedene Statusgruppen über unterschiedliche Rechte und Pflichten (z.B. Beamtentum) verfügen und Nichterwerbstätige seien auf private Sicherungsmechanismen, wie die Kirche oder die Familie, angewiesen. Dementsprechend gehe dieses Modell mit einer Stärkung traditioneller Familienstrukturen einher. Das wohlfahrtsstaatliche Institutionenarrangement ist, dies wird mit der Typisierung von Esping-Anderson deutlich, immer Systemstabilisierung und individuelle Befähigung, Kontrolle und Bevormundung, Inklusion und Exklusion zugleich.<sup>59</sup>

Trotz dieser analytischen Ambivalenzen bleibt die zentrale Bedeutung sozialstaatlicher Institutionen für die individuelle Existenzsicherung bestehen. Das Sozialstaatsprinzip beinhaltet Potential für eine Verfassungspraxis, die die Ungleichheitsachse Klasse aus einer relationalen Perspektive thematisiert. Dass sich eine solche anhand des Sozialstaatsprinzips gerade nicht entzündet hat (1.–3.), soll im Folgenden mit der Sozialstaatsdebatte der 1950er Jahre, der Diskussion um eine Begrenzung der Sozialstaatlichkeit im Zuge der neoliberalen Wende (4.) sowie der konservativen Tradition der deutschen Sozialpolitik (5.) historisiert werden.

- 57 Für Deutschland wird beispielsweise eine Mittelschichtlastigkeit sozialstaatlicher Politik beobachtet: Ausbildungsförderung, Riester-Rente, Elterngeld, *Lessenich*, Die Neuerfindung des Sozialen, S. 30.
- 58 *Esping-Andersen*, The Three Worlds of Welfare Capitalism, Teil 1.
- 59 Kritiken des Sozialstaats wurden von konservativer wie progressiver Seite formuliert, ein Überblick bei *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik, S. 164 ff.

## I. Normativ schwache Verfassungspraxis

I.1 *Verpflichtung auf soziale Gerechtigkeit*

Das Sozialstaatsprinzip wird als Staatszielbestimmung charakterisiert.<sup>60</sup> Es gilt in der Verfassungsdogmatik als objektiv-rechtliche Verpflichtung der Staatsorgane, eine gerechte Sozialordnung zu verwirklichen. Diese beinhaltet die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle Gesellschaftsmitglieder, was auch den Schutz der wirtschaftlich Starken z. B. vor einer Besteuerung des Existenzminimums impliziert.<sup>61</sup> Es umfasst außerdem den Ausgleich sozialer Gegensätze und den besonderen Schutz (sozial) Schwächerer und Benachteiligter.<sup>62</sup> Durch die Sozialversicherung wird darüber hinaus ein Mindestmaß sozialer Sicherheit für die »Wechselfälle des Lebens«<sup>63</sup> öffentlich-rechtlich für alle Arbeitnehmer\*innen abgesichert.<sup>64</sup>

60 Ipsen, in: Forsthoff, Über das Grundgesetz, S. 21.

61 BVerfGE 94, 241 (263), *Kindererziehungszeiten* (1996); 97, 169 (185), *Kleinbetriebsklausel* (1998); 110, 412 (445 f.), *Teilkindergeld* (2004); 82, 60 (80), *steuerfreies Existenzminimum* (1990); 125, 175, (222), *Hartz IV* (2010).

62 BVerfGE 100, 271 (284), *Lohnabstandsklausel* (1999). Das Sozialstaatsprinzip als Gebot des sozialen Rechtsstaats sei »in besonderem Maße auf einen Ausgleich sozialer Ungleichheiten zwischen den Menschen ausgerichtet« und diene »zuvörderst der Erhaltung und Sicherheit der menschlichen Würde.«, BVerfGE 35, 348 (355 f.), *Armenfürsorge juristischer Personen* (1973). »Von der Gemeinschaft aus betrachtet verlangt das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind (...).«, BVerfGE 35, 202, (236), *Lebach* (1973). »Das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass die staatliche Gemeinschaft in der Regel Lasten mitträgt, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden sind und mehr oder weniger zufällig nur einzelne Bürger oder bestimmte Gruppen von ihnen getroffen haben.«, BVerfGE 102, 254 (298), *EALG* (2000); auch BVerfGE 27, 253 (283), *Kriegsfolgeschäden* (1969); 104, 74, (84), *kalte Enteignung* (2001).

63 BVerfGE 28, 324 (348), *Hinterbliebenenversorgung* (1970).

64 »Die sozialstaatliche Pflicht zu einer umfassenden Sicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung wird auch durch das Interesse der Allgemeinheit an der Arbeitswelt als einer wesentlichen Grundlage der Volkswirtschaft begründet: die mit dem Arbeitsleben der Industriegesellschaft zwangsläufig verbundenen Risiken können nicht von dem einzelnen Arbeitnehmer getragen werden, sondern müssen durch umfassende Systeme der sozialen Sicherung wie insbesondere durch die gesetzliche Unfallversicherung aufgefangen

Sozialer Ausgleich im Sinne des Sozialstaatsprinzips wird auch als Chancengleichheit interpretiert. Im Hinblick auf die Chancengleichheit im Bildungssystem hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise im Jahr 2013 festgestellt, dass ein sozial verträgliches Ausbildungsangebot erforderlich sei, das den Zugang zum Studium »nicht von den Besitzverhältnissen der Eltern abhängig macht.«<sup>65</sup> So dürften Gebühren keine unüberwindbare soziale Barriere vor dem Hochschulzugang errichten, denn es widerspreche dem Grundgesetz, die begrenzten öffentlichen Ressourcen nur einem privilegierten Teil der Bevölkerung zukommen zu lassen oder Studierende für die Finanzierung ihrer Ausbildung auf marktübliche Kredite zu verweisen. Das Sozialstaatsprinzip verlange darüber hinaus, dass die Ausgestaltung von Studiengebühren Rücksicht auf persönliche Lebensumstände der Studierenden und etwaigen Benachteiligungen aufgrund von Behinderung, Elternschaft oder Pflegeverantwortung nehme.<sup>66</sup>

### 1.2 Konkretisierung als Aufgabe der Gesetzgebung

Das Sozialstaatsprinzip verspricht als objektiv-rechtliche Staatszielbestimmung zwar ein gewisses Maß an sozialer Gerechtigkeit, konkrete verfassungsinduzierte Vorgaben wurden bisher jedoch nicht aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet.<sup>67</sup> Die Konkretisierung stellt vielmehr, so haben es das Bundesverfassungsgericht und auch die Literatur immer wieder festgestellt, eine Aufgabe der demokratischen Gesetzgeberin dar.<sup>68</sup> Dem ist sie durch zahlreiche einfachgesetzliche Bestimmungen in den Bereichen der

oder doch gemildert werden.«, BVerfGE 45, 376 (387), *Unfallversicherung* (1977); auch BVerfGE 68, 193 (209), *Zahntechniker-Innungen* (1984).

65 BVerfGE 134, 1 (15), *Studiengebühren Bremen* (2013).

66 Ebenda, S. 14 f.

67 »Hilfe gegen Not und Armut und ein menschenwürdiges Existenzminimum für jedermann; mehr Gleichheit durch den Abbau von Wohlstandsdifferenzen und die Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen; mehr Sicherheit gegenüber den Wechselfällen des Lebens; und schließlich Hebung und Ausbreitung des Wohlstandes.«, *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 28 Das soziale Staatsziel, Rn. 25.

68 »Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun (...).« BVerfGE 1, 97 (105), *Hinterbliebenenrente I* (1951); »Wie der Gesetzgeber diesen Auftrag erfüllt, ist mangels näherer Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips seine Sache (...).« BVerfGE 100, 271 (284), *Lohnabstandsklausel* (1999); auch BVerfGE 98, 169 (204), *Arbeitspflicht* (1998). *Sommermann*, Art. 20 GG, in: *Dreier*, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 116; *Jarass*, Art. 20 GG (Sozialstaatsprinzip), in: *Ders./Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 168; *Robbers*, Art. 20 GG, in: *Dolzer/Abraham/Kahl*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 139. Aktual. 2009, Rn. 1443.

Fürsorge, der Sozialversicherung, der Steuern und Abgaben, des Arbeitsrechts, des Mietrechts, dem Verbraucherschutz, der Förderung von Ausbildung, der Kinder- und Jugendhilfe usw. nachgekommen. Verfassungsrechtlich ist die Gesetzgebung zwar auf ein (möglicherweise unbestimmbares) Mindestmaß an sozialer Politik verpflichtet, ihr kommt dabei aber ein sehr weiter Spielraum für den Umfang und die konkrete Ausgestaltung zu.<sup>69</sup>

Hinsichtlich der Chancengleichheit im Bildungssystem hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise zur Gestaltungsfreiheit der Politik konstatiert: »Wie der Gesetzgeber dem Verfassungsgebot zur sozialen Ausgestaltung allgemeiner Studiengebühren im Einzelnen Rechnung trägt, ist in weitem Umfang seiner freien Gestaltung überlassen. Er kann die von der Verfassung geforderte Chancengleichheit insbesondere durch die Höhe von Studiengebühren, durch Stipendien, spezielle Studienkredite und durch Härtefall- und Ausnahmeregelungen zu wahren suchen.«<sup>70</sup> Das Gericht verweist also auf den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, um Gesetzgebung, die in der öffentlichen Diskussion als unsozial kritisiert wird, nicht an einem starken Sozialstaatsprinzip zu messen, sondern sozialstaatliche Entscheidungen in weitem Umfang der demokratischen Politik zu überlassen.

Darüber hinaus zieht das Bundesverfassungsgericht das Sozialstaatsprinzip heran, um gesetzgeberische Regulierungen zu rechtfertigen. So hat das Bundesverfassungsgericht z. B. in einem Beschluss vom 29. Juni 2016 auf die sozialstaatlich-gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit für die Rahmenbedingungen des Wohnungsmarktes abgestellt, als es darüber zu entscheiden hatte, ob das neu eingeführte Bestellerprinzip gegen die berufliche Vertragsfreiheit von Wohnungsmittler\*innen (Makler\*innen) aus Art. 12 Abs. 1 GG verstößt. Mit dieser gesetzlichen Kostenverteilung reagiere die Gesetzgebung auf den, wegen des knappen Angebots an Mietwohnungen entstehenden, nicht unwesentlich hohen Kostenfaktor für Mieter\*innen. Das Sozialstaatsprinzip wird vom Bundesverfassungsgericht in einer rechtfertigenden Abwägung also als Allgemeinwohlbelang, darunter auch der Ausgleich ökonomischer Ungleichgewichte, gegen Grundrechte vorgebracht.<sup>71</sup> Dabei ist zu beachten, dass das Sozialstaatsprinzip keine unmittelbare Eingriffsgrundlage für die Beschränkung von Grundrechten darstellt, sondern es immer einer gesetzlichen

69 »Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das ›Was‹, das Ziel, die gerechte Sozialordnung, er lässt aber für das ›Wie‹, d. h. für die Entstehung des Ziels, alle Wege offen.«, BVerfGE 22, 180 (204), *Jugendhilfe* (1967); auch 100, 271 (284), *Lohnabstandsklausel* (1999).

70 BVerfGE 134, 1 (16), *Studiengebühren Bremen* (2013).

71 BVerfGE 142, 268, *Bestellerprinzip* (2016); »Um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken, darf der Gesetzgeber diese Freiheit zur individualvertraglichen Entgeltvereinbarung durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzen.«, BVerfGE 134, 204 (Ls. 1), § 32 *UrbG* (2013).

Grundlage bedarf, damit die Grundrechte als eine freiheitsrechtliche Grenze gegen einen paternalistischen Versorgungsstaat wirken können.<sup>72</sup>

### 1.3 Keine subjektive Dimension

Aus dem Sozialstaatsprinzip können keine subjektiven Ansprüche geltend gemacht werden. Das Sozialstaatsprinzip wird als objektiv-rechtliche Norm gedeutet und vermittelt daher grundsätzlich keinen verfassungsimmanenten Anspruch auf eine bestimmte Sozialleistung.<sup>73</sup> In den Ausnahmefällen, in denen verfassungsrechtliche Teilhabe- und Leistungsansprüche formuliert wurden, wurden diese aus grundrechtlichen Schutzdimensionen abgeleitet und das Sozialstaatsprinzip nur verstärkend herangezogen.<sup>74</sup>

Auch wird aus dem objektiv-rechtlichen Sozialstaatsprinzip kein abwehrrechtlicher Schutz vor sozialstaatlichen Leistungskürzungen oder Leistungsausschlüssen, kein sozialstaatliches Rückschrittsverbot oder eine institutionelle Garantie der Sozialversicherungssysteme abgeleitet. Abwehrrechtlicher Schutz wird vielmehr grundrechtlich über Art. 14 GG verfolgt.<sup>75</sup>

### 1.4 Entstehungsgeschichte und Völkerrecht

Die Entstehungsgeschichte gibt auch keinerlei Auskunft über einen konkreteren normativen Gehalt des Sozialstaatsprinzips. Im Herrenchiemseer Entwurf war ein soziales Staatsziel noch nicht vorgesehen, da sich

72 »Es ist jedoch nicht geeignet, Grundrechte ohne nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber, also unmittelbar, zu beschränken. (...) Wegen dieser Offenheit kann das Sozialstaatsprinzip den Grundrechten keine unmittelbaren Schranken ziehen.«, BVerfGE 59, 231 (263), *freie Mitarbeiter* (1982).

73 BVerfGE 94, 241 (263), *Kindererziehungszeiten* (1996) m.w.N.; 102, 254 (298), *EALG* (2000); 110, 412 (446), *Teilkindergeld* (2004).

74 BVerfGE 33, 303 (331 f.), *numerus clausus* (1972); 115, 25 (43 f.), *tödliche Erkrankung* (2005); 125, 175, (221 f.), *Hartz IV* (2010); 132, 134 (158 ff.), *AsylBLG* (2012); 137, 34, *existenzsichernder Regelbedarf* (2014).

75 BVerfGE 39, 302 (314 f.), *AOK* (1975); 128, 138, *Erwerbsminderungsrente* (2011); 128, 90, *Abschaffung der Arbeitslosenhilfe* (2010). Schiek werdet das Erfordernis sachgerechter Gründe als relatives Rückschrittsverbot *Schiek*, Art. 20 (Sozialstaatsprinzip), in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Rn. 49 m.w.N.; ähnlich *Hux/Ruster*, Art. 20 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Rn. 210.1; *Sommermann*, Art. 20 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 122 (sofern das Existenzminimum gewahrt bleibe); *Jarass*, Art. 20 GG (Sozialstaatsprinzip), in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 160.



der Verfassungskonvent darauf geeinigt hatte, in Abgrenzung zur Weimarer Reichsverfassung die wirtschaftspolitische Entwicklung offen zu halten. Erst durch die Beratungen im Parlamentarischen Rat gelangte das Adjektiv »sozial«, ohne nähere Begründung mit dem Begriff des sozialen Rechtsstaats von Hermann von Mangoldt eingebracht, in den Verfassungstext. Die Einfügung ist nicht ausführlich diskutiert worden, da ein sozialer Staat eine Selbstverständlichkeit gewesen sei, so Hans F. Zacher.<sup>76</sup>

Ebenso ist von völkerrechtlicher Seite her keine weitere Konkretisierung erfolgt. Die internationalen und europäischen Sozialpakete formulieren zwar konträr zum deutschen Verfassungstext ausdrücklich soziale Menschenrechte,<sup>77</sup> es wird allerdings davon ausgegangen, dass die internationalen Verpflichtungen, die nach einer Umsetzung durch ein Bundesgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 GG einfachgesetzlichen Rang erhalten, nicht weiter als die deutschen konstitutionellen Gewährleistungen reichen.<sup>78</sup> In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die internationalen Menschenrechtspakte zudem abwesend. Sie werden nicht als gängige Quelle für die Konkretisierung des deutschen Verfassungsrechts herangezogen. Anders ist dies bei der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die dem Bundesverfassungsgericht zufolge für die Auslegung des Grundgesetzes relevant ist.<sup>79</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt jedoch nur im Ausnahmefall soziale Rechte an und hat daher bislang keinen Betrag zur Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips geleistet.<sup>80</sup>

### 1.5 Zusammenfassung

Die Verfassungsdogmatik zum Sozialstaatsprinzip verbleibt bei der Erkenntnis, dass für die Gesetzgebung die verfassungsrechtliche Verpflichtung

76 Zacher, in: Isensee/Kirchhof, § 28 Das soziale Staatsziel, Rn. 15 f.

77 Darunter z. B. das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard, Art. 11 Abs. 1 IPwskR, das Recht auf soziale Sicherheit, Art. 12 ESC, und das Recht auf Fürsorge, Art. 13 ESC; in Art. 22 AEMR ist das Recht auf soziale Sicherung vorgesehen, dazu Davy, Washington University Global Studies Law Review 2014, 201.

78 Sommermann, Art. 20 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 138; Grzeszick, Art. 20 GG (Sozialstaatlichkeit), in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 73 2014, Rn. 43; Rüfner, in: Merten/Papier, § 40 Leistungsrechte, S. 689.

79 BVerfGE 111, 307 (319 ff.), Görgülü (2004). Ob dies auch für die Europäische Sozialcharta gilt, hat das BVerfG bisher nicht entschieden, BVerfGE 88, 103 (112), Streikeinsatz Beamt\*innen (1993).

80 Frohwerk, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR; Iliopoulos-Strangas, Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon.

tung besteht, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen, dass sich diese jedoch nicht – im Hinblick auf die Ungleichheitsachse Klasse – zu definitiven Einzelkonsequenzen verdichten lässt. Die allgemeine objektive Verpflichtung auf »soziale Gerechtigkeit« scheint in einer normativen Konsequenzlosigkeit zu münden und keine konkreten verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere für die zukünftige Ausgestaltung der sozialen Sicherheit- und Fürsorgesysteme, zu formulieren.<sup>81</sup>

## 2. Rationalisierung: Das Soziale als das Andere

Nach über siebzig Jahren Grundgesetz verfügt das Sozialstaatsprinzip über einen kaum benennbaren Inhalt. Die von Wiltraut Rupp-von Brünneck im Jahr 1973 festgestellte »Scheu« vor einer verfassungsrechtlichen Ausarbeitung scheint angehalten zu haben.<sup>82</sup> Angesichts der normativen Leere stellt sich die Frage, wie eine anscheinend inhaltslose Norm die Einschränkungen von Grundrechten oder die Auslegung von Gesetzen beeinflussen kann. Darüber hinaus muss gefragt werden, warum gerade im sozialen Bereich von einer erheblich reduzierten verfassungsrechtlichen Kontrolldichte ausgegangen wird.<sup>83</sup>

Die zurückgenommene Bindungskraft wird kompetenzrechtlich damit gerechtfertigt, dass die konkrete Ausgestaltung der Sozialordnung die Aufgabe der Gesetzgebung ist und daher verfassungsrechtlich keine spezifischen Vorgaben zu formulieren sind.<sup>84</sup> Das wird insbesondere mit der diffizilen Natur des Sozialstaats begründet. Der Sozialstaat gilt konträr zum Rechtsstaat oder den Grundrechten als ein nur schwer greifbares, unkonturiertes, als politisches und ökonomisches, jedoch als kein verfassungsrechtliches Phänomen.<sup>85</sup> So wird festgestellt, dass die konkrete Gestalt des Sozialstaats im Dunkeln bleibe.<sup>86</sup> Das Sozialstaatsprinzip sei der »richterlichen Inhaltsbestimmung weniger zugänglich als die Grundrechte.«<sup>87</sup> Das Soziale sei weit und unbestimmt und könne nur durch die Legislative konkretisiert werden: »Angesichts der Weite und Unbestimmtheit dieses Prinzips lässt sich daraus jedoch regelmäßig kein Gebot entnehmen, soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren (...). Wie der Gesetzgeber den Gestaltungsauftrag des

81 In Bezug auf die Rente *Hofmann*, Art. 20 GG, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, Rn. 3 I.

82 BVerfGE 36, 237 (248), *Nachrichtigung* (1973).

83 *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 18 f.

84 *Huster/Rux*, Art. 20 GG, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Rn. 209. I.

85 *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, Vorwort und Einleitung.

86 *Krüger*, Rechtsstaat – Sozialstaat – Staat, S. 25.

87 BVerfGE 65, 182 (193), *Sozialplan* (1983).

verfassungsrechtlich nicht näher konkretisierten Sozialstaatsprinzips erfüllt, ist seine Sache.«<sup>88</sup>

Doch nicht nur die Weite und Unbestimmtheit des Sozialen, sondern auch dessen Dynamik ließen eine verfassungsrechtliche Konkretisierung kaum zu. Das Soziale unterliege ständigen Wandlungsprozessen, weshalb eine verfassungsrechtliche Überfrachtung und Bindung der demokratischen Politik nicht angezeigt sei, vielmehr obliege es dieser den Interessenausgleich immer wieder erneut zu aktualisieren. Die besondere Offenheit des Sozialstaatsprinzips eröffne daher die Chance, auf die sich schnell wandelnden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen reagieren zu können.<sup>89</sup>

Das Sozialstaatsprinzip scheint in diesem Diskurs also eine andere rechtliche Qualität, eine andere verfassungsrechtliche Überprüfbarkeit sowie konträr zu den bestimmbar grundrechtlichen Freiheiten eine fehlende Greifbarkeit zu zukommen. So schreibt z. B. Hans F. Zacher als Vertreter der »herrschenden Lehre« zum Sozialstaatsprinzip im Handbuch des Staatsrechts: »Das soziale Staatsziel ist eingebunden in den Kranz der Staatsfundamentalnormen – und mit ihnen zusammen unabänderlich (Art. 20 Abs. 1–3, 79 Abs. 3 GG). Und doch unterscheidet sich dieses Staatsziel von den anderen Charakteristika des vom Grundgesetz verfaßten Gemeinwesens elementar.« So seien mit Republik, Demokratie, Bundesstaat und Rechtsstaat Organisations- und Verfahrensweisen als Bedingungen einer »richtige(n) Befindlichkeit der Gesellschaft« gemeint, mit dem Sozialstaat sei jedoch

88 BVerfGE 110, 412 (445 f.), *Teilkindergeld* (2004); auch BVerfGE 94, 241 (263), *Kindererziehungszeiten* (1996); 82, 60 (80), *steuerfreies Existenzminimum* (1990). »Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes enthält infolge seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsanweisungen, die durch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in einfaches Recht umgesetzt werden könnten. (...) (E)s zu verwirklichen ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers (...).«, BVerfGE 65, 182 (193), *Sozialplan* (1983). »Der weite Gesetzgebungsspielraum ist die Konsequenz aus der Weite und Unbestimmtheit des Sozialen. Dadurch wird das Sozialstaatsprinzip in der Abwägung zu einem schwer wägbaren Faktor.«, *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, S. 144.

89 *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, S. 17. Auch Sommermann: »Da der Wandel der sozialen Wirklichkeit somit nicht nur Zielverfolgung bzw. Zielverwirklichung als Prozess erscheinen lässt, sondern auch die Konkretisierung des Ziels (Zielbereichs) selbst in Bewegung hält, kann von einer doppelten Dynamik des Sozialstaats gesprochen werden. Daraus resultiert zugleich die normative Schwäche des Sozialstaatsgebots.«, *Sommermann*, Art. 20 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 106.

die »richtige Befindlichkeit der Gesellschaft« selbst gemeint. Für Zacher ist es gerade die Aufgabe der Staatsfundamentalnormen Republik, Demokratie, Bundesstaat und Rechtsstaat das soziale Staatsziel zu verwirklichen.<sup>90</sup>

Schließlich wird der Sozialstaat konträr zum Rechtsstaat, zur Demokratie oder zu grundrechtlichen Freiheiten als ressourcenintensives Phänomen beschrieben,<sup>91</sup> weshalb die sozialstaatliche Verpflichtung auf eine gerechte Sozialordnung zwar betont, im Anschluss jedoch direkt das parlamentarische Haushaltsrecht und ein Finanzierungsvorbehalt konstatiert werden. Sozialrechtliche Leistungen und Ansprüche stünden unter dem Vorbehalt des Möglichen, weshalb verfassungsrechtliche Zurückhaltung angezeigt sei. Die demokratische Gesetzgebung müsse frei über die begrenzten Finanzmittel entscheiden können und dürfe jenseits des Existenzminimums an keine verfassungsrechtliche Priorisierung gebunden werden. Bei einer subjektiv-rechtlichen Interpretation des Sozialstaatsprinzips oder einer leistungsrechtlichen Interpretation der Grundrechte drohe gefährliche Unkalkulierbarkeit und Unbegrenzbarkeit.<sup>92</sup> So kritisiert z. B. Michael Heinig den leistungsrechtlich-orientierten »Nikolausbeschluss« des Bundesverfassungsgerichts, der die Finanzierung einer wissenschaftlich nicht bestätigten Therapie durch die gesetzliche

90 Zacher, in: Isensee/Kirchhof, § 28 Das soziale Staatsziel, Rn. 2 (auch Zitat Rn. 2); Zacher, in: Stödter/Thieme, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, S. 217.

91 Heinig diskutiert die gängigen Einwände gegen Leistungsrechte (Kostenintensität, Maßlosigkeit und Unbestimmtheit, fehlende Justiziabilität, fehlende Verfügungsgewalt des Staates (z. B. bei Recht auf Arbeit), Sozialpolitik als Verfassungsvollzug, Gefährdung von Grundrechten als Abwehrrechte, die ausdrückliche Ablehnung dieser im Parlamentarischen Rat) und kommt zu dem Schluss, dass diese zwar bestehen, ihnen aber nicht ein so starkes Gewicht zukomme, dass man diese ablehnen müsse; er verweist darauf, dass auch Freiheitsrechte, z. B. der Justizgewährungsanspruch, Geld kosten, Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 374 ff., 380; auch Rüfner, in: Merten/Papier, § 40 Leistungsrechte, S. 684 ff.

92 BVerfGE 33, 303 (334), *numerus clausus* (1972); Wittreck, Art. 20 (Sozialstaat), in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Rn. 27, 40; Huster/Rux, Art. 20 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Rn. 209.1, 216.1; Jarass, Art. 20 GG (Sozialstaatsprinzip), in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 168; Robbers, Art. 20 GG, in: Dolzer u. a., Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 139. Aktual. 2009, Rn. 1439, 1443; Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 383 m.w.N.; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, S. 128; Martens, in: VDStRL, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 31; Zacher, in: Isensee/Kirchhof, § 28 Das soziale Staatsziel, Rn. 114.

Krankenkasse bei einer tödlichen Krankheit vorsieht, als die Fehlentscheidung der letzten Jahre und warnt vor finanzieller Unkalkulierbarkeit.<sup>93</sup>

Zwar stellen die Verwirklichung freiheitsrechtlicher, rechtsstaatlicher oder demokratischer Institutionen ebenfalls kostenintensive Angelegenheiten dar, dennoch werden ökonomische Vorbehalte und die damit verbundene demokratische Haushaltshoheit des Parlaments nicht durch das Bundesverfassungsgericht oder die Literatur als Grenze vorgebracht. Wirtschaftlichkeitsargumentationen scheinen das wesentliche Charakteristikum in der Diskussion um eine soziale Verfassungspraxis zu sein, das diese von anderen unterscheidet.

Durch die Konzeption der Finanzierbarkeit als natürliche Grenze verfassungsrechtlicher Bindungen wird die fehlende Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips plausibel. Eine andere verfassungsrechtliche Praxis, die dogmatische Figuren z. B. für die Adressierung ökonomischer Ungleichheit versucht zu erarbeiten, scheint in dieser Diskurskonstellation nur schwer entwickelbar zu sein.

Die blinde Stelle dieser Argumentation, nämlich die finanziellen Ressourcen des Staates zu naturalisieren und als objektive Größe, die nicht von politischen Entscheidungen über Einnahmen, Ausgaben und Verteilung abhängig ist zu verstehen, bleibt dabei dethematisiert. Stattdessen haben sich die rekonstruierten Argumentationsstrategien zu einer unhinterfragten Praxis verdichtet, die einer Konkretisierung der sozialen Verfassungspraxis Grenzen setzt. Sie verweisen also nicht nur auf eine Kompetenzordnung, so das Argument, sondern generieren selbst eine Grenze, die das Feld des verfassungsrechtlich Adressierbaren absteckt und das Soziale – bzw. die Ungleichheitsachse Klasse – nur sehr begrenzt zu einer Verfassungsfrage im Rahmen des Sozialstaatsprinzips werden lässt.

### 3. Drei abweichende Meinungen – drei Konkretisierungsversuche

In drei abweichenden Meinungen zu Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kann der Versuch beobachtet werden, das Sozialstaatsprinzip im Hinblick auf die Ungleichheitsachse Klasse zu konkretisieren: die Sondervoten von Wiltraut Rupp-von Brünneck zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen (1973), von E. W. Böckenförde zur Vermögensteuer (1995) und von Reinhard Gaier, Johannes Masing und Susanne Baer zur Steuerbefreiung bei Unternehmenserbschaften (2014). Während die abweichende Meinung von Rupp-von Brünneck die ökonomisch-vergesslechtlichten Effekte einer

93 *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, S. 421, 426, 431.

erwerbsbasierten Sozialversicherung und Maßstäbe für eine individualrechtliche Perspektive darlegt, thematisieren die Sondervoten zur Vermögensteuer und zur Erbschaftsteuer bei Unternehmensübergängen die sozialstaatliche Bedeutung des Steuerstaats in Relation zu grundrechtlichen Freiheiten. Methodisch fällt dabei auf, dass die Mehrheitsmeinungen überwiegend über eine individualisierende, die abweichenden Meinungen demgegenüber über eine relationale Methodik argumentieren. Dass es sich bei letzteren Rechtsauffassungen um Sondervoten handelt, zeigt, dass sich inhaltliche Abweichungen auch in der Form manifestieren.

### 3.1 Sozialstaatsprinzip als soziale Gleichheit

In der ersten Entscheidung ging es um die rentenrechtliche Absicherung von Ehefrauen in der Sozialversicherung. Bis zum 31. Dezember 1967 gab es nach § 83 Angestelltenversicherungsgesetz für verheiratete Frauen, die ihre Erwerbstätigkeit zugunsten der Ehe aufgaben, die Möglichkeit, sich ihre Arbeitnehmerinnenbeiträge erstatten zu lassen. Die erstatteten Beiträge sollten jungen Ehepaaren den Aufbau einer Existenz erleichtern. Auf die sich wandelnde gesellschaftliche Stellung von Frauen reagierend, schaffte die Gesetzgebung die Erstattungsmöglichkeit zum 1. Januar 1968 ab und führte kurze Zeit später mit Art. 2 § 27 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz die Möglichkeit ein, die erstatteten Beiträge nachzutrichten, um den Aufbau einer eigenen Rente zu fördern.<sup>94</sup> Voraussetzung für die Nachentrichtung war, dass die weibliche Versicherte zum Zeitpunkt der Nachentrichtung mindestens 24 Monate versicherungspflichtig berufstätig gewesen war.

Im Beschluss vom 12. Dezember 1973 entschied das Bundesverfassungsgericht über die Frage, ob Erwerbsunfähige von der Nachentrichtungsmöglichkeit ausgeschlossen werden dürfen.<sup>95</sup> Die Klägerin hatte sich 1935 nach der Eheschließung ihre Versicherungsbeiträge erstatten lassen, hatte aber noch im selben Jahr ihre Berufstätigkeit wieder aufgenommen und übte diese bis 1965 aus. In diesem Jahr wurde sie erwerbsunfähig. Die Nachentrichtungsmöglichkeit wurde ihr nach Einführung von Art. 2 § 27 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz im Jahr 1968 jedoch verweigert, weil sie zu diesem Zeitpunkt nicht mehr pflichtversichert erwerbstätig gewesen war. Das dem Bundesverfassungsgericht vorliegende Sozialgericht argumentierte, dass dies eine willkürliche Ungleichbehandlung von erwerbsunfähigen im Vergleich zu freiwillig nicht

94 BT-Drucks. V/2149, Begründung B zu Art. 1 § 1 Nr. 12 FinÄndG.

95 BVerfGE 36, 237, *Nachentrichtung* (1973); dazu *Wünnemann*, DAngVers 1974, 265; dem Sondervotum zustimmend *Bogs*, in: Zacher, Nachversicherungsprivileg für weibliche Pflichtversicherte als Problem »sozialer Gleichheit«; *Neumann-Duesberg*, SGB 1974, 344.

mehr pflichtversicherten Frauen sei. Da der Versicherungsfall, die Erwerbsunfähigkeit, unfreiwillig eingetreten sei, sei das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG einschlägig.

### 3.1.1 Mehrheitsmeinung

Diese Rechtsauffassung teilte die Mehrheit des Senats nicht. Sie argumentiert, dass der Ausschluss von nicht mehr Versicherten das Versicherungskollektiv wirtschaftlich schütze, da die nacherstatteten Beiträge wegen des Wertverfalls nicht zur Deckung der entstehenden Ansprüche ausreichen würden. Die Exklusion von nicht mehr pflichtversicherten Frauen diene dazu, Anreize für einen baldigen Entschluss zur Nachversicherung zu setzen und die finanzielle Belastung der Versichertengemeinschaft zu begrenzen. Da die Erwerbstätigkeit sicherstelle, dass nur Versicherte von der Nachentrichtungsmöglichkeit profitieren, sei ein sachgerechter Differenzierungsgrund gegeben. Hinsichtlich des vom Sozialgericht vorgeschlagenen Sozialstaatsprinzips machte der Senat kaum Ausführungen. Er stellte knapp fest, dass auch das Sozialstaatsprinzip die Legislative nicht dazu zwingt, alle Nachteile, seien sie auch durch Gesundheitsschäden verursacht, abzusichern. Härtefälle dürften diese vernachlässigen.

### 3.1.2 Mehrheitsmethode

Die Senatsmehrheit stützt ihre Argumentation methodisch auf eine Dethematisierung ökonomisch-geschlechtlicher Abhängigkeit und fokussiert rechtfertigende Gründe. So dethematisiert die Senatsmehrheit die Zwecke sozialversicherungsrechtlicher Institutionen und der gesetzlichen Neuregelung. Dass sozialstaatliche Absicherung gerade der Sozialisierung von Lebensrisiken wie etwa Erwerbsunfähigkeit dient, wird vom Gericht nicht erörtert. Darüber hinaus setzt sich der Senat nicht mit der offensichtlichen Geschlechterdimension der Regelung, dessen Telos einer verbesserten Altersvorsorge für Frauen, auseinander. Weder geht der Senat auf die strukturellen Hürden einer erwerbsbasierten Sozialversicherung für verheiratete (Haus-)Frauen und damit verbundene existentielle Abhängigkeiten ein, noch thematisiert er geschlechterspezifische ökonomische Ungleichheit und den darauf gerichteten Zweck der Nachversicherung.

Stattdessen verengt der Senat seine Argumentation auf die Begrenzung finanzieller Lasten für die Versichertengemeinschaft und damit auf die Norm einer ungebrochenen Erwerbsbiografie. Der Maßstab einer »normalen« Erwerbsbiografie benachteiligt systematisch Menschen, die von

Erwerbsunfähigkeit betroffen sind. Methodisch fokussiert die Mehrheit daher weniger die ungleichheitsfördernden Effekte der Regelung – die Betroffenenperspektive – als deren Rechtfertigung und nimmt damit eine Perspektive ein, die die Adressierung von Ungleichheit im Verfassungsrecht typischerweise erschwert.

### 3.1.3 Rupp-von Brünneck

In ihrem Sondervotum schloss sich Wiltraut Rupp-von Brünneck nicht der Senatsmehrheit an, sondern sah in Art. 2 § 27 Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz einen willkürlichen Ausschluss von Erwerbsunfähigen. Dies begründete sie ausführlich mit einer am Sozialstaatsprinzip orientierten Deutung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Da die Regelung Frauen, die lange Zeit in die Sozialversicherung eingezahlt hatten und dann unfreiwillig berufsunfähig wurden, von der Nacherstattung ausschloss, anderen, die nur kurzzeitig erwerbstätig waren, diese Möglichkeit jedoch eröffnete, sah Rupp-von Brünneck in ihr eine willkürliche Ungleichbehandlung.

Ihre zunächst auf einen simplen Vergleich ausgelegte Argumentation unterfüttert sie mit der besonderen Relevanz des Sozialstaatsprinzips für sozialversicherungsrechtliche Fälle und fordert eine stärkere Konkretisierung: »Obwohl das Sozialstaatsprinzip zu den tragenden Verfassungsgrundsätzen gehört, kennzeichnet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine gewisse Scheu, diesen Grundsatz für die verfassungsrechtliche Prüfung fruchtbar zu machen. (...) Gerade die mangelnde Berücksichtigung verhindert, daß das Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich näher erfaßt und deutlicher konturiert wird.«<sup>96</sup> Entgegen der Mehrheitsmeinung formuliert Rupp-von Brünneck die Auffassung, dass das Sozialstaatsprinzip das allgemeine Gleichheitsgebot durchdringe. Daher müsse bei der Entscheidung darüber, ob ein Differenzierungskriterium willkürlich ist, die Wertentscheidungen der Verfassung und damit auch das Sozialstaatsprinzip Beachtung finden: »Was gleich und was ungleich, was sachgerecht und was sachwidrig ist, muß hier also am Sozialstaatsprinzip gemessen werden; es kommt auf die ›soziale Gleichheit‹ an.«<sup>97</sup> Damit geht sie einerseits über die damals noch gängige Interpretation des allgemeinen Gleichheitssatzes als Willkürformel hinaus und argumentiert noch vor der »neuen Formel« für einen (durch das Sozialstaatsprinzip) verschärften Gleichheitsmaßstab. Andererseits – und dies ist für die gegenwärtige Diskussion um einen aktivierenden Sozialstaat, der im Sinne von Fördern und Fordern den ökonomischen Druck auf Arbeitssuchende erhöht und sich

96 BVerfGE 36, 237 (248), *Nachentrichtung* (1973).

97 Ebenda, S. 250.



an sozialstaatlichen Minima orientiert, fruchtbar<sup>98</sup> – ist es ihrer Rechtsauffassung nach nicht ausreichend, aus dem Sozialstaatsprinzip nur eine staatliche Pflicht für Hilfsbedürftige abzuleiten, vielmehr müssten in einem modernen Sozialstaat alle Mitglieder eine *angemessene soziale Sicherung* für Alter und Krankheit erhalten.<sup>99</sup> Im Gegensatz zu heutigen Debatten sieht Rupp-von Brünneck daher nicht nur ein Mindestmaß, sondern eine angemessene soziale Absicherung für verfassungsrechtlich geboten und legt damit einen deutlich höheren verfassungsrechtlichen Maßstab für die Beurteilung sozialrechtlicher Leistungen an.

Schließlich komme es, entgegen der Senatsauffassung, auch auf Einzelfallgerechtigkeit an: »Eine Verbesserung der sozialen Sicherung durch den Gesetzgeber ist demgemäß nicht als unverdientes Geschenk, als ein Akt staatlicher Wohlfahrt, anzusehen, (...) [der] milderer Maßstäben unterläge. Auch eine solche Einzelregelung zugunsten der Versicherten muß (...) den Anforderungen sozialer Gerechtigkeit unterliegen.«<sup>100</sup> Dass dies hier nicht der Fall ist, begründet Rupp-von Brünneck mit einem Verweis auf die ungleichen Effekte der geschlechtlichen Arbeitsteilung. Dass viele Frauen nach ihrer Heirat aufgehört hatten zu arbeiten und sich ihre Beiträge hatten erstatten lassen, habe dazu geführt, dass Frauen auf lange Sicht jedoch erheblich benachteiligt wurden, da es ihnen trotz Erwerbsarbeit nicht mehr gelang, einen ausreichenden Versicherungsschutz für das Alter aufzubauen. Rupp-von Brünneck thematisiert daher ausdrücklich die ungleichen ökonomischen Effekte einer erwerbsbasierten Sozialversicherung: »Der Wegfall der Beitragserstattung für die Zukunft bildet insofern bereits eine Teilmaßnahme im Rahmen der gesamten, noch im Anfang stehenden Bemühungen, die Mängel in der selbstständigen sozialen Sicherung der Hausfrauen oder früheren Hausfrauen auszugleichen.«<sup>101</sup> Vor diesem Hintergrund handele es sich nicht um einen Härtefall, sondern um einen systematischen Fehler der gesetzlichen Regelung.<sup>102</sup>

Rupp-von Brünnecks Argumentation kann als relationale gedeutet werden, da sie erstens die soziale Lage der von der Regelung Betroffenen erörtert und sich nicht auf Rechtfertigungsgründe konzentriert. Dabei diskutiert sie sowohl die kollektive Verantwortung für die einzelnen Mitglieder der Solidargemeinschaft, die von Erwerbsunfähigkeit betroffen sind, als auch einen individuellen Anspruch auf angemessene soziale Sicherung als Ausdruck moderner Sozialstaatlichkeit. Zweitens thematisiert sie den gesellschaftlichen Kontext der geschlechtlichen Arbeitsteilung und erörtert,

98 *Lessenich*, Die Neuerfindung des Sozialen, Kap. 4.

99 BVerfGE 36, 237 (250, 257), *Nachrichtigung* (1973).

100 Ebenda, S. 250.

101 Ebenda, S. 251.

102 Ebenda, S. 256 f. Zum Schutz vor Härtefälle aufgrund des Sozialstaatsprinzips siehe auch das Sondervotum von BVerfG-Richter Gaier in BVerfGE 136, 152 (184 ff.), *Versorgungsungleich VBL* (2014).

wie dieser in einer erwerbsbasierten Sozialversicherung zu ungleichen Geschlechterbeziehungen beiträgt. Auf diese Weise reflektiert sie drittens die maßstabsetzende Norm einer ungehinderten Erwerbsbiografie.

### 3.2 Sozialstaatsprinzip als gesetzgeberische Begrenzungskompetenz

Die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung über die Vermögensteuer führte zu einem Sondervotum von E.W. Böckenförde, in dem er sich ausführlich mit der Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Adressierung ökonomischer Übermacht und Umverteilung auseinandersetzte.

Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz hatte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob der in § 10 Nr. 1 Vermögensteuergesetz normierte einheitliche Steuersatz für einheitswertgebundenes und nicht einheitswertgebundenes Vermögen, bzw. von Grundeigentum und sonstigem Vermögen, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, da Grundeigentum aufgrund der niedrigen, seit 1964 nicht mehr angepassten, Einheitswerte niedriger besteuert wurde als sonstiges Vermögen.<sup>103</sup> In ihrer Entscheidung vom 22. Juni 1995 beantwortete die Senatsmehrheit zwar auch die Vorlagefrage, entwickelte aber darüber hinaus grundrechtliche Grenzen für sozialstaatliche Umverteilung über die Vermögensteuer.<sup>104</sup>

#### 3.2.1 Mehrheitsmeinung

Die Senatsmehrheit führt zunächst aus, dass Art. 3 Abs. 1 GG eine gleichmäßige Besteuerung erfordere und die angegriffene Norm daher verfassungswidrig sei. Anschließend formulierte sie, losgelöst von der konkreten Vorlagefrage, drei verfassungsrechtliche Grenzen für die Gesetzgebung im Vermögensteuerrecht: die Sollertragsteuer, den Halbteilungsgrundsatz sowie den Schutz der wirtschaftlichen Lebensgrundlage der Ehe und Familie.

Aus der vermögensrechtlichen Handlungs- und Entfaltungsfreiheit, die sich in der Privatnützigkeit des Eigentums manifestiere, leitet die Mehrheit ein verfassungsrechtliches Gebot zur Sollertragsteuer ab. Da die Eigentumsfreiheit die Substanz schütze, könne die Vermögensteuer nicht als Substanzsteuer, sondern nur als Sollertragsteuer ausgestaltet sein, also als eine Steuer, die aus den zu erwarteten Sollerträgen des

<sup>103</sup> Zur Grundsteuer siehe auch BVerfG, Urteil v. 10.4.2018, 1 BvL 11/14 u.a.

<sup>104</sup> BVerfGE 93, 121, *Vermögensteuer* (1995); *Leisner*, NJW 1995, 2591; *Arndt/Schumacher*, NJW 1995, 2603; *Selmer*, JuS 1996, 656; *Kahrs*, KJ 1996, 201. Die neuere Rechtsprechung gab den Halbteilungsgrundsatz wieder auf, BVerfGE 115, 97 (108 ff., 144), *Halbteilungsgrundsatz* (2006).

Vermögens zu bezahlen ist. Alles andere sei eine schrittweise Konfiskation. Da die Vermögensteuer als wiederkehrende Steuer das bereits durch die Einkommensteuer und andere Steuern gekürzte Erworbene belaste, bleibe für sie »von Verfassungen wegen nur noch ein enger Spielraum.«<sup>105</sup>

Darüber hinaus erkennt der Senat im Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 GG einen Halbteilungsgrundsatz, nach dem das Eigentum je zur Hälfte dem privaten Subjekt und dem Allgemeinwohl dienen solle (»zugleich«). Daher müsse sich staatliche Besteuerung auch an dieser Grenze orientieren. Nur im Ausnahmezustand, wie etwa zur Finanzierung des Versailler Vertrages, sei ein Zugriff auf die Substanz des Vermögens durch die Verfassung erlaubt.<sup>106</sup>

Schließlich bilde der Schutz der Ehe und Familie aus Art. 6 GG eine verfassungsrechtliche Grenze, da auch dieser Artikel die persönliche wirtschaftliche Lebensgrundlage der Familie und eine durch das Zusammenwirken der Ehegatten erhöhte ökonomische Grundlage vor einer zu starken Belastung durch die Steuergesetzgebung schütze.<sup>107</sup>

### 3.2.2 Mehrheitsmethode

In dieser Entscheidung kommt der Perspektivität der Maßstabsbildung entscheidende Bedeutung zu. Von der Senatsmehrheit wird ausschließlich die Perspektive der Vermögenden – als die der gesellschaftlich »Nicht-Markierten«, der dominanten Gruppen – verfolgt. Diese Perspektive setzt eine Normalität voraus, die die Ungleichverteilung von Eigentum (bzw. Vermögen) nicht als Privileg ökonomisch Starker ausweist, sondern als normativ unproblematisch und grundrechtlich schützenswert betrachtet. Dieser methodische Blick der Privilegierten/Normalen führt dazu, dass dogmatisch die Privatnützigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) anstatt dessen Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG) fokussiert und die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips nicht erörtert wird. Dementsprechend bleibt der offensichtliche sozialstaatlich-umverteilende Sinn und Zweck der Vermögensteuer dethematisiert. In einer relationalen Perspektive könnte die Vermögensteuer demgegenüber als ein privilegienabbauendes Instrument gedeutet werden.

### 3.2.3 Böckenförde

E. W. Böckenförde stimmte der Gleichheitswidrigkeit der angegriffenen Norm zwar zu, unterzog aber die unabhängig von der Vorlagefrage

105 BVerfGE 93, 121 (137), *Vermögensteuer* (1995).

106 Ebenda, S. 138.

107 Ebenda, S. 140 f.

formulierten verfassungsrechtlichen Grenzen einer ausführlichen Kritik. Dabei geht er nicht nur auf die klassische Dogmatik zu Art. 14 GG, sondern auch auf die grundlegende Bedeutung des Eigentums als Quelle gesellschaftlich-ökonomischer Ungleichheit ein. Böckenförde kritisiert die Mehrheitsentscheidung als unzulässige Begrenzung der gesetzgeberischen Steuerkompetenz zugunsten von Vermögenden.<sup>108</sup>

Auf dogmatischer Ebene argumentiert Böckenförde entgegen der Senatsmehrheit, dass es sich bei der Vermögensteuer wie bei allen Steuern um eine allgemeine Geldleistungspflicht handele, die nicht aus konkreten Erträgen eines isolierten Vermögens, sondern aus dem Vermögen als Ganzem zu bestreiten sei.<sup>109</sup> Daher greife weiterhin allein die Grenze eines erdrosselnden Steuerzugriffs.<sup>110</sup> Zudem würden durch den Halbteilungsgrundsatz und die Festlegung auf die Sollertragsteuer große Vermögen bevorteilt und eine degressive Besteuerung nahegelegt, weil große Vermögen bereits durch die Einkommensteuer so stark belastet seien, dass eine Vermögensteuer die 50-Prozent-Grenze übersteigen würde. Böckenförde kritisiert daher die maßstabssetzende Perspektive der Mehrheit: Der »ungleiche Eigentumsschutz schlägt sich in der Privilegierung der (Groß)Vermögenden nieder.«<sup>111</sup>

Böckenförde thematisiert darüber hinaus die Konsequenzen einer zunehmenden ökonomischen Machtkonzentration für eine demokratische Gesellschaft und den darauf gerichteten umverteilenden Zweck der Vermögensteuer. Die grundrechtliche Freiheit führe dazu, dass »gesellschaftliche Ordnungsbildung und Entwicklung weitgehend dem freien Spiel der Konkurrenz und sich hierbei bildender Unterschiede (überlassen werden). Die rechtliche Gleichheit verbunden mit der individuellen Handlungs- und Erwerbsfreiheit und der Garantie des Eigentums entbindet eine weitreichende Dynamik und führt unweigerlich zur Entstehung materieller Ungleichheit unter den Bürgern. (...) Im Eigentum gerinnt die Ungleichheit der freigesetzten Gesellschaft zur Materie und wird Ausgangspunkt neuer Ungleichheiten.«<sup>112</sup> Werde nun aber die »unbegrenzte Akkumulation« von staatlichen Zugriffen freigestellt, könne dies die »Ungleichheit potenzieren (...) und sich darüber die freiheitliche Rechtsordnung« selber aufheben.<sup>113</sup>

Abschließend kontrastiert Böckenförde die vermögenschützende Stoßrichtung des Beschlusses mit dem realen sozioökonomischen Kontext Anfang der 1990er Jahre und argumentiert für eine soziale Demokratie als Gelingensbedingung einer modernen Gesellschaft: Einerseits sei eine

108 Ebenda, S. 157.

109 Ebenda, S. 153.

110 BVerfGE 70, 219 (230), § 11 *MuSchuG* (1985); 78, 232 (243), *landwirtschaftliche Altershilfe* (1988); 82, 159 (190), *Absatzfonds* (1990).

111 BVerfGE 93, 121 (162), *Vermögensteuer* (1995).

112 Ebenda, S. 163.

113 Ebenda.

zunehmende Konzentration von Vermögen und Grundeigentum bei einer immer kleineren Gruppe von Personen festzustellen, andererseits bestehe aufgrund hoher Arbeitslosigkeit und den Kosten der Wiedervereinigung großer Bedarf für einen sozialen Ausgleich.<sup>114</sup>

Böckenförde zieht in seiner abweichenden Meinung also das Sozialstaatsprinzip heran, um existierende ökonomische Ungleichheit verfassungsrechtlich zu problematisieren und um eine Gegenperspektive zu einem individualisierenden, von gesellschaftlichen Kontexten der Ungleichheit losgelösten Eigentumsschutz zu formulieren. Auf diese Weise macht er die Konzentration gesellschaftlichen Reichtums zur Verfassungsfrage.

Das Sozialstaatsprinzip dient hier – der derzeit herrschenden Lehre und Rechtsprechungspraxis entsprechend – als Rechtfertigung für umverteilende sozialstaatliche Instrumente und reagiert damit auf die seit den 1970er laufenden Debatte um eine mögliche Begrenzung der Sozialstaatlichkeit durch die wirtschaftlichen Freiheitsrechte. Methodisch reiht sich der Verweis Böckenfördes auf den Gestaltungsspielraum der Legislative zwar in das gängige Sozialstaatsverständnis ein, dennoch setzt die Adressierung konkret existierender gesellschaftlicher Ungleichheit durch die Einbeziehung von Sozialdaten neue Impulse. Aus dem Sozialstaatsprinzip wird nicht einfach eine abstrakte Verpflichtung der Gesetzgebung auf eine gerechte Sozialordnung abgeleitet, vielmehr wird das Sozialstaatsprinzip mithilfe von Sozialdaten konkretisiert.

Es handelt sich bei Böckenfördes Position, genauso wenig wie in der folgenden abweichenden Meinung, um einen *hard case*, der wie das Sondervotum zum Nachversicherungsfall eine sozialstaatliche Inklusion subjektiv-rechtlich begründet. Dennoch zeigt sich, dass das Sozialstaatsprinzip einen normativen Anknüpfungspunkt für die Adressierung der Ungleichheitsachse Klasse und die Formulierung einer relationalen Perspektive bietet.

### 3.3 Sozialstaatsprinzip als verschärfter Kontrollmaßstab

Das dritte Sondervotum, das sich mit der Bedeutung des Sozialstaatsprinzips hinsichtlich ökonomischer Ungleichheit auseinandersetzt, haben Reinhard Gaier, Johannes Masing und Susanne Baer zur

114 »Immerhin verfügten Ende 1993 5,5 v.H. der privaten Haushalte über 31,7 v.H. bzw. 18,4 v.H. der Haushalte über 60 v.H. des gesamten Nettogeldvermögens, wobei Haushalte mit einem Jahres-Nettoeinkommen von mehr als 420.000 DM – mangels Aussagebereitschaft der Betroffenen – in diesen Zahlen noch nicht berücksichtigt sind. Die Zahlen zum Grundvermögen liegen ähnlich.«, ebenda, S. 164.

Unternehmenserbschaftsteuer-Entscheidung verfasst.<sup>115</sup> In dem Fall legte der Bundesfinanzhof dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob die seit dem 1. Januar 2009 in Kraft getretene Erbschaftsteuervergünstigung beim Übergang betrieblichen Vermögens gem. §§ 13a, 13b Erbschaftsteuergesetz eine zu weitgehende Privilegierung von Unternehmenserb\*innen im Vergleich zu Erb\*innen sonstigen Vermögens und damit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellt. Die Bundesregierung hatte die steuerliche Entlastung bei Unternehmenserbschaften damit begründet, dass Kapital in der Produktion gebunden sei und kleine und mittelständische Unternehmen als Grundlage für wirtschaftlichen Wohlstand nicht durch Liquiditätserfordernisse belastet werden sollen. Das Bundesministerium der Finanzen legte für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts statistische Auswertungen vor, nachdem sich der Steuerwert des durch Erwerb von Todes wegen und Schenkung übertragenes Vermögens von 2007 bis 2012 mehr als verdoppelt hat. Seit der gesetzlichen Neuregelung im Jahr 2009 wurden 3,4 Mrd. Euro, im Jahr 2012 bereits 40,2 Mrd. Euro von der Erbschaftsteuer befreit. Die Todesfälle des Jahres 2010 verdeutlichen, dass eine kleine Gruppe von Erb\*innen von der Neuregelung profitiert: Von 858.768 Todesfällen wurden bei 2.440 die Erbschaftsteuer gesenkt oder auf Null reduziert.

### 3.3.1 Mehrheitsmeinung

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, dass die Steuerbefreiung von Unternehmenserb\*innen gegen den Grundsatz der Lastengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG verstoße. Zwar habe die Gesetzgebung einen weiten Entscheidungsspielraum hinsichtlich des Steuergegenstandes und der Höhe des Steuersatzes und dürfe mit dem Steuerrecht lenkend in die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Prozesse eingreifen, jedoch zeigten die Zahlen des Bundesministeriums für Finanzen, dass die Steuerbefreiung nicht nur in Einzelfällen ein erhebliches Ausmaß erreiche: Von 2009 bis 2012 sei über ein Drittel des unentgeltlich übertragenen Vermögens von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit worden.<sup>116</sup> Der gesetzgeberische Zweck, kleinere und mittlere Unternehmen nicht in ihrer Existenz zu gefährden, rechtfertige die Befreiungsmöglichkeiten aus §§ 13a, 13b Erbschaftsteuergesetz, jedoch seien die Regelungen insoweit unverhältnismäßig, als auch große Betriebe ohne eine Bedürfnisprüfung bis zu 100 Prozent befreit werden könnten.<sup>117</sup>

115 BVerfGE 138, 136 (252), *Unternehmenserbrecht* (2014); Kirchhof, DStR 2015, 1473; Sachs, NJW 2015, 601.

116 BVerfGE 138, 136 (185), *Unternehmenserbrecht* (2014).

117 Ebenda, S. 197.

## 3.3.2 Mehrheitsmethode

Das Steuerrecht ist ein Kerninstrument des Sozialstaats, um der ungleichen Verteilung von Eigentum und Vermögen entgegenzuwirken. Die Dethematisierung dieser sozialstaatlichen Zwecksetzung der Erbschaftsteuer und des Sozialstaatsprinzips durch die Senatsmehrheit ist daher erstaunlich. Die familiäre Weitergabe von Reichtum ist ja gerade die rechtliche Institution, die zu erheblich ungleichen Startbedingungen führt und gesellschaftlich-ökonomische Machtasymmetrien über Generationen hinweg tradiert. Dennoch diskutiert die Senatsmehrheit das Sozialstaatsprinzip als verfassungsrechtlich einschlägige Bestimmung nicht, sondern verengt die dogmatische Prüfung auf eine von gesellschaftlichen Ungleichheitskontexten befreite Frage der Gleichbehandlung von Privilegierten – die Gleichheit von Unternehmenserb\*innen und Vermögenserb\*innen.

## 3.3.3 Gaier, Masing, Baer

Die Bundesverfassungsrichter\*innen Reinhard Gaier, Johannes Masing und Susanne Baer stimmen dem Urteil im Ergebnis zwar zu, erweiterten die Begründung jedoch um eine abweichende Meinung. Sie erklären ihr Sondervotum damit, dass in die Entscheidungsgründung das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG gehöre, da erst dieses die Gerechtigkeitsdimension der Erbschaftsteuer sichtbar mache. Hierbei rekurrieren sie auf die von Böckenförde formulierte Einsicht, dass sich soziale Gleichheit in einer liberalen Gesellschaft nicht einfach durch das freie Spiel der gesellschaftlichen Kräfte herstelle, sondern staatliche Interventionen dafür erforderlich seien.<sup>118</sup> Während die Mehrheit dies dethematisiert, weisen Gaier, Masing und Baer ausdrücklich auf die Funktion der Erbschaftsteuer hin, in einer Gesellschaft der weiteren Macht- und Vermögenskonzentration einer kleinen Gruppe von Menschen entgegenzuwirken.

Die dissidierenden Bundesverfassungsrichter\*innen zeigen den Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Macht, der ungleichen Verteilung von Lebenschancen und gesellschaftlicher Teilhabe auf. Mit Blick auf die seit Böckenfördes Sondervotum weitere Verschärfung ökonomischer Machtkonzentration argumentieren sie für die umverteilende Funktion des Sozialstaats zur Schaffung »realer« Freiheitsvoraussetzungen. Der Anstieg von Armut einerseits und die zunehmende Vermögenskonzentration andererseits hängen u. a. damit zusammen, dass »Einkommen aus Unternehmenstätigkeit und Vermögen im Vergleich zu den Arbeitnehmerentgelten überdurchschnittlich gestiegen sind.«<sup>119</sup> Die Erbschaftsteuer »wirkt damit der Gefahr entgegen, dass durch eine

118 Ebenda, S. 252.

119 Ebenda, S. 253.

zunehmende Ungleichverteilung von Mitteln die Chancen auf gesellschaftliche wie politische Teilhabe auseinanderdriften und sich so letztlich Einfluss und Macht zunehmend unabhängig von individueller Leistung verfestigen und an Herkunft gebunden sind.«<sup>120</sup>

Indem auch in dieser abweichenden Meinung Sozialdaten über die gesellschaftliche Verteilung des gesellschaftlichen Reichtums rezipiert werden anstatt sich auf rechtfertigende Gründe zu beziehen, machen die Dissidierenden die gesellschaftliche Wirklichkeit von ökonomischer Ungleichheit zu ihrer Begründungsstrategie.<sup>121</sup> Da die Erbschaftsteuer im gegenwärtigen Sozialsystem für die Herstellung eines sozialen Ausgleichs diene, müsse sich dies auch in den verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Ausgestaltung niederschlagen. Daher unterlägen Ungleichbehandlungen bei der Erbschaftsteuer »einer umso größeren Rechtfertigungslast, je mehr sie geeignet sind, soziale Ungleichheiten zu verfestigen.«<sup>122</sup> Die drohende Verfestigung ökonomischer Ungleichheit führe aufgrund des Sozialstaatsprinzips zu einem verschärften verfassungsrechtlichen Maßstab. Befreiungen der ökonomisch Leistungsfähigen seien daher besonders rechtfertigungsbedürftig: »Werden gerade diejenigen verschont, die als erfolgreiche Unternehmer über die größten Vermögen und damit auch über erheblichen Einfluss auf das Gemeinwesen verfügen, und wird gerade ihnen ermöglicht, dieses Vermögen unter Befreiung der sonst nach Leistungsfähigkeit auferlegten Lasten an Dritte, insbesondere an Familienmitglieder weiterzureichen, ohne dass diese hierfür eigene Leistungen oder Fähigkeiten erbracht hätten, verfestigt und verstärkt dies die ökonomische Ungleichheit.«<sup>123</sup> Im Ergebnis, so die

120 Ebenda, S. 254.

121 »Verwies schon Böckenförde in seinem Sondervotum für das Jahr 1993 darauf, dass 18,4 % der privaten Haushalte über 60 % des gesamten Nettogeldvermögens verfügten, lag dieser Anteil bereits im Jahr 2007 in den Händen von nur noch 10 %. Gerade die Konzentration des Vermögens im obersten Dezil ist im vergangenen Jahrzehnt stark gestiegen, wobei das wahre Ausmaß an Ungleichheit bei der Verteilung des Vermögens auch mit diesen Zahlen noch nicht voll erfasst ist, weil die Haushalte mit dem besonders großen Vermögen mangels von den Betroffenen zu erlangender Zahlen nicht berücksichtigt werden konnten. Demgegenüber verfügten rund 28 % der erwachsenen Bevölkerung im Jahr 2012 über kein beziehungsweise ein negatives Vermögen, wobei dieser Anteil seit dem Jahr 2002 ebenfalls signifikant angestiegen ist. Der für die Vermögensverteilung international herangezogene Gini-Koeffizient ist entsprechend von 0,62 im Jahr 1993 auf 0,78 im Jahr 2012 gestiegen, sodass Deutschland gegenwärtig innerhalb der Eurozone den höchsten Grad an Ungleichheit bei der Verteilung des Vermögens aufweist.«, ebenda, S. 253, Nachweise weggelassen.

122 Ebenda, S. 254.

123 Ebenda, S. 255.



Richter\*innen wie schon Rupp-von Brünneck, strahle das Sozialstaatsprinzip in den Gleichheitssatz hinein.

Auch schon im vorangegangenen Beschluss zur degressiven Zweitwohnungsteuer hatte der Erste Senat die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Ausdruck der Steuergerechtigkeit bzw. der gleichmäßigen Steuerlastverteilung aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet und diese gleichheitsrechtliche Argumentation mit dem Sozialstaatsprinzip abgestützt. So sei bei Steuern, die an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anknüpfen, die »Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte nicht nur zulässig sondern geboten.«<sup>124</sup> Denn das Sozialstaatsprinzip gebiete die Rücksichtnahme auf wirtschaftlich Schwächere in der Steuerpolitik. Während der Senat in diesem Beschluss aufgrund des Sozialstaatsprinzips ein Gebot für eine progressive Steuerpolitik argumentierte, gehen Gaier, Masing und Baer in der abweichenden Meinung noch einen Schritt weiter, weil sie die drohende Verschärfung ökonomischer Ungleichheit allgemein als verfassungsrechtlich problematisch – als Verfassungsfrage – qualifizieren und daraus eine erhöhte Rechtfertigungslast ableiten. Entgegen der gängigen Argumentation, dass bei sozialstaatlichen Rechtskonflikten eine zurückgenommene verfassungsrechtliche Kontrolle angezeigt sei, argumentieren Gaier, Masing und Baer für eine Verschärfung des Kontrollmaßstabes, wenn Regelungen ökonomisch Starke erheblich bevorteilen und Klassenungleichheit sich zu verstärken droht. Methodisch wird dies einerseits über die Einbeziehung von Sozialdaten und andererseits durch die Adressierung von Privilegien erreicht.

#### 4. Von der Grundsatzkontroverse zur begrenzten Sozialstaatlichkeit

Zu Beginn der Bundesrepublik stand die normative Bedeutungslosigkeit des Sozialstaatsprinzips noch nicht fest. Vielmehr entbrannte daran in den ersten Jahren des Grundgesetzes eine erbittert geführte Grundsatzkontroverse über das Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (4.1.). Dies zeigt die ursprüngliche Umkämpftheit des sozialen Staatsziels und dessen (inzwischen eingedämmte, dennoch potentielle) Brisanz, galt doch die weitere Entwicklung der Wirtschafts- und Sozialordnung zu den Anfangsjahren der Bundesrepublik als offen. Die Diskussion um die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die grundgesetzliche Ordnung wurde ab den 1970er Jahren durch stärker neoliberal geprägte Diskurse um die Begrenzung des Sozialstaats abgelöst (4.2.).

Diese Debatten sollen im Folgenden rekonstruiert werden, um die schwache Normativität des Sozialstaatsprinzips zu historisieren und

<sup>124</sup> BVerfGE 135, 126 (144), *degressive Zweitwohnungsteuer* (2014).

aufzuzeigen, dass es bei diesen weniger um die dogmatische Adressierung der Ungleichheitsachse Klasse als um die verfassungsrechtliche Einhegung bzw. Ermöglichung spezifischer Wirtschaftsordnungen ging.

#### 4.1 Systemfrage – liberaler Rechtsstaat – sozialer Rechtsstaat

Die Sozialisierungs- und Demokratisierungsideen, die in den ersten Jahren nach dem Krieg bis ins konservative Lager reichten und aufgrund des privatwirtschaftlich gestützten Nationalsozialismus die Überwindung einer bürgerlichen Wirtschafts- und Eigentumsordnung implizierten, wurden relativ schnell unter dem Eindruck des entstehenden Ost-West-Konflikts von der »sozialen Marktwirtschaft« abgelöst. Bis zu den Beratungen im Parlamentarischen Rat hatte sich der kapitalismuskritische Nachkriegskonsens der großen Parteien aufgelöst. Positionen, die verfassungsrechtlich auf eine weitreichende wirtschaftliche und soziale Neuordnung zielten, konnten sich im Parlamentarischen Rat nicht mehr gegen die Adenauer-CDU durchsetzen.<sup>125</sup> Im Ergebnis wurde ein Verfassungskompromiss erarbeitet, der durch die Aussparung des wirtschaftspolitischen Grundkonflikts die Zustimmung der beiden großen Parteien sichern konnte. Damit wurde weder an die umfassenden Regelungen der Weimarer Reichsverfassung zum Sozialen noch an die sozialliberale, antikapitalistische Grundhaltung älterer Landesverfassungen, wie die der Hessischen Verfassung (1946) oder der Verfassung des Freistaats Bayern (1946), angeknüpft. Die Offenheit des Grundgesetzes gegenüber künftigen Wirtschafts- und Eigentumsordnungen wurde durch die demokratische Konkretisierung des Eigentums (Inhalts- und Schrankenbestimmungen, Sozialpflichtigkeit, Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 GG), die Festlegung auf eine angemessene Entschädigung anstatt auf den Verkehrswert bei Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG), die Sozialisierungsmöglichkeit in Art. 15 GG sowie durch die Verortung wesentlicher Gesetzgebungskompetenzen beim Bund gewährleistet.

Dieser Verfassungskompromiss des Grundgesetzes führte zu der als Abendroth-Forsthoff-Kontroverse bekannt gewordenen wissenschaftlichen Debatte um die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips. Im Vorwort des zentrale Aufsätze dieser Kontroverse versammelnden Bandes »Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit« (1968) beschreibt Ernst Forsthoff die »Forderungen nach sozialer Sicherheit und sozialem Aufstieg« als das »Kardinalproblem der rechtstaatlichen Verfassung«.<sup>126</sup> In der Kontroverse wurden im Wesentlichen drei Positionen vertreten, als deren Vertreter Hans Peter Ipsen und Wolfgang Abendroth (Systemfrage), Ernst

<sup>125</sup> *Abendroth*, Das Grundgesetz, S. 63 ff.

<sup>126</sup> *Forsthoff*, in: ders., Vorwort, S. VII.

Forsthoff (liberaler Rechtsstaat) und Ulrich Scheuner (sozialer Rechtsstaat) gelten können.<sup>127</sup>

#### 4.1.1 Ipsen und Abendroth

Hans Peter Ipsen forcierte zu Beginn der Bundesrepublik eine sozialstaatliche Interpretation der grundgesetzlichen Artikel, um im Hinblick auf die im Grundgesetz angelegte rechtsstaatliche Ordnung die Systemfrage zu stellen. Durch die starken liberalen Grundrechte, den individuellen Rechtsschutz sowie dem Fehlen von Verfassungsnormen zur Wirtschafts- und Sozialordnung sah er im Grundgesetz den, gegenüber der Weimarer Reichsverfassung rückschrittlichen, bürgerlichen Rechtsstaat angelegt. So schrieb Ipsen 1950, dass das Grundgesetz den Schutz des Einzelnen gewähre »bis zum vorstellbaren Maximum und in einer Intensität, die die Weimarer Verfassung weit hinter sich läßt.«<sup>128</sup> Ipsen verstand dies zwar als Versuch nach dem nationalsozialistischen Unrechtsregime die Macht der Exekutive und die des Bundes zu begrenzen, beschrieb die bürgerlichen Grundrechtsgewährleistungen jedoch zugleich als veraltete Rechtsformen, weshalb das Grundgesetz »die Sprache des (...) 19. Jahrhunderts« spreche und den »status quo ungleich starrer und unbeweglicher fixiere als die Weimarer Verfassung«.<sup>129</sup> Dies zeige sich u. a. am fehlenden Ausschluss der Entschädigung und des Rechtswegs bei Enteignung und Sozialisierung in den Artikeln 14 und 15 GG. Während er in späteren Jahren eine stärker wirtschaftsliberale Position entwickelte, argumentierte er 1951 in seinem Referat für die Staatsrechtslehrertagung noch, dass die grundgesetzliche Entscheidung für die Sozialstaatlichkeit sich in der Interpretation grundrechtlicher Normen widerspiegeln müsse.<sup>130</sup> Dies hieße, die Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und den Sozialisierungsartikel (Art. 15 GG) im Kontext der Grundentscheidung der Verfassung zugunsten der Sozialstaatlichkeit zu

127 Mit dieser Autorenauswahl folge ich der überzeugenden Darstellung und Einordnung von *Thurn*, *Welcher Sozialstaat?*, Kap. 2.

128 *Ipsen*, in: Forsthoff, *Über das Grundgesetz*, S. 21.

129 *Ebenda*, S. 22 f.

130 Das Parallelreferat auf der Göttinger Tagung hielt Ridder, der aufgrund der Positivierung des Sozialstaatsgebots für die Transformation des liberalen Rechtsstaats und den unbedingten Vorrang des Sozialstaatsprinzips vor dem Rechtsstaatsprinzip argumentierte, *Ridder*, in: VDStRL, *Enteignung und Sozialisierung*, S. 129; auch *Ridder*, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, S. 94 ff., insbes. 99, 107. Die von Ipsen und Ridder früh formulierten Positionen sind nach Bryde der Höhepunkt gewesen, dem Grundgesetz einen »sozialfortschrittlichen Anstrich« zu geben, *Bryde*, in: Evers, *Das Sozialstaatsprinzip als Programm, Deskription und Norm*, S. 41.

interpretieren.<sup>131</sup> So sah er in der Sozialisierungsmöglichkeit eine Chance eine fortschrittliche und inklusive Eigentumsordnung zu gestalten, die bisher unbeteiligte soziale Gruppen an der Verfügungsmacht über Eigentum beteiligen und auf legale Weise eine kapitalistische Wirtschaftsweise überwinden könne. Zwar müsse aufgrund der wirtschaftspolitischen Indifferenz des Grundgesetzes die Gesetzgebung diesen Weg nicht gehen, jedoch ging Ipsen davon aus, dass gerade aufgrund der sozialstaatlichen Wertungen des Grundgesetzes ein anderer Weg bei einer Neuordnung der Wirtschafts- und Eigentumsverhältnisse kaum offenstehe.<sup>132</sup> Schließlich interpretierte er – entgegen heutiger Positionen – das Ungleichheitsmerkmal »Herkunft« aus Art. 3 Abs. 3 GG sozialstaatlich als ökonomischen Egalisierungsauftrag.<sup>133</sup>

Der sich als Kommunist verstehende Wolfgang Abendroth verfolgte die Transformation einer kapitalistischen Ökonomie innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung und bezog sich dabei positiv auf den etatistisch-konservativen Ipsen sowie einer am Sozialstaatsprinzip orientierten Auslegung des Grundgesetzes.<sup>134</sup> Indem das Grundgesetz den demokratischen und sozialen Rechtsstaat als Verfassungsgrundsatz etablierte, sei ein Strukturprinzip der verfassungsrechtlichen Ordnung begründet, das die Demokratie, den Rechtsstaat und den Sozialstaat zu einer Einheit verbinde. Die drei Elemente würden sich gegenseitig durchdringen und seien daher einer isolierten Interpretation nicht mehr zugänglich.<sup>135</sup> Als Rechtsgrundsatz komme dem demokratischen und sozialen Rechtsstaat die Aufgabe zu, das gesamte grundgesetzliche System zu legitimieren und zu durchdringen.<sup>136</sup>

Abendroths zentrales Anliegen war es, den Rechtsgrundsatz des demokratischen und sozialen Rechtsstaates als verfassungsrechtliche Aufgabe

131 »Wenn (...) [die Sozialstaatlichkeit] (...) mehr als eine Formel bleiben soll, dann muß sie sich in bezug auf das Eigentum als Grundelement jeder Sozialordnung gerade in der Ausdeutung des Art. 14 Abs. 2 bewähren. (...) Beide Sätze sind als Ermächtigung und Direktive des Gesetzgebers aufzufassen, die Inhaltsbestimmung des Eigentums dahin auszugestalten, daß die Sozialstaatlichkeit, verstanden als Berufung zur Gestaltung der sozialen Ordnung, nicht farb- und inhaltlos verblaßt und verkümmert, sondern positiv-lösend den Weg der Gesetzgebung bestimmt.« Ipsen, in: VDStRL, Enteignung und Sozialisierung, S. 85.

132 Ipsen, in: VDStRL, Enteignung und Sozialisierung, S. 75, 102 f., 104, 106.

133 Ipsen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Gleichheit, S. 173 f., Zitat S. 174.

134 Abendroth, in: Forsthoff, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, S. 123.

135 Ebenda, S. 115 f.

136 »Der soziale Rechtsstaat ist demokratischer und sozialer Rechtsstaat und mir scheint, daß das Grundgesetz doch mit dieser Kennzeichnung der Dinge zum Ausdruck bringen wollte, daß in der Verbindung dieser drei Momente die das grundgesetzliche System tragende Rechtsgrundlage zu erblicken

zu deuten, »die künftige Entwicklung zur sozialen Demokratie offenzuhalten« und damit die Güter- und Eigentumsverteilung auf einfachem Gesetzesweg ohne eine Verfassungsänderung durchführen zu können und zugleich festzuhalten, dass dieser Weg aufgrund Art. 79 Abs. 3 GG nicht mehr aufgehoben werden könne. Verfassungsrechtlich sei damit die Möglichkeit eröffnet, im Anschluss an Hermann Hellers Idee einer sozialen Demokratie, eine Demokratisierung der Gesellschaft und der Wirtschaft anzustreben. Der demokratische und soziale Rechtsstaat war für Abendroth damit nicht nur in der staatlichen Ordnung zu verwirklichen, sondern sollte der »im demokratischen Staat repräsentierten Gesellschaft« die Möglichkeit bieten, diesen auf die Wirtschafts- und Sozialbeziehungen auszuweiten. Das »Bekenntnis des Grundgesetzes zum demokratischen und sozialen Rechtsstaat« erlaube daher nicht einfach nur Staatsinterventionen zum Ausgleich sozialer Gegensätze, sondern »stellt grundsätzlich diese Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung selbst zur Disposition der demokratischen Willensbildung des Volkes. [Es weist ihm] die Möglichkeit zu, ihre eigenen Grundlagen umzuplanen.«<sup>137</sup>

Da sich private wirtschaftliche Macht in einer formal verstandenen Demokratie in politische Macht übersetze, argumentierte Abendroth mittels einer kollektiven Interpretation des Gleichheitssatzes für die verfassungsrechtliche Ermöglichung von Mit- und Selbstbestimmung über Eigentum und Produktionsmittel. So verlange die innere Verbindung von Demokratie und Sozialstaatlichkeit eine Gleichheitsinterpretation, die auch das Verhältnis von sozialen Gruppen zueinander adressiere und »die diese Tatbestände *in Richtung auf die Demokratisierung* der Gesellschaft ausweitere.«<sup>138</sup> Demokratische Gleichheit erstreckte sich nicht allein auf den formalen Status als Staatsbürger\*in, sondern sei auf die gesamten Lebensverhältnisse und die materiellen und kulturellen Bedürfnisse der Menschen bezogen. Solange keine Demokratisierung der Wirtschaft und Gesellschaft erfolgt sei, so gesteht Abendroth ein, werde der Rechtsgrundsatz des demokratischen und sozialen Rechtsstaats »Gegenstand des Kampfes der sozialen Gruppen« bleiben.<sup>139</sup>

ist. Zweifellos handelt es sich gerade in dieser Verbindung nicht um einen Rechtssatz, der unmittelbarer Anwendung fähig wäre, sondern um einen Rechtsgrundsatz, auf den, weil er das grundgesetzliche Rechtssystem trägt, nun allerdings das rechtsstaatliche Denken des Grundgesetzes voll bezogen werden muß.«, Abendroth zit. nach *VDSiRL*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 85 (Aussprache).

137 *Abendroth*, in: Forsthoff, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, S. 127.

138 Ebenda, S. 128 (H.i.O.); Abendroth in *VDSiRL*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 87 f. (Aussprache).

139 *Abendroth*, in: Forsthoff, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, S. 131, 138.

## 4.1.2 Forsthoff

Die Gegenposition vertrat Ernst Forsthoff, der ein liberales Rechtsstaatsverständnis vor einer sozialstaatlichen Überformung verteidigte.<sup>140</sup> Konträr zu Abendroth ging Forsthoff davon aus, dass sich Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit nicht zu einer Einheit verbinden ließen, es sich vielmehr aufgrund ihrer wesenhaften Unterschiedlichkeit um grundlegend verschiedene Gegebenheiten handle: »Der Rechtsstaat und der Sozialstaat sind (...) ihrer Intention nach durchaus verschieden, um nicht zu sagen Gegensätze. Der Rechtsstaat hat seine eigenen Institutionen, Formen und Begriffe. Sie sind auf Freiheit angelegt. Auch der konsequent verwirklichte Sozialstaat, der auf Teilhabe hingerichtet ist, bringt eigene Institutionen, Formen und Begriffe hervor, die wesentlich anders geartet sein müssen.«<sup>141</sup> Dementsprechend seien diese auf verschiedenen Ebenen der Staatsorganisation anzusiedeln. Verfassungen seien streng rechtsstaatlich zu verstehen. Sie sicherten individuelle Freiheit durch Ausgrenzung und Begrenzung des Staates. Den Staat verstand Forsthoff primär als Herrschaftsgewalt, die rechtsstaatlich gebändigt werden müsse und keinen verfassungsrechtlich abgesicherten Zugriff auf die Sozialität bekommen dürfe. Zugleich würden die rechtsstaatlichen Handlungsformen den Schutz des Staates vor Partikularinteressen gewährleisten.<sup>142</sup> Darüber hinaus sei der Weimarer Versuch, den Rechtsstaat und Sozialstaat zu verklammern, an den »formalen Strukturgegebenheiten der Verfassungsnorm und der Problematik ihrer Vollziehbarkeit« gescheitert.<sup>143</sup> Daher sei der soziale Rechtsstaat kein Rechtsbegriff mit einem materiellen Gehalt. Dem leistenden Sozialstaat komme grundsätzlich kein Verfassungsrang zu. Die Daseinsvorsorge sei die Aufgabe der Verwaltung und des Verwaltungsrechts, welcher Forsthoff eine wichtige Bedeutung zu sprach.<sup>144</sup> So sei es gerade die zentrale Aufgabe des modernen Staates das individuelle Dasein zu sichern, da den Menschen in

140 Forsthoff, in: VDStRL, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Forsthoff, in: ders., Verfassungsprobleme des Sozialstaats.

141 Forsthoff, in: VDStRL, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 19.

142 Forsthoff, in: ders., Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 146, 150, 157 ff., 159.

143 Forsthoff, in: VDStRL, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 12.

144 Ebenda, S. 13 f., 24. »Unter sozialstaatlichem Aspekt betrachtet bieten somit das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht ein durchaus verschiedenes Bild. Während sich die überkommene, rechtsstaatliche, gewaltenteilende Verfassung gegenüber den Bestrebungen einer sozialstaatlichen Fortbildung im wesentlichen abweisend zeigt, hat das Verwaltungsrecht einen seine gesamte Systematik ergreifenden, in die Tiefe gehenden Prozeß der Umbildung durchlaufen als dessen Ergebnis heute der Sozialstaat in einer zwar noch nicht abgeschlossenen aber doch weit fortgeschrittenen Formung vor uns steht.«, S. 13.

der Industriegesellschaft die Möglichkeiten fehlen, ihre eigene Existenz durch den Zugriff auf natürliche Ressourcen zu sichern. Die Notwendigkeit, das eigene Dasein durch Arbeit zu reproduzieren und das damit verbundene Phänomen struktureller Arbeitslosigkeit, führe zu einer existentiellen Abhängigkeit von anderen und in letzter Instanz – insbesondere in Krisenzeiten, in denen die privatwirtschaftliche Verteilung nicht mehr funktioniere – vom Staat.<sup>145</sup> Die Verpflichtung der staatlichen Organe auf ein gewisses Maß an sozialen Maßnahmen bestehe daher auch ohne die Bekräftigung in Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Schließlich ermögliche der Rechtsstaat durch den Steuerstaat und die rechtlich unbegrenzte Befugnis des Staates, Steuern zu erheben, den Sozialstaat. Diese Verbindung des Rechtsstaats und des Sozialstaats sei aber eine einfache Tatsache, die nicht erst hergestellt werden müsse.<sup>146</sup> Der Sozialstaat sei bereits durch das einfache Recht verwirklicht. Im Ergebnis stand Forsthoffs starker Begriff einer liberalen Rechtsstaatlichkeit Eingriffen in die bürgerliche Eigentumsordnung, wie sie von Ipsen und Abendroth forciert wurden, konträr gegenüber.

#### 4.1.3 Scheuner

In der wissenschaftlichen Literatur hat sich die dritte Position des sozialen Rechtsstaats, wie sie von Ulrich Scheuner formuliert wurde, durchgesetzt.<sup>147</sup> Scheuner interpretierte die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes vor dem Hintergrund der sich durchsetzenden sozialen Marktwirtschaft als mittleren Weg zwischen freiem Wettbewerb und staatlicher Wirtschaftsplanung.<sup>148</sup> Scheuner bezog in seinem Referat auf der Staatsrechtslehrtagung 1952 die Position, dass es sich beim Grundgesetz im Wesentlichen um eine freiheitliche Rechtsordnung handele, die private wirtschaftliche Betätigungen und auch privates Eigentum vor staatlichen Eingriffen schütze, den Staat aber zugleich zu sozialem Ausgleich verpflichte und dieser daher in einem gewissen Maße zu Interventionen berechtigt sei. Der soziale Rechtsstaat »beschränkt sich nicht mehr auf eine Aufgabe der bloßen Beaufsichtigung wirtschaftlicher Vorgänge in den Formen des Gewerberechts und der Gefahrenabwehr, sondern er möchte auch wenigstens teilweise formend und planend oder gar umgestaltend eingreifen, um die ihm vorschwebenden Ziele sozialer Gerechtigkeit zu verwirklichen.«<sup>149</sup> Er qualifizierte die Freiheitsrechte als

145 Forsthoff, in: ders., Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 146 ff.

146 Forsthoff, in: VDStRL, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, S. 29 ff.

147 Thurn, Welcher Sozialstaat?, S. 67, 551.

148 Scheuner, in: VDStRL, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, S. 7 ff.

149 Ebenda, S. 12.

»wichtige und grundsätzliche Entscheidungen zugunsten einer freiheitlichen Ordnung, aber versehen mit allgemeinen Vorbehalten sozialer Natur, die durch die Formeln der ›Rechte Dritter‹ und der ›verfassungsmäßigen Ordnung‹ auch in Art. 2 Abs. 1 GG verankert sind.«<sup>150</sup> Damit weise der soziale Rechtsstaat über den liberal-bürgerlichen hinaus. Dennoch beschrieb Scheuner viel stärker als Ipsen und Abendroth die bürgerliche Eigentumsordnung als im Grundgesetz angelegt und daher als staatlichen Eingriffen Grenzen setzend. Im Begriff des sozialen Rechtsstaats drücke sich daher der verfassungsrechtliche Vorrang der Rechtsstaatlichkeit vor der Sozialstaatlichkeit aus. Dementsprechend komme der Sozialstaatlichkeit im Grundgesetz nur eine ergänzende und ausgleichende Funktion hinsichtlich der rechtsstaatlichen Freiheitsgewährleistung zu.<sup>151</sup> Während die unternehmerische Freiheit grundsätzlich Vorrang vor sozialstaatlichen Erwägungen genieße, solle soziale Härte abgefangen und eine gemeinwohlorientierte Freiheitsbeschränkung möglich sein. Scheuner geht daher grundsätzlich vom liberalen Ideal einer natürlich-gerechten Marktverteilung aus, die nur sekundär durch staatliche Interventionen zu korrigieren ist. Damit hat Scheuner die bis heute herrschende Position formuliert und die Grundlage für ein schwach konturiertes Sozialstaatsprinzip gelegt. Die theoretische Verbindlichkeit des Sozialstaatsprinzips wird konstatiert, dogmatische Folgen oder verfassungsrechtliche Vorgaben werden jedoch nicht entwickelt.<sup>152</sup>

#### 4.2 Neoliberale Krisendiagnosen

Wurde in den 1950er Jahren noch die grundsätzliche Bedeutung der Sozialstaatlichkeit in Differenz zum liberalen Rechtsstaat in der wissenschaftlichen Debatte betont, verschob sich dieser Diskurs im Laufe der Jahre. Nach den Auseinandersetzungen um die verfassungsrechtliche Eigentumsordnung im demokratischen Rechtsstaat und anschließend um die sozialstaatlichen Dimensionen der Grundrechte,<sup>153</sup> änderte sich in den 1970er Jahren analog zur politischen auch die verfassungsrechtliche Diskussion und kulminierte, gruppiert um den Begriff des sozialen Rechtsstaats, in einem freiheitlichen Sozialstaatsdenken.<sup>154</sup> Dieses konzipiert das Sozialstaatsprinzip nicht mehr als normativen

150 Ebenda, S. 20.

151 Ebenda, S. 12, 59 ff.

152 Thurn, *Welcher Sozialstaat?*, Kap. 2.

153 Häberle, in: VDStRL, *Grundrechte im Leistungsstaat*; Martens, in: VDStRL, *Grundrechte im Leistungsstaat*.

154 Für eine eingehende Darstellung und Analyse dieses Diskursverlaufs Thurn, *Welcher Sozialstaat?*, Kap. 4.



Anknüpfungspunkt für die Möglichkeit umfassender gesellschaftlicher Neuordnungs- und Umverteilungsprozesse, sondern beschränkt dessen Bedeutung auf den Bereich der Sozialpolitik. Im Sinne eines solchen inhaltlich kaum greifbaren und auf Sozialpolitik begrenzten Sozialstaatsprinzips formulierte Hans F. Zacher Ende der 1970er/Anfang der 1980er Jahre die »herrschende Lehre« mit seinem prozesshaften Verständnis des Sozialstaats. Dieses schließt an die Figur des sozialen Rechtsstaats an und verfolgt durch seine Unterscheidung zwischen einer privatwirtschaftlichen Primärverteilung und einer ergänzenden staatlichen Sekundärverteilung eine freiheitliche Deutung des Sozialstaatsprinzips. Danach bedeute der verfassungsrechtliche Auftrag des Sozialstaatsprinzips nicht nur »die *stetige Aufgabe der Annäherung* an das Ziel von weniger Not und mehr Gleichheit. In diesem Sinne ist Sozialstaat *nicht nur ›Fortschritt‹* im Sinne von Verbesserung. In diesem Sinne ist Sozialstaat letztlich sogar *Offenheit um der Zukunft willen, Prozeß um der Veränderbarkeit willen.*«<sup>155</sup>

Nach der goldenen Zeit des Wirtschaftswunders, des expandierten Wohlfahrtsstaats und des staatlichen Planungsoptimismus wurden im Kontext der Weltwirtschaftskrise und des Ölpreisschocks von 1973 zum ersten Mal Massenarbeitslosigkeit und wirtschaftliche Stagnation in Westdeutschland erlebt. Die ökonomische Krise ging mit einer zunehmenden Kritik an sozialstaatlichen Institutionen und Gewerkschaften einher. Eine Tendenzwende wurde gefordert. Nach der sozialliberalen Zeit der Studierendenproteste gewannen wieder national- und liberalkonservative Positionen politisch an Boden. Die Krisendiagnosen sprachen davon, dass Mangel und Knappheit herrsche und die Grenzen des Sozialstaats erreicht seien; das Arbeitsrecht verfestige eine unflexible wirtschaftliche Situation; der verkrustete überregulierte Wohlfahrtsstaat sei für anhaltende Arbeitslosigkeit verantwortlich. Diese Problembeschreibung führte dazu, dass das Ende des Leistungsstaats ausgerufen und Forderungen nach Deregulierung, Privatisierung und Flexibilisierung – einem schlanken Staat – laut wurden.<sup>156</sup>

Realpolitisch wurde unter dem Sozialdemokraten Helmut Schmidt mit dem Haushaltsstrukturgesetz von 1975, das die Ausgaben im sozialen Bereich wie etwa Arbeitslosengeld, BAföG und Wohngeld beschränkte, die sozialpolitische Wende markiert und die Phase der wohlfahrtsstaatlichen Expansion beendet.<sup>157</sup> Unter der Kohl-Regierung kam es

155 Zacher, in: Stödter/Thieme, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, S. 258 (H.i.O.); Zacher, in: ders., Der Sozialstaat als Prozeß; Zacher, in: Isensee/Kirchhof, § 28 Das soziale Staatsziel.

156 Einen detailreichen Überblick zu den politischen Entwicklungen dieser Zeit liefert Butterwegge, Krise und Zukunft des Sozialstaats, Kap. 4.

157 Gesetz zur Verbesserung der Haushaltsstruktur v. 18.12.1975, BGBl. I 1975, S. 3091.

zu weiteren sozialstaatlichen Leistungskürzungen, zu einer steuerlichen Entlastung des Vermögens und der Spitzeneinkommen sowie zu ersten arbeitsmarktrechtlichen Liberalisierungen. Bestärkt durch den Wegfall der Systemkonkurrenz und den Kosten der Einheit wurden Standort-sicherung und internationale Wettbewerbsfähigkeit die neuen Leitmo-tive. Die Institutionalisierung einer vorstaatlichen Primärverteilung durch eine koordinierte Marktwirtschaft der Sozialpartnerschaft ver-lor ab Ende der 1980er, Anfang der 1990er zunehmend an Bindekraft. Lohnspreizungen führten zu einer weniger egalisierenden Primärver-teilung. Der rot-grüne Umbau des Sozialstaats forcierte zudem eine we-niger egalisierende staatliche Sekundärverteilung.<sup>158</sup>

Diese politische Verschiebung, die mit dem Begriff des Neoliberalis-mus beschrieben wird, machte sich auch im wissenschaftlichen Diskurs bemerkbar.<sup>159</sup> Ausgehend von den gängigen Krisendiagnosen wurden seit Mitte der 1970er Jahre verstärkt marktliberale Positionen im wissen-schaftlichen Diskurs artikuliert. So wurden die verfassungsrechtlichen Begrenzungsmöglichkeiten sozialstaatlicher Politik, etwa durch die wirt-schaftlichen Grundrechte, Wirtschaftlichkeitsgebote oder Finanzierungsvorbehalte, vermehrt erörtert. Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 löste darüber hinaus eine erneute Debatte über die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes aus. Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht bereits 1954 die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes postuliert und damit der Gesetzgebung einen weiten Gestaltungsspielraum zuge-sprochen,<sup>160</sup> dennoch wurden in einer institutionell gedeuteten Eigen-tumsgarantie und in der Unternehmensfreiheit ein Schutz vor sozial-staatlichen Maßnahmen, wie etwa Mitbestimmung, Umverteilung oder Besteuerung, gesehen.<sup>161</sup>

Ein Beispiel für die Begrenzungsversuche aus der Literatur sind die Ansichten von Paul Kirchhof, dessen Rechtsinterpretation, wie die dargestellte Senatsentscheidung zur Vermögensteuer zeigt, jedenfalls

158 *Leibfried*, in: Boysen/Kaiser/Meinel, Zum Strukturwandel des Sozialstaats und zur Umleitung seiner Energien und Verteilungsströme, S. 2 f.

159 Überzeugende Darstellung bei *Thurn*, Welcher Sozialstaat?, Kap. 4 m.w.N.

160 BVerfGE 4, 7 (17 f.), *Investitionshilfen* (1954); 50, 290 (337), *Mitbestim-mung* (1979). Aus der umfassenden Literatur z. B. *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begrün-dung von Teilhabungsrechten; *Badura u. a.*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz.

161 *Kirchhof*, in: VDStRL, Besteuerung und Eigentum; *Arnim*, in: VDStRL, Be-steuerung und Eigentum, S. 316; *Mußnug*, in: VDStRL, Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, S. 128 ff.; *Papier*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung; *Badura*, in: Ben-da/Maihofer/Vogel, Eigentum; dagegen *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, S. 94 ff.; *Abendroth*, Das Grundgesetz, S. 68.

punktuell Eingang in die Steuerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden hat.<sup>162</sup> Angesichts einer für ihn ausufernden Sozialstaatlichkeit argumentierte er für die Begrenzung des Steuerzugriffs durch die Eigentumsfreiheit und – eine Formulierung aus dem *numerus clausus*-Urteil aufgreifend<sup>163</sup> – für einen Vorbehalt des finanziell Möglichen für Leistungs- und Teilhaberechte zur Begrenzung der Staatsverschuldung.<sup>164</sup>

Um einen »finanziell handlungsfähigen Rechtsstaat« zu gewährleisten, biete einerseits das Privateigentum eine Grenze, da diese »eine eigentumsschonende Deckung des staatlichen Finanzbedarfs« erforderlich mache.<sup>165</sup> Die Sozialstaatlichkeit müsse andererseits im Bereich der parlamentarischen Haushaltsplanung und Leistungsverwaltung durch Wirtschaftlichkeitsgebote kontrolliert werden. Dafür schlug er eine »staatsorganisatorische Planbefolgungspflicht« vor, die »den mittelfristigen Finanzplan als Obergrenze für leistungsstaatliches Handeln anerkennt« und in der Konsequenz individuelle Leistungsansprüche oder finanzstaatliche Teilhaberechte unter den Vorbehalt des finanziell Möglichen stellt. Während grundrechtliche Freiheiten durchgehend rechtsstaatlichen Schutz genießen sollen, gelte dies für sozialstaatliche Leistungen nur, wenn diese auf einer eigenen Leistung der Einzelnen beruhe oder der elementaren Existenzsicherung diene. Darüber hinausgehende staatliche Ausgaben könnten nur bei einem leistungsfähigen Finanzstaat gewährt werden.<sup>166</sup> Daher könne ein Vorbehalt des Möglichen bewirken, dass bei »Deckungslücken im Staatshaushalt sämtliche

162 Siehe sein Halbteilungsgrundsatz BVerfGE 93, 121 (138), *Vermögenssteuer* (1995).

163 »Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Dies hat in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung zu beurteilen, der bei seiner Haushaltswirtschaft auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 109 Abs. 2 GG den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen hat.«, BVerfGE 33, 303 (333), *numerus clausus* (1972). Kritisch zum Vorbehalt des Möglichen *Nußberger*, ZSR 2010, 335 (343), es gehe nicht um die Frage des Möglichen oder Unmöglichen, sondern um die Prioritätensetzung.

164 *Kirchhof*, NVwZ 1983, 505 (507, 510); *Kirchhof*, in: von Arnim/Littmann, *Grenzen der Staatsverschuldung in einem demokratischen Rechtsstaat*, S. 273; *VDStRL*, *Der Gleichheitssatz*, S. 201 ff. (Aussprache).

165 *Kirchhof*, in: *VDStRL*, *Besteuerung und Eigentum*, S. 281.

166 *Kirchhof*, NVwZ 1983, 505 (510, 511 Fn. 59); ähnliche auch *Arnim*, in: *VDStRL*, *Besteuerung und Eigentum*, S. 310 ff.; *Mußgnug*, in: *VDStRL*, *Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht*, S. 128 ff.

Staatsleistungen an private Hand in einem bestimmen Rahmen gekürzt werden dürfen.«<sup>167</sup> Einen solchen Vorbehalt wollte Kirchhof im Verhältnismäßigkeitsprinzip verorten.<sup>168</sup> Das Bundesverfassungsgericht nahm solche wissenschaftliche Impulse in seinem Urteil 1989 zum Haushaltsgesetz von 1981 nicht auf und entschied, dass wegen fehlender verfassungsrechtlicher Bestimmungen die Kreditfinanzierung konsumtiver Ausgaben nicht an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden sei.<sup>169</sup>

### 4.3 Freiheitliche Sozialstaatlichkeit

Zusammenfassend zeigt sich sowohl in der Bundesverfassungsrechtssprechung als auch in der wissenschaftlichen Debatte, dass die fehlende Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips der Konstellation der sozialen Marktwirtschaft in der Bonner Republik und dem rechtsstaatlichen Verfassungskonsenses entsprach. Linke oder sozialliberale Positionen, wie sie noch in den Anfangsjahren formuliert wurden, gerieten schon früh in den Hintergrund. So sind etwa Rechtsinterpretationen wie die Wolfgang Abendroths, es handele sich bei dem Sozialstaatsgrundsatz um einen Demokratisierungsauftrag, in der gegenwärtigen Debatte nicht mehr zu finden.

Die in der Verfassungspraxis konstatierte Andersartigkeit und Begrenztheit des sozialen Staatsziels wurde zunächst durch die politökonomische Konstellation des befriedeten Sozialkonflikts in der Nachkriegszeit und anschließend durch die Schwächung sozialer Positionen im Zuge der neoliberalen Sozialstaatskritik gestützt.

## 5. Etatistisch-konservative Sozialstaatlichkeit

Versucht man die Schwäche des Sozialstaatsprinzips – insbesondere im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Adressierbarkeit von Klasse – zu historisieren, dann manifestiert sich darin nicht nur ein freiheitliches Sozialstaatsverständnis, sondern auch die etatistisch-autoritäre Geschichte deutscher Sozialpolitik.<sup>170</sup>

167 *Kirchhof*, in: von Arnim/Littmann, Grenzen der Staatsverschuldung in einem demokratischen Rechtsstaat, S. 281.

168 *Kirchhof*, NVwZ 1983, 505 (505, 515).

169 BVerfGE 79, 311 (341 f.), *Haushaltstrukturgesetz* (1989).

170 Für einen Überblick über die christlichen, kommunalen sowie berufsständischen Wurzeln europäischer Sozialstaatlichkeit *Eichenhofer*, Geschichte des Sozialstaats in Europa, S. 20 ff.; *Ritter*, Der Sozialstaat, Kap. 2.

Im Zuge der Auflösung traditionaler Lebens- und Sicherungsformen im Übergang von einer Agrar- zu einer Industriegesellschaft verarmte die Arbeiter\*innenschaft massiv im 19. Jahrhundert bedingt durch Bevölkerungswachstum, Binnenwanderung und Urbanisierung. Die soziale Frage führte im Vormärz zu ersten Aufständen und Forderungen nach einer sozialen Revolution.<sup>171</sup> In den deutschen Ländern wurden ideengeschichtlich (5.1.) und politisch (5.1.) verstärkt staatliche Lösungen für die sozialen Probleme und die Daseinsvorsorge gefordert. Diese Tradition setzte sich im Ordoliberalismus des 20. Jahrhunderts fort (5.3.) und manifestiert sich in der Gegenwart in einer schwachen verfassungsrechtlichen Bindung der Sozialpolitik (5.4.).

### 5.1 *Materialer Rechtsstaat und soziale Demokratie*

Im Anschluss an die obrigkeitstaatliche gute Policey, die dem Staat die Aufgabe für »Wohlfahrt, Glückseligkeit und Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung« zuschrieb, wurde im 19. Jahrhundert die ideengeschichtliche Weiterentwicklung zu einem sozialen Rechtsstaat versucht.<sup>172</sup> So reagierte Robert von Mohl mit seinem materialen Rechtsstaatsbegriff auf die soziale Frage. Entgegen wirtschaftsliberalen Positionen seiner Zeit sah er den Staat in der Verantwortung für die aktive Gestaltung des Sozialen. Zwar sei die Freiheit der Einzelnen das oberste Prinzip des Rechtsstaats, dennoch solle der Staat die gesellschaftlichen Entwicklungen steuern, Hindernisse für Entfaltungsmöglichkeiten beseitigen und Wohlfahrt für die Allgemeinheit und die Einzelnen befördern. Es sei die Aufgabe des Rechtsstaats »das Zusammenleben des Volkes so zu ordnen, daß jedes Mitglied desselben in der möglichst freie und allseitigen Übung und Benützung seiner sämtlichen Kräfte unterstützt und gefördert werde.«<sup>173</sup>

Konträr zu Robert von Mohl verfolgte Georg Friedrich Hegel eine dialektische Konzeption von Gesellschaft und Staat. Nach dieser gestalte und ordne der Staat nicht einfach das Soziale, sondern transformiere als sittliche Ordnung die Unzulänglichkeiten der egoistisch-bürgerlichen Gesellschaft. Da die bürgerliche Gesellschaft nach Kapitalakkumulation strebe und durch eine ungleiche Verteilung von Eigentum bestimmt sei, seien Armut und die »Abhängigkeit und Not« der lohnabhängigen, besitzlosen Klassen deren Kehrseite. Materielle Unsicherheit begründe daher auch die »Unfähigkeit des Empfindens und des Genusses«

171 *Eichenhofer*, Geschichte des Sozialstaats in Europa, S. 51.

172 *Ritter*, Der Sozialstaat, S. 47, 67 ff.

173 *Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, Bd. I, S. 6 ff., 8.

der bürgerlichen Freiheiten.<sup>174</sup> Hegel zeichnete also kein Bild einer sich selbstregulierenden bürgerlichen Gesellschaft. Vielmehr sei das aus der altruistischen, die Subsistenzsichernden Institution der Familie herausgelöste Individuum in der durch Vereinzelnung, Partikularinteressen und Konkurrenz bestimmten bürgerlichen Gesellschaft einerseits in ein »System allseitiger Abhängigkeit« eingebunden, andererseits davon bedroht, die eigene Existenz alleine nicht mehr sichern zu können. Staatliche Regulierung und Daseinssicherung seien daher notwendig in einer staatlichen Ordnung der Sittlichkeit.<sup>175</sup>

Auf Hegels Verständnis aufbauend begründete Lorenz von Stein die Anfänge des sozialen Staates. Es sei die Aufgabe eines »Königtum(s) der gesellschaftlichen Reform«<sup>176</sup> auf die zeitgenössische Unfreiheit und Abhängigkeit der besitzlosen Lohnarbeiter\*innenschaft zu reagieren und deren materielle Basis als Grundlage für Freiheit zu gewährleisten. So sei es die Aufgabe des Staates das Entstehen von Rechtsklassen »aus jenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Klassenunterschieden« zu verhindern. Der Staat müsse einerseits »die absolute Gleichheit des Rechts gegenüber all jenen Unterschieden für die einzelne selbst bestimmte Persönlichkeit durch seine Gewalt aufrechterhalten, und in diesem Sinne nennen wir ihn *Rechtsstaat*.« Der Staat müsse aber andererseits »mit seiner Macht den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Fortschritt aller seiner Mitglieder fördern, (...) in diesem Sinne sprechen wir von (...) dem sozialen Staate.«<sup>177</sup> Mit Blick auf die französische Februarrevolution 1848 sah er ähnlich wie Karl Marx in der Differenz zwischen einer besitzenden und einer besitzlosen Klasse die wesentliche Konfliktursache in einer industriellen Gesellschaft, die in sozial-revolutionären Bewegungen gipfeln könne. Zur Integration der arbeitenden Klasse, aber auch zur Gewährleistung ihrer Interessen und Freiheiten, forderte von Stein die Entwicklung hin zu einer sozialen Demokratie, die diese Gegensätze in einer Ordnung des gegenseitigen Interesses versöhne (und nicht wie bei Marx überwinde): »Denn wenn die industrielle Reaktion siegt, so wird eine definitive Herrschaft des Kapitals und eine auch rechtliche Unterwerfung der Arbeit daraus hervorgehen; siegt die soziale Demokratie, so beginnt – vielleicht freilich erst nach sehr blutigen Zeiten – die Gesellschaftsordnung des gegenseitigen Interesses.«<sup>178</sup>

174 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 243.

175 Ebenda, §§ 158 ff., Zitat § 183, § 238, §§ 241 ff., § 249.

176 Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, S. 40 f.

177 Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, S. 215 (alle drei Zitate).

178 Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, S. 408.

Auf diese Idee einer sozialen Demokratie, die die gegensätzlichen Interessen des Bürgertums und der Arbeiter\*innenschaft integrieren soll, baute Hermann Heller während der Weimarer Zeit in seiner Schrift »Rechtsstaat oder Diktatur« auf. Vor dem Hintergrund des aufsteigenden Faschismus im Kontext der Weltwirtschaftskrise stellte Heller die Frage nach dem Verhältnis des demokratisch verfassten Staats zur kapitalistischen Marktwirtschaft. Er forderte die Transformation in einen sozialen Rechtsstaat bzw. in eine soziale Demokratie, da ansonsten die Diktatur drohe. Soziale Demokratie hieße dabei nichts anderes als die Ausweitung des materiellen Rechtsstaats auf die Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen. Mit dieser Schrift forderte Heller das Bürgertum auf, anstatt für die eigene Machtsicherung gegenüber der Arbeiter\*innenschaft einer unberechenbaren Diktatur zu folgen, zu erkennen, dass »die rechtsstaatliche Vergesetzlichung der Wirtschaft« die zu greifende Alternative sein müsse.<sup>179</sup>

### 5.2 *Rechtsstaatlich-konservativer Interventionsstaat*

Die Anfänge des sozialen Staates fallen nicht nur wissenschaftlich, sondern auch realgeschichtlich in das 19. Jahrhundert, also in die Zeit des Übergangs zur kapitalistischen Ökonomie, zur arbeitsteiligen Gesellschaft und zum, wie Michael Stolleis ihn nennt, verfassten Interventionsstaat. Diese Zeit des Übergangs war geprägt durch die altständische Ordnung der agrarischen Feudalgesellschaft, die noch überdauerte und erst sukzessive durch die industrielle Ordnung ersetzt wurde. Politisch scheiterte das Bürgertum 1848 mit dem Versuch der politischen Machtübernahme. Im Zuge der Weltwirtschaftsrezession gerieten sowohl das Bürgertum als auch die Lohnarbeitenden in eine ökonomische Krise und forderten staatliche Interventionen. Das Bürgertum setzte erfolgreich die Einführung von staatlichen Schutzzöllen durch. Zur Befriedung und Integration der Arbeitenden in die noch junge Reichsordnung führte Otto von Bismarck die Sozialversicherung ein und verbot zeitgleich die Sozialdemokratie und die Gewerkschaften als politisch unliebsame Kräfte.<sup>180</sup> Die Einführung der Sozialversicherung wird folglich als eine staatsgerichtete Politik der inneren Stabilisierung bzw. als innere Reichsgründung beschrieben.<sup>181</sup>

Weltweit war die Sozialversicherung ein Novum und markierte den Übergang zu einer modernen Sozialstaatlichkeit. Die öffentliche Sozialversicherung wurde durch die Beiträge von Arbeitnehmerschaft und Arbeitgeberschaft sowie durch staatliche Zuschüsse finanziert und griff damit

179 Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, S. 25 f.

180 Stolleis, in: ders., *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, S. 255 f.

181 Eichenhofer, *Geschichte des Sozialstaats in Europa*, S. 54.

auf Konzepte früherer Formen der Daseinsversorgung und Risikoabsicherung, wie etwa die genossenschaftlichen und berufsständischen Kassen, zurück. Das Versicherungsprinzip wurde jedoch, und hierin liegt das moderne Moment, einheitlich auf alle Arbeiter\*innen erstreckt.<sup>182</sup> Damit wird zwar einerseits mit der öffentlich-rechtlich getragenen Sozialversicherung der Übergang zu einer modernen Sozialstaatlichkeit markiert, andererseits setzt sich in der Zwangsversicherung die deutsche Tradition aufgeklärt-absolutistischer Wohlfahrtstaatlichkeit fort.<sup>183</sup> Für das Überdauern der wohlfahrtsstaatlich-paternalistischen Tradition macht Dieter Grimm die ausgebliebene politische Revolution verantwortlich.<sup>184</sup>

Nicht nur die Einführung der Sozialversicherung, sondern die parallele, aber differente Entwicklung von Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit bestimmte für Stolleis die Entwicklung zum Interventionsstaat. Während der Kaiserzeit entstand ein Rechtsstaatsverständnis, das zwar den Einzelnen ausgrenzende Freiheiten garantierte, das aber die austeilende und verteilende Seite des Staates nicht rechtsstaatlich einhegte. Während individuelle Freiheit durch rechtsstaatliche Eingriffsabwehr gewährleistet war und verwaltungsrechtlich der Begriff des Verwaltungsakts (Otto Mayer) Konturen annahm, wurde die leistungsrechtliche Seite des Staates keinen rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen: »Verwaltungshandeln, das sich nicht als ›Eingriff‹ in Freiheit oder Eigentum deuten ließ, zog nur geringes Interesse auf sich. Das bedeutet, daß die im letzten Drittel des Jahrhunderts beginnende staatliche Interventionstätigkeit weitgehend außerhalb des Blickfelds bleiben mußte (...).«<sup>185</sup> Distributives Staatshandeln wurde also in keine legitimationsbedürftige Handlungsform überführt.<sup>186</sup> Diese rechtliche Lücke verlängerte sich zur Diskussion über die rechtsstaatliche Bindung der Leistungsverwaltung, die bis in die Gegenwart reicht.<sup>187</sup>

### 5.3 Ordoliberalismus

Das etatistisch-konservative Sozialstaatsverständnis der Kaiserzeit setzte sich im deutschen Ordoliberalismus fort. Diese spezifisch deutsche Strömung des ökonomischen Liberalismus entstand in den 1920er Jahren

<sup>182</sup> Zu den Kontinuitäten und Neuerungen *Ritter*, *Der Sozialstaat*, S. 63 f.

<sup>183</sup> *Stolleis*, *Geschichte des Sozialrechts*, S. 34 ff.

<sup>184</sup> *Grimm*, in: ders., *Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat*, S. 152.

<sup>185</sup> *Stolleis*, in: ders., *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, S. 274.

<sup>186</sup> *Meinel*, in: ders./Boysen/Kaiser, *Verteilung als Verfassungsfrage*, S. 25.

<sup>187</sup> Einen Überblick zum Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung gibt *Haverkate*, *Verfassungslehre*, S. 287 ff.



als Freiburger Schule und bestimmte die Nachkriegsdiskussion.<sup>188</sup> Zu den prägenden Autoren gehören Walter Eucken, Wilhelm Röpke und Alexander Rüstow. Sie verknüpften liberale Ordnungsideen mit politischem Konservatismus. Während der englische Liberalismus des 19. Jahrhunderts noch von natürlich funktionierenden Märkten, die nicht durch staatliche Interventionen aus dem Gleichgewicht gebracht werden dürfen, ausgegangen war, nahmen die Vertreter der Freiburger Schule an, dass der Staat die Ökonomie ordnen, d. h. die Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Wettbewerb setzen muss. In der wirtschaftlichen Ordnungspolitik wurde daher die zentrale staatliche Aufgabe gesehen, die auch die Sozialpolitik als Ordnungspolitik umfasste. Auf diesen Ideen aufbauend entwickelte Alfred Müller-Armarck den Begriff der sozialen Marktwirtschaft, den Ludwig Erhard schließlich zum Leitbild der westdeutschen Wirtschaftspolitik machte.

Der Ordoliberalismus als Variante des ökonomischen Liberalismus war mit keiner freiheitlichen, sondern einer konservativen Perspektive auf Kultur und Familie sowie einer starken, autoritären Staatskonzeption verbunden. So wurden von Röpke und Rüstow gegen gesellschaftliche »Verfallerscheinungen« kommunitaristisch-konservative Politiken wie etwa eine dezentralisierte Siedlungspolitik und der Erhalt von Familie und Eigenheim empfohlen. In Anlehnung an Carl Schmitts Parlamentarismuskritik wurde ein starker Staat zur Verwirklichung der Ordnungspolitik für erforderlich gehalten, der gesellschaftlichen Sonderinteressen standhalten könne und zu einer eigenen Willensbildung fähig sei. Eine konservative Gesellschaftsordnung sollte als Rahmen für eine wirtschaftliche Entwicklung ohne Klassenkämpfe dienen.

Realpolitisch wurde unter der Adenauer-Regierung eine konservativ-korporatistische Sozialpolitik mit einer öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung, traditionellen Familienbildern und einer starken Sozialpartnerschaft zwischen den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden betrieben. Aufgrund dieses konservativen Kräfteverhältnisses der Nachkriegszeit verwundert es nicht, dass die Sozialisierungsoption in Art. 15 GG nie praktische Umsetzung erfahren hat.<sup>189</sup>

#### 5.4 Schwache verfassungsrechtliche Bindung

Die skizzierte kulturell konservative Ordnung, die sich nach dem Kaiserreich mit dem Ordoliberalismus in der Nachkriegszeit fortsetzen konnte

<sup>188</sup> Biebricher, Neoliberalismus, S. 38 ff.

<sup>189</sup> Zum hessischen Sozialisierungsstreit und Art. 41 HessVerf siehe HessStGH, Urteil v. 20.7.1951, P.St. 76; Schmitt, Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug; Dürig, DÖV 1954, 129.

und die einen weitgehenden staatlichen Handlungsspielraum für die Gestaltung des Sozialen ohne übermäßige rechtliche Bindungen vorsah, spiegelt sich in der Schwäche der gegenwärtigen sozialen Verfassungspraxis wider.

Da die Freiheitsgrundrechte wenig Schutz vor umverteilenden Zugriffen bieten – das Vermögen als solches wurde früh aus dem Schutzbereich des Eigentums exkludiert und damit dem Steuerzugriff relativ frei ausgesetzt,<sup>190</sup> der Naßauskiesungsbeschluss setzte der Theorie des Sonderopers ein Ende –, hat sich der Gleichheitssatz im Sozialrecht, Steuerrecht und Vergaberecht zum wichtigsten Maßstab für Verteilung- und Umverteilungskonflikte entwickelt. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich dabei auf die nachträgliche Überprüfung der Sachgerechtigkeit und Nachvollziehbarkeit von Verteilungsentscheidung.

Florian Meinel interpretiert die schwachen verfassungsrechtlich Bindung der Sozialstaatlichkeit, wie sie sich in der nachvollziehenden Kontrolle der Sachlichkeit, Nachvollziehbarkeit und Willkürfreiheit manifestiert, als einen verfassungsrechtlichen Zwilling des deutschen Sozialstaates: »Gerade auf diesem Wege wurde das Instrumentarium verfassungsgerichtlicher Kontrolle an die Realitäten des sich entwickelnden demokratischen, aber nach wie vor in der autoritär-korporatistischen Tradition stehenden Sozialstaats«<sup>191</sup> und damit, so möchte ich anfügen, der Realität der sozialen Marktwirtschaft des Ordoliberalismus angepasst.

Gegenwärtig wurde im Vertrag von Lissabon die soziale Marktwirtschaft als Leitmotiv aufgegriffen und in Art. 3 Abs. 3 EUV eine im hohen Maße »wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft« zum Ziel der Europäischen Union erklärt. Daher lässt sich fragen, ob die europäischen Grundfreiheiten und das Binnenmarktprojekt über Art. 23 GG eine marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung festschreiben und was dies für die weitere Entwicklung des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips bedeuten wird.<sup>192</sup>

Vor dem Hintergrund des massiven Wohlstandsgefälles innerhalb der Europäischen Union und innerhalb Deutschlands stellt sich auch

190 Als Grenzen gelten ein erdrosselnder Steuerzugriff und das Existenzminimum, BVerfGE 87, 153, *steuerfreies Existenzminimum* (1992).

191 Meinel, in: ders./Boysen/Kaiser, *Verteilung als Verfassungsfrage*, S. 33, 37 f.; Thurn, *Welcher Sozialstaat?*, S. 552.

192 Zur Priorisierung der unternehmerischen Grundfreiheiten gegenüber kollektiven Arbeitnehmer\*innenrechten, EuGH, Urteil v. 11.12.2007, C-438/05, *Viking*; Urteil v. 18.12.2007, C-341/05, *Laval*; Urteil v. 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert*; Urteil v. 19.6.2008, C-319/06, *Luxemburg*; Urteil v. 18.7.2013, C-426/11, *Alemo-Herron*; teilweise relativiert in EuGH, Urteil v. 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*; Urteil v. 18.7.2017, C-566/15, *Erzberger*; eine kritische Besprechung liefern die Beiträge von Schmid (S. 33 ff.),

für das Verfassungsrecht die Frage nach der verfassungsrechtlichen Garantie sozialstaatlicher Umverteilung und Existenzsicherung jenseits eines Existenzminimums.<sup>193</sup> Derzeit scheint das Sozialstaatsprinzip dogmatisch dafür keinen Beitrag zu leisten. Vielmehr stellen gegenwärtig – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – materialisierte Grundrechtegehalte (III.) und das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit (IV.) die relevanten verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkte dar.

*Kocher* (S. 161 ff.) und *Buckel/Oberndorfer* (S. 272 ff.) in Fischer-Lescano u. a., Europäische Gesellschaftsverfassung.

- 193 Zum Anwachsen sozialer Ungleichheiten siehe die aktuellen Daten *OECD, Society at a Glance 2014: OECD Social Indicators*; *OECD, Crisis Squeezes Income and Puts Pressure on Inequality and Poverty*; *OECD, Divided We Stand*; zu Deutschland *Grabka/Westermeier*, DIW Wochenbericht Nr. 9, 2014, 151; zu Kapitalismus und Ungleichheit *Piketty*, *Das Kapital im 21. Jahrhundert*.

### III. Materielle Grundrechtsgehalte

Der Grundrechtekatalog im Grundgesetz beschränkt sich auf klassisch liberale Grundrechte. Trotz dieser Beschränkung lässt sich seit der Nachkriegszeit die Entwicklung verschiedener Grundrechtfunktionen beobachten, die über ein rein formales Grundrechteverständnis hinausgehen und sich mit dem Begriff der Materialisierung fassen lassen.<sup>194</sup> Diese Entwicklung reagiert auch auf die Kritik an einer liberalen Freiheitsordnung und deren relativer Blindheit für die materiellen Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit und Gleichheit. In der liberalen Freiheitskonzeption drohe Ungleichheit, so die Kritik, in Unfreiheit umzuschlagen, weshalb die materialen Voraussetzungen als Teil grundrechtlicher Freiheit selbst gedacht werden müssten.<sup>195</sup> E.W. Böckenförde sieht in der Idee sozialer Grundrechte daher eine sachlogische Konsequenz veränderter gesellschaftlicher Bedingungen: »Sie ist Ausdruck dafür, daß die Freiheit nicht mehr vor sozialen Einbindungen und Rechtsbeziehungen, als Bereich von Autarkie, sondern in solchen Einbindungen und Rechtsbeziehungen ihre Wirklichkeit hat und erhält.«<sup>196</sup>

Als Teil eines grundrechtlichen Materialisierungsprozesses sollen im Folgenden Ansätze sozialer Grundrechte im Hinblick auf die Adressierbarkeit von Klasse rekonstruiert werden. Dafür sind drei Entwicklungen in der Grundrechtsdogmatik maßgeblich: die Materialisierung des Eigentums und die Einbeziehung von Sozialversicherungsansprüchen in den Schutzbereich von Art. 14 GG, die Egalisierung des Rechtsschutzes über Art. 3 Abs. 1 GG sowie das aus der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum.

Das Thema der sozialen Gleichheit anhand sozialer Grundrechte hat Ulrike Davy ausführlich in ihrem Referat für die Staatsrechtslehrertagung im Jahr 2008 diskutiert. Sie hat dafür die bundessozialrechtliche und verfassungsrechtliche Rechtsprechung, die auf die Gesetzgebungsprogramme der rot-grünen Agenda 2010 folgten, in den Bereichen der Altersvorsorge, der gesetzlichen Krankenversicherung und der Grundsicherung untersucht und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass es dem deutschen Verfassungsrecht an einem Sensorium für soziale Ungleichheit fehlt. Sie geht außerdem davon aus, dass der »verfassungsrechtliche Standard« sich gegenwärtig

194 Dazu umfassend *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, insbes. Teil D.

195 Ebenda; *Häberle*, in: VStRL, Grundrechte im Leistungsstaat; *Grimm*, in: Hassemer, Grundrechte und soziale Wirklichkeit; *Grimm*, in: ders., Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?

196 *Böckenförde*, in: ders./Jekewitz/Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S. 9.

unterhalb des ehemaligen Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) befindet.<sup>197</sup> Leistungskürzungen oder Leistungsausschlüsse können verfassungsrechtlich kaum Grenzen gesetzt werden, so Davy, da Finanzierungsargumente regelmäßig die grundrechtliche Position überbieten. Auf Schutzbereichsebene seien existenzsichernde Rechte zum Teil zwar anerkannt, sie könnten sich jedoch nicht auf der Rechtfertigungsebene durchsetzen.

Im Folgenden wird zunächst die Entwicklung von einem abwehrrechtlichen zu einem materialen Grundrechteverständnis nachgezeichnet (1.), um anschließend der Thesen Davys anhand drei grundrechtlicher Dimensionen – Abwehr (2.), Gleichheit (3.), Leistung (4.) – näher nachzugehen.

## 1. Genese materialer Grundrechtsgehalte

### 1.1 Kritik des liberalen Grundrechteverständnisses

In der Wissenschaft haben die staatsbegrenzende Funktion der liberalen Grundrechte und die damit verbundene bürgerliche Freiheitsordnung immer wieder zu Diskussionen über »das richtige« Grundrechtsverständnis geführt.<sup>198</sup>

Als Ausdruck eines liberalen Freiheitsverständnisses stellte Carl Schmitt in seiner Verfassungslehre ein Verteilungsprinzip auf, nach dem die Freiheit der einzelnen Individuen grundsätzlich unbeschränkt bestehe, staatliche Akteure demgegenüber prinzipiell beschränkt seien.<sup>199</sup> Dieses individualisierende Freiheitsverständnis als ein abstrakt-negatives ist zunehmend in die Kritik geraten.<sup>200</sup> Im Kern lautet der Vorwurf, dass, wie eingangs in Marx Auseinandersetzung mit den Menschenrechtserklärungen der Französischen Revolution beschrieben, eine liberale Grundrechtskonzeption die ungleiche Verteilung ökonomischer Macht nicht problematisiere, oder – etwas weniger scharf formuliert – blind gegenüber den materialen Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit sei.

197 Davy, in: VDStRL, Soziale Gleichheit, S. 175 f.; aktualisierte und gekürzte Neuveröffentlichung Davy, ZSR 2010, 295.

198 Hoffmann-Riem, in: Bäuerle u.a., Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?; Dreier, Dimensionen der Grundrechte, S. 41 ff.

199 Schmitt, Verfassungslehre, S. 126, 159.

200 Mit verschiedenen Akzenten: mit Fokus auf der Freiheitsermöglichung Dreier, Dimensionen der Grundrechte; sozialstaatlich Grimm, in: ders., Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?; zu Schutzpflichten und Dreieckskonstellationen Wahl/Masing, JZ 1990, 553; prozedural Vesting, in: Grabenwarter u.a., Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus.

Vertragsfreiheit, Eigentum und formale Rechtsgleichheit sichern eine Wirtschafts- und Sozialordnung, in der die Freiheit der ökonomisch Starke gewährleistet sei und über das Erbrecht familiär weitergegeben werde, Besitzlose aber auf die Schaffung von staatlichen Institutionen zur Freiheitsrealisierung angewiesen seien. Daher erlaube das liberale System infolge der Privatautonomie, so Dieter Grimm, die Akkumulation gesellschaftlicher Macht und produziere kontinuierliche Freiheitsgefahren. In diesem Sinne sei es freiheitlich prekär bzw. grundrechtliche Freiheit drohe leer zu laufen.<sup>201</sup>

Die Kritik am liberalen Grundrechteverständnis hat Peter Häberle auf den polemischen Begriff des Eingriffs- und Schrankendenkens gebracht.<sup>202</sup> Bernhard Schlink greift diesen Begriff wieder auf und argumentiert für die Rehabilitierung dieses Modells. Dennoch sieht er durchaus, dass abwehrrechtlich konzipierte Grundrechte zu einer Reihe von Fallstricken und politischen Instrumentalisierungen, wie etwa die Naturalisierung rechtlich vermittelter Institutionen (Markt, Geld, Eigentum), sowie zu einer Invisibilisierung gesellschaftlich vermittelter Machtpositionen führen können. Daher bestehe die Gefahr, dass ein klassisches Grundrechtsverständnis und die damit verbundene Idee einer naturwüchsigen, vorstaatlichen Freiheit zur Sicherung gesellschaftlicher Besitzstände und Machtansprüche beitrage und dass nicht der gesellschaftliche Status quo, sondern dessen Transformation unter grundrechtlichen Rechtfertigungsdruck gerate. Er argumentiert dennoch für dieses Modell, gerade in Abgrenzung zu einer wertbasierten Grundgesetzinterpretation der 1950er Jahre, da zwar die Transformation des Status quo rechtfertigungsbedürftig, jedoch nicht unrechtfertigbar sei. Als Lösung schlägt Schlink die Integration der neuen Grundrechtsfunktionen in das abwehrrechtliche Verständnis vor.<sup>203</sup>

Hinter der Diskussion um ein erweitertes Grundrechteverständnis stehen zwei verschiedene Verständnisse von Verfassung, die sich um die Frage drehen, ob es sich bei einer Verfassung um eine rechtsstaatliche

201 *Grimm*, in: ders., Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, S. 229.

Mit der Forderung nach einer sozialwissenschaftlich informierten Grundrechtstheorie *Grimm*, in: Hassemer, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, S. 53 ff.; mit einer institutionell-sozialstaatlichen Deutung der Grundrechte *Häberle*, in: VDStRL, Grundrechte im Leistungsstaat.

202 *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 3, 163 ff.

203 *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (463 ff.). Für einen engen nicht-traditionellen Eingriffsbegriff *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 72 ff., 150 ff., 205 ff.; für ein reflexives Abwehrrechtsverständnis in mehrpoligen Grundretekonstellationen *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 315 ff.; Callies entwickelt einen Vorschlag für die Prüfung von Schutzpflichten *Callies*, in: Merten/Papier, § 44 Schutzpflichten, S. 974 ff., 979 ff.

Rahmenordnung oder eine materiale Grundordnung handelt.<sup>204</sup> Als formale Rahmenordnung beschränkt sich die Verfassung auf die Begründung und Ausgestaltung der staatlichen Institutionen und den schrankenziehenden Grundrechten. Auf diese Weise soll die Verfassung eine Garantiefunktion für individuelle Freiheit und gesellschaftliche Autonomie übernehmen und auf die rechtliche Ausgestaltung der Beziehungen der als Marktteilnehmer\*innen konzipierten Bürger\*innen durch programmatische Direktiven verzichten. Gesellschaftliche Autonomie wird hier allein über ein negativ konzipiertes Freiheitsverständnis und diese respektierende Institutionen gesichert.

Als materiale Grundordnung verstanden geht eine Verfassung über die technische Seite der Staatsorganisation und des Grundrechtesschutzes hinaus und formuliert Richtlinien für alle Lebens- und Rechtsbereiche. In dieser Konzeption wird dem Staat die zentrale Garantenrolle für die aktive Gestaltung und Verwirklichung der Freiheits- und Gleichheitsvoraussetzungen entsprechend eines positiven Freiheitsverständnisses zugeschrieben. Ein solches Verfassungsverständnis zielt folglich auf eine umfassende Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, also auf die Ausrichtung der gesamten Rechtsordnung auf die Verfassung. Im Gegensatz zum ersten Verständnis kommt der Verfassungsgerichtsbarkeit in diesem Modell eine stärkere Position zu, da sie über die Konkretisierung der materiellen Verfassungsvorgaben im Einzelfall wachen kann; insbesondere kann sie über die Kontrolle der Fachgerichte ihren Zugriff auf das einfache Recht ausweiten und den Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung einschränken.<sup>205</sup>

## 1.2 Böckenfördes Kritik

In der Wissenschaft wurde die Herausbildung von materialen Grundrechtsgehalten insbesondere von E. W. Böckenförde nachverfolgt und kritisch kommentiert. In seiner Kritik der sozialstaatlich-institutionellen Grundrechtsinterpretation von Peter Häberle zeigt sich dies exemplarisch.<sup>206</sup> Um reale Freiheit zu gewährleisten, stellen Grundrechte für Häberle auch verfahrensrechtlich-orientierte Teilhabe- und Leistungsrechte

204 Für eine formale Position *Böckenförde*, in: ders., Grundrechte als Grundsatznormen, S. 193 ff., 198; für eine materiale Position *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, S. 53 ff.; *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit.

205 *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, S. 25 f., 33 f.

206 *Böckenförde*, in: ders., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, S. 136 ff.; *Böckenförde*, in: ders./Jekewitz/Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S. 12 f.; *Böckenförde*, in: ders., Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht.

dar. Damit geht es Häberle nicht primär darum, originäre Leistungsrechte zu vermitteln, sondern darum, die staatliche Verpflichtung zu begründen, Verfahren für die Entstehung von Ansprüchen gesetzlich zu regeln und damit Grundrechtsträger\*innen prozessorientiert einzubinden. Grundrechte als Leistungsrechte sind für ihn daher objektive Verfassungsaufträge oder Maßgabengrundrechte, die nur im Ausnahmefall in echte Leistungsrechte umschlagen.<sup>207</sup>

Auch wenn Böckenförde die Kritik an einem liberalen Grundrechtsverständnis nachvollziehen kann, sieht er in einer objektiv-rechtlichen Grundrechtsinterpretation, wie sie Häberle vorschlägt, die Gefahr einer generellen Abwertung der Grundrechte zu bloßen Verfassungsaufträgen. Es drohe ein Verlust an Normativität sowie die Juridifizierung politischer Auseinandersetzungen. In Anschluss an seinen Lehrer Carl Schmitt verwendet Böckenförde den Begriff des Jurisdiktionsstaats, in welchem Verteilungsfragen dem demokratischen Prozess entzogen und durch eine übermächtige Verfassungsgerichtsbarkeit beantwortet werden. Politik sei dann nur noch Verfassungsvollzug.<sup>208</sup>

Böckenförde selbst sieht die liberale Grundrechtstheorie durch das Sozialstaatsprinzip als ausreichend modifiziert an. Die Blindheit dieser sei daher relativiert: »Der Staat ist zur Intervention in die ‚freien‘ gesellschaftlichen Abläufe gehalten, zur fortdauernden Relativierung der in der Gesellschaft immer neu entstehenden sozialen Ungleichheit, darüber hinaus auch zur (globalen) Steuerung der gesellschaftlichen Entwicklung und des gesellschaftlichen Wohlstands als der (sozialen) Freiheitsbasis für alle.«<sup>209</sup> Dem Staat komme aufgrund des Sozialstaatsprinzips daher die Aufgaben zu, Freiheit sozial zu unterfangen und zu kompatibilisieren. Da der demokratischen Gesetzgebung Regelungs- und Eingriffsbefugnisse zugewachsen sind, reiche die demokratische Politik aus, um den Gefahren einer grundrechtlichen Freiheits- und Machtausdehnung zu begegnen. Eine Umdeutung der liberalen Grundrechte in objektive Grundrechtsgehalte oder gar soziale Rechte lehnt Böckenförde aufgrund der von ihm konstatierten Gefahren ab.<sup>210</sup>

Böckenförde hält jedoch die Aufnahme von sozialen Verfassungsaufträgen für eine mögliche Alternative. Als sachliche Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips könnten diese ebenso verbindliche Ziele für den politischen Prozess festlegen, evidente Vernachlässigungen oder ersatzlose Aufhebungen problematisierbar machen und im Ausnahmefall

207 Häberle, in: VDStRL, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 108 ff., 112 ff.

208 Böckenförde, in: ders., Grundrechte als Grundsatznormen, S. 190, 194; Schmitt, Legalität und Legitimität, S. 8 f.; auch Böckenförde, in: ders./Jekewitz/Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S. 13 f.

209 Böckenförde, in: ders., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, S. 144.

210 Ebenda, S. 143 ff.



in subjektive Abwehrrechte umschlagen. Der Kampf um soziale Rechte müsse jedoch weiterhin in der Arena der Politik unter Beteiligung der Öffentlichkeit geführt werden.<sup>211</sup>

Böckenförde verteidigt daher eine rein abwehrrechtliche Grundrechtskonzeption gegen den Versuch, Grundrechte als Wertentscheidungen, objektive Direktiven oder Grundsatznormen für die einfache Rechtsordnung zu deuten. Für ihn ist die Verfassung eine formale, rechtsstaatliche Rahmenordnung und keine materiale Grundordnung. Ansonsten würden die Juridifizierung des Politischen und die verfassungsrechtliche Einschränkung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit drohen.<sup>212</sup>

### 1.3 Von der objektiven Wertordnung zu materialen Grundrechtsfunktionen

In der Verfassungspraxis beginnt der Materialisierungsprozess mit dem Lüth-Urteil. Das Bundesverfassungsgericht begründete mit diesem eine für die weitere Grundrechtsentwicklung prägende Rechtsprechungslinie, da es zum ersten Mal feststellte, dass Grundrechte zwar in erster Linie subjektive Abwehrrechte seien, dass ihnen aber darüber hinaus ein objektiver Gehalt zukomme, der für die gesamte Rechtsordnung maßgeblich sei. In Verbindung mit der Menschenwürde manifestieren sich in den Grundrechten, so das Bundesverfassungsgericht, verfassungsrechtliche Wertentscheidungen, eine objektive Wertordnung, die in das einfache Recht ausstrahle.<sup>213</sup> Dabei seien alle staatlichen Akteure auf die Grundrechte verpflichtet und erhielten von ihnen Richtlinien und Impulse für die Rechtsanwendung. Auch jede bürgerliche Norm sei im Lichte dieser auszulegen und anzuwenden.<sup>214</sup>

211 Böckenförde, in: ders./Jekewitz/Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S. 14; Böckenförde, in: ders., Grundrechte als Grundsatznormen, S. 194.

212 Demokratietheoretisch mag diese Position prima facie einleuchten. Auf den zweiten Blick wird jedoch erkennbar, dass die wirtschaftlichen Grundrechte als negative Rechte, wie die wissenschaftlichen Debatten um die Begrenzung sozialstaatlicher Gesetzgebung und Maßnahmen in den 1970er/1980er Jahren zeigen, gerade im sozialen Bereich zur Abwehr sozialstaatlicher Projekte der Gesetzgebung herangezogen wurden. Das Urteil zur Vermögensteuer ist ein eingängiges Beispiel dafür. Ausführlich zu Böckenfördes Vorbehalten *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 297 ff., zur Gefahr einer Ubiquität des Grundrechtsschutzes, S. 312 ff.

213 Kritisch zu dieser umstrittene Werte-Judikatur Böckenförde, in: ders., Grundrechte als Grundsatznormen.

214 BVerfGE 7, 198 (205 f.), Lüth (1958).

Mit dieser Ausstrahlungswirkung begründete das Gericht einerseits den verfassungsrechtlichen Zugriff auf die Privatrechtsordnung und damit die mittelbare Bindung Privater an die Verfassung. Andererseits transformierte das Gericht das Grundgesetz zu einer auch die gesellschaftlichen Beziehungen bestimmenden Grundordnung und reagierte damit auf den Umstand, dass Freiheitsbeschränkung auch durch private Macht drohen kann. Das Bundesverfassungsgericht stellte mit dieser Entscheidung also schon früh die Weichen für eine Konstitutionalisierung der Rechtsordnung und die Entwicklung materialer Grundrechtsgehalte.

Seitdem haben sich über die Figur der objektiven Wertordnung verschiedene objektive Grundrechtsdimensionen bzw. -funktionen entwickelt.<sup>215</sup> Auf die Funktionen der Schutzpflicht und Gewährleistungsfunktion (I.3.1.) und der Teilhabe- und Leistungsrechte (I.3.2.) soll nun im Hinblick auf soziale Grundrechte näher eingegangen werden.

### I.3.1 Schutzpflichten und Gewährleistungsfunktion

#### Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit

In der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch leitete das Bundesverfassungsgericht aus dem objektiven Gehalt des Art. 2 Abs. 2 GG eine umfassende staatliche Schutzpflicht für das Leben ab.<sup>216</sup> In dem Fall ging es um die gesetzlich angestrebte Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten zwölf Wochen einer Schwangerschaft. Das Gericht argumentierte, dass der Höchstwert des Lebens dem Staat gebiete, sich schützend vor das Leben zu stellen und rechtswidrige Angriffe von privater Seite zu verhindern. Da ein Schwangerschaftsabbruch die Vernichtung des werdenden Lebens bedeute, komme eine Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau nicht in Betracht, vielmehr müsse die strafrechtliche Sanktionierung zum Schutz des Embryos bestehen bleiben. An dieses Urteil anschließend nahm das Gericht die Figur der staatlichen Schutzpflicht immer wieder für Fälle auf, in denen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit

<sup>215</sup> Dreier, Dimensionen der Grundrechte, S. 27 ff.; Jarass, in: Merten/Papier, § 38 Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, S. 626; institutionelle Garantien für die Presse und den Rundfunk, BVerfGE 20, 162 (175 f.), *Spiegel* (1966); 74, 297 (350 f.), *Rundfunk V* (1987); Schutz durch Verfahren und Organisation, BVerfGE 35, 79 (113 f.), *Hochschulstreit* (1973); 53, 30 (57), *Mühlheim-Kärlich* (1979).

<sup>216</sup> BVerfGE 39, 1 (36 ff., 41 f.), *Schwangerschaftsabbruch I* (1975), kritisch Rupp-von Brünneck und Simon in ihrem Sondervotum, S. 68 ff.; 88, 203, *Schwangerschaftsabbruch II* (1993).

von privater Seite bedroht wurden<sup>217</sup>, weitete die staatliche Schutzpflicht dann auf andere Lebensbereiche aus, wie etwa Machtasymmetrien im Privatrecht und geschlechtliche Diskriminierung im Arbeitsleben, und verallgemeinerte die Schutzpflicht schließlich zu einer, inzwischen anerkannten, Grundrechtsfunktion.<sup>218</sup>

An der Schutzpflichtenkonstruktion wird exemplarisch deutlich, dass die Verletzung des objektiven Grundrechtegehalts in eine vor dem Bundesverfassungsgericht rügbare subjektive Grundrechtsverletzung umschlagen kann. Dies kann zur Verfassungswidrigkeit einer gerichtlichen Entscheidung, einer staatlichen Maßnahme oder zu einer Nachbesserungspflicht der Legislative führen. Gertrude Lübbe-Wolff argumentiert daher, dass Schutzpflichten der Sache nach soziale Grundrechte sind. Denn die produktive Funktion dieser sei es, erstens im Sinne von Gestaltungsaufträgen als Auslegungshilfen zu dienen, zweitens Bestandsschutz vor Verschlechterungen zu bieten, und drittens Grundrechtseingriffen zum Schutz Dritter zu rechtfertigen.<sup>219</sup>

### Regulierung des Privaten: Privatautonomie

Seit den 1990er Jahren wurde die Schutzpflichtenkonstruktion zunehmend im Privatrecht und damit auch für die Ungleichheitsachse Klasse relevant. Im Privatrecht gerät die Fiktion freier und gleicher Marktsubjekte, die über das Zivilrecht ihre Angelegenheiten regeln, aufgrund der gesellschaftlich bestehenden, strukturellen Ungleichheitsverhältnisse – insbesondere im Arbeitsrecht und Familienrecht – an ihre Grenzen. Das Spannungsverhältnis zwischen formaler und materialer Freiheit, wie es in den Debatten um das Sozialstaatsprinzip diskutiert wurde, taucht in der Diskussion um die Reichweite und Grenzen der Privatautonomie daher erneut auf.<sup>220</sup>

217 BVerfGE 46, 160 (164), *Schleyer* (1977); 49, 89 (142), *Kalkar I* (1978); 53, 30 (57), *Mühlheim-Kärlich* (1979); *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit; *Calliess*, in: Merten/Papier, § 44 Schutzpflichten.

218 BVerfGE 97, 125 (146), *Caroline von Monaco I* (1998).

219 *Lübbe-Wolff*, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge 2005, 1 (3, 10 ff.).

220 Daher sei »eine Auswirkung der Grundrechte auf den Privatverkehrsverkehr unverzichtbar«, *Papier*, in: ders./Merten, § 55 Drittwirkung der Grundrechte, Rn. 22; »Der moderne Verfassungsstaat schätzt zwar den Wert privatrechtlicher Institute und weiß, dass sie selbst eine unentbehrliche Voraussetzung der Freiheit darstellen, aber weder die Idylle der bürgerlichen Gesellschaft noch die wichtige geistige Konstruktion einer Tauschgesellschaft der Freien und Gleichen dürfen die materiale Entscheidung der Verfassung für den Sozialstaat in die praktische Unwirksamkeit drängen.«,

Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung hat für eine sozialstaatliche Deutung der Privatautonomie das Konzept der gestörten Vertragsparität entwickelt. Zwar diene die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG einer selbstbestimmten, freiheitlichen Lebensweise des Einzelnen, jedoch müsse sichergestellt sein, dass bei einem fehlenden Kräftegleichgewicht nicht das Recht des Stärkeren gelte und Selbstbestimmung in die Fremdbestimmung der schwächeren Vertragspartei umschlage. In der Handelsvertreter-Entscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht daher fest, dass das arbeitsvertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot gegen die Berufsfreiheit des Handelsvertreters verstoße, weil es bei Verträgen mit Handelsvertreter\*innen typischerweise an einem annähernden Kräftegleichgewicht mit der Arbeitgeberseite fehle.<sup>221</sup>

Bei typisierbaren Machtasymmetrien und einseitig belastenden Verträgen geht das Bundesverfassungsgericht also von einer sozialstaatlichen Gewährleistungspflicht aus, die auf die gesellschaftliche Realität ökonomisch unterschiedlich mächtiger Subjekte reagiert. Die Fachgerichte dürfen sich dieser Rechtsprechung zufolge nicht mit dem Vertragsschluss begnügen, sondern müssen in der Tradition von Lüth die Grundrechte in der Privatrechtsordnung zur Geltung bringen und die Privatautonomie strukturell unterlegener Subjekte gewährleisten.<sup>222</sup>

Privatautonomie wird in dieser Interpretation relational konzipiert: Die unterschiedliche Verteilung von Marktmacht wird verfassungsrechtlich als Problem schwächer positionierter Subjekte und die Vertragsfreiheit für Ausnahmefälle als institutionelles Arrangement ökonomischer Subordination gedacht. Der verfassungsrechtliche Korrekturanpruch soll asymmetrische Relationen im Ausnahmefall korrigieren und diese in symmetrische Rechtsbeziehungen transformieren. Um den paternalistischen Zug dieser Argumentation zu umschiffen und ökonomisch Schwächeren nicht per se vertragliche Selbstbestimmungsfähigkeit abzusprechen, entsteht ein grundrechtlicher Korrekturanpruch nur in Ausnahmefällen. Methodisch, dies zeigen die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, gelingt dies maßgeblich durch die Verfolgung einer

*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 39, Juli 2001, Rn. 115.

221 BVerfGE 81, 242 (254 f.), *Handelsvertreter* (1990). »§ 32 UrhG soll insbesondere Urhebern mit schwacher Verhandlungsposition und niedrigem Einkommen helfen, ihr Urheberrecht auch wirtschaftlich zu realisieren. Die Gesetzesnovelle kann damit den Schutzzweck des Art. 14 Abs. 1 GG und des Sozialstaatsprinzips für sich in Anspruch nehmen (...).«, BVerfGE 134, 204 (255), § 32 *UrhG* (2013).

222 BVerfGE 89, 214 (234), *Familienbürgschaften* (1993); 103, 89 (101), *Inhaltskontrolle Eheverträge* (2001); kritisch dazu *Zöllner*, AcP 1996, 1; *Adomeit*, NJW 1994, 2467; mit Darstellung der Literatur *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295.

Betroffenenperspektive, die die nachteiligen Effekte einer abstrakten Privatautonomie thematisiert und als verfassungsrechtlich problematisch qualifiziert.

### Familiäre Nahbeziehungen: Bürgschaften und Eheverträge

An die Handelsvertreter-Entscheidung anschließend hat das Bundesverfassungsgericht in zwei weiteren Fallkonstellationen die Privatautonomie sozialstaatlich ausgelegt, um vor dem Hintergrund familiärere Abhängigkeitsbeziehungen Bürgschaften und Eheverträge einer verfassungsrechtlichen Kontrolle zu unterziehen.

Der Bürgschafts-Entscheidung lagen Kreditverträge mit Banken zugrunde, für die sich eine Tochter und eine Ehefrau, beide vermögenslos und einkommensschwach, verbürgt hatten. Diese gängigen Familienbürgschaften dienten nicht zur Vergrößerung des Haftungsvermögens, sondern sollten allein die Verschiebung von Vermögen innerhalb der Familie zuungunsten der Bankinstitute verhindern. Die Tochter und die Ehefrau wurden aufgrund der Bürgschaften zivilgerichtlich zur Zahlung der Kreditschulden verurteilt. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass die Zivilgerichte aufgrund von § 138 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG hätten prüfen müssen, ob eine gestörte Vertragsparität vorliegt. Denn es bestehe Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur bei einem ausgeglichenen Kräfteverhältnis tauglich und es zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts gehöre, eine gestörte Vertragsparität auszugleichen. In Fallkonstellationen, in denen eine typisierbare strukturelle Unterlegenheit der einen Vertragsseite zu erkennen sei und der Vertrag zu einer ungewöhnlich hohen Belastung führe, könne aufgrund einer sozialstaatlich ausgedeuteten Privatautonomie ein verfassungsrechtlicher Vertragskorrekturananspruch bestehen.<sup>223</sup> Daher haben die Fachgerichte die Pflicht, dies bei der Anwendung von zivilrechtlichen Generalklauseln zu prüfen.

Im Fall der bürgenden Tochter kritisierte das Bundesverfassungsgericht den Bundesgerichtshof dafür, dass dieser den Vertragsschluss nicht hinterfragt und allein auf die Eigenverantwortung der volljährigen Tochter abgestellt hatte. Schon bei Vertragsschluss sei ersichtlich gewesen, dass die Tochter, obwohl sie über kein eigenes wirtschaftliches Interesse am Kredit verfüge, ein sehr hohes Haftungsrisiko eingegangen sei und sie im Haftungsfall die Schuldenlast bis zu ihrem Lebensende nicht werde tilgen können. Das Risiko sei seitens der Bank jedoch als harmlose Formalie dargestellt und heruntergespielt worden. Daher habe die Bank die schwache Situation der Tochter ausgenutzt und den Vertragsinhalt

<sup>223</sup> BVerfGE 89, 214 (233 f.), *Familienbürgschaften* (1993).

einseitig bestimmt. Aus diesen Gründen sah das Gericht einen verfassungsrechtlichen Korrekturanpruch für gegeben an.

Demgegenüber beanstandete das Bundesverfassungsgericht die Bürgschaft im zweiten Fall nicht. Es handele sich um einen vergleichsweise geringen Konsumkredit, an dem die Ehefrau ein eigenes wirtschaftliches Interesse habe; für ein Beratungsver schulden seitens der Bank bestünden keine Anhaltspunkte und auch die Fachgerichte hätten sich mit der Bedeutung der zivilrechtlichen Generalklauseln eingehend befasst.<sup>224</sup>

Sieben Jahre später griff das Bundesverfassungsgericht die Argumentationslinie der gestörten Vertragsparität bei Eheverträgen wieder auf und argumentierte für eine, diesmal gleichstellungsorientierte, Inhaltskontrolle. In dem Fall ging es um eine Frau, die aufgrund ihrer Schwangerschaft einen Ehevertrag unterschrieben hatte, der ihren Ehemann im Fall der Scheidung stark bevorteilte. Der Vertrag sah vor, dass sie nach einer Scheidung keinen Unterhalt bekommen würde und der Unterhalt für das gemeinsame Kind nicht mehr als 150 DM betragend dürfe. Das Bundesverfassungsgericht sah auch hier ein typisierbares Machtungleichgewicht und ein einseitiges Aufbürden von vertraglichen Lasten.

Zwar hätten die Ehegatten das Recht, ihr Eheleben und familiäre Verantwortlichkeiten frei zu gestalten, es sei aber das Gleichstellungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG zu beachten: »Dabei ist zu berücksichtigen, dass die eheliche und familiäre Freiheitssphäre ihre verfassungsrechtliche Prägung auch durch Art. 3 Abs. 2 GG erfährt. Verfassungsrechtlich geschützt ist deshalb eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen (...).« Der Staat habe daher von Verfassungen wegen dort Grenzen zu setzen, »wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt.«<sup>225</sup> Darüber hinaus begründete das Gericht die Inhaltskontrolle von Eheverträgen mit dem einzigen im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehenen sozialen Grundrecht, dem staatlichen Schutz von Müttern gemäß Art. 6 Abs. 4 GG.

In der Schwangerschaft sieht das Gericht ein Indiz für ungleiche Verhandlungsmacht, wenn sich schwangere Frauen vor die Wahl gestellt sehen, entweder einen für sie stark nachteiligen Ehevertrag zu akzeptieren oder zukünftig alleine für das Kind sorgen zu müssen. Dabei weist das Gericht auf die ökonomisch oftmals abhängige und prekäre Position von Schwangeren hin: »Eine nicht verheiratete Mutter sieht sich insofern schon im frühen Alter des Kindes generell vor das Problem gestellt, Kinderbetreuung und eigene Existenzsicherung gleichermaßen sicherzustellen. Besonders gravierend ist in der Regel die ökonomische

224 Ebenda, S. 235 f.

225 BVerfGE 103, 89 (101), *Inhaltskontrolle Eheverträge* (2001).

Perspektive für Mütter nichtehelicher Kinder. Nach der Geburt des Kindes sinkt ihr Einkommen wegen der alleinigen Verantwortung für das Kind meist auf weniger als die Hälfte ihres vorherigen Einkommens. Dies führt dazu, dass etwa ein Drittel von ihnen für sich und ihre Kinder nur eine finanzielle Absicherung hat, die unter oder auf Sozialhilfeniveau liegt, während lediglich 15 Prozent der ehelichen Kinder in ebenso beengten Verhältnissen leben (...).<sup>226</sup> Aus diesen Gründen wertet das Bundesverfassungsgericht eine Schwangerschaft jedenfalls als Indiz für eine gestörte Vertragsparität und erkennt daher in der Ehe und in Eheverträgen ein institutionelles Arrangement, in dem sich ökonomische und geschlechtliche Ungleichheit überkreuzen. Methodisch wird dies durch eine Betroffenenperspektive sowie der detaillierten kontextuellen Erörterung der ökonomischen Situation von schwangeren Frauen, u. a. durch die Einbeziehung von Sozialdaten, erreicht.

Es ist es nicht zufällig, dass das Bundesverfassungsgericht die Privatautonomie von strukturell schwächer positionierten Subjekten gerade im Kontext von familiären Nahbeziehungen weiterentwickelt hat. Familien und Ehen sind aufgrund emotionaler Nähe und dem weiterhin gängigen Alleinernter- oder Zuverdienerinnenmodell Institutionen, die Beziehungen ökonomisch-geschlechtlich asymmetrisch zuungunsten weiblicher Subjekte strukturieren. Der objektive Gehalt der Grundrechte bzw. deren Gewährleistungsfunktion sind daher Argumentationsstrategien, die, sofern sie nicht in staatlichen Paternalismus umschlagen, ökonomisch asymmetrische Beziehungen im Kontext geschlechtlicher Arbeitsteilung als Machtungleichheit adressieren können.

### 1.3.2 Teilhabe- und Leistungsrechte

Grundrechte als Teilhabe- und Leistungsrechte wurden in der Rechtsprechung bisher für die Bereiche Bildung, Gesundheit und Existenzsicherung erörtert und erneut aus dem objektiven Grundrechtegehalt, insbesondere der staatlichen Gewährleistungs- und Schutzpflicht, hergeleitet.<sup>227</sup> Zwar sind sie bisher absolute Ausnahmefälle geblieben, dennoch zeigt sich bereits an den Gegenstandsbereichen Bildung, Gesundheit und Existenzsicherung, dass es sich dabei um Ansätze einer sozialen Verfassungspraxis handeln könnte.

Im *numerus clausus*-Urteil formulierte das Bundesverfassungsgericht das erste Mal ein Teilhaberecht.<sup>228</sup> Aus dem objektiven Gehalt der

<sup>226</sup> Ebenda, S. 103 f.

<sup>227</sup> Rüfner, in: Merten/Papier, § 40 Leistungsrechte; Starck, in: Merten/Papier, § 41 Teilnahmerechte.

<sup>228</sup> BVerfGE 33, 303, *numerus clausus* (1972).

Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip leitete das Gericht das Recht auf gleichen Zugang zu den staatlichen Universitäten ab. Sofern der Staat Leistungen anbiete, gebieten es die Grundrechte an diesen Lebenschancen prinzipiell gleichberechtigt partizipieren zu können, weshalb dort, wo der Staat Einrichtungen geschaffen habe und insbesondere dort, wo er ein faktisches Monopol halte, ein Recht auf gleichen Zugang bestehe.<sup>229</sup>

Während sich Teilhaberechte auf den Zugang zu staatlichen Einrichtungen und Ressourcen und damit auf die Abwehr von Ausschlüssen richten, werden Leistungsrechte als Rechte auf originär staatliche Leistungen verstanden.<sup>230</sup> Sie sind bislang absolute Ausnahmefälle geblieben.

Leistungsrechte wurden zunächst als institutionelle Garantie der Privatschule entwickelt.<sup>231</sup> Aus der Gewährleistung der Privatschule in Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG leitete das Bundesverfassungsgericht eine staatliche Schutzpflicht ab, die im Falle der Existenzbedrohung des Ersatzschulwesens in einen Subventionsanspruch bzw. eine Handlungspflicht umschlage: »Der Staat darf sich nicht darauf zurück ziehen, die Tätigkeit der privaten Ersatzschulen lediglich zuzulassen. Vielmehr muss er ihnen die Möglichkeit geben, sich ihrer Eigenart entsprechend zu verwirklichen.«<sup>232</sup> Aufgrund der soliden staatlichen Finanzierung öffentlicher Schulen könnten Privatschulen ohne staatliche Zuschüsse nicht mit öffentlichen Schulen konkurrieren, jedenfalls nicht, wie es Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG formuliert, im Hinblick auf eine drohende Sonderung der Schüler\*innen nach den Besitzverhältnissen der Eltern. So müssten auch private Schulen allgemein zugänglich sein und ohne Rücksicht auf die finanziellen Verhältnisse der Schüler\*innen besucht werden können. Privatschulen dürften sich nicht zu Standesschulen entwickeln. Einschränkend stellte das Gericht fest, dass die Förderpflicht erst dann ausgelöst werde, wenn das Ersatzschulwesen als Institution gefährdet ist. Im Übrigen sei es die Aufgabe der Gesetzgebung die Existenzsicherung des schulischen Pluralismus gesetzlich auszugestalten.<sup>233</sup>

Im sogenannten Nikolausbeschluss von 2005 setzte sich das Bundesverfassungsgericht mit dem »Recht auf Gesundheit« auseinander und verhandelte Leistungsansprüche gegen die gesetzliche

229 Ebenda, S. 330 ff.

230 Jarass, in: Merten/Papier, § 38 Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, S. 645.

231 BVerfGE 75, 40 (62 ff.), *Privatschulfinanzierung I* (1987); 90, 107 (114 ff.), *Waldorfschule Bayern* (1994); 112, 74 (84), *Privatschulfinanzierung II* (2004).

232 BVerfGE 75, 40 (63), *Privatschulfinanzierung I* (1987).

233 Ebenda, S. 63 ff.



Krankenversicherung bei einer lebensbedrohlichen Erkrankung.<sup>234</sup> In dem Fall ging es um einen Beschwerdeführer, der an der seltenen Krankheit der Duchenne'schen Muskeldystrophie leidet. Für diese unheilbare Krankheit existierte keine anerkannte und den medizinischen Standards entsprechende Heilbehandlung, weshalb die gesetzliche Krankenkasse nur symptomlindernde Leistungen vorsah. Die Eltern des Beschwerdeführers hatten privat mit über 10.000 Euro eine bisher noch nicht anerkannte Behandlungsmethode, die sich positiv auf den Krankheitsverlauf auswirkte, finanziert und forderten nun die Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenkasse. Das Bundesverfassungsgericht sah es als mit den Grundrechten des Beschwerdeführers für unvereinbar an, bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Krankheiten bisher nicht anerkannte Therapiemaßnahmen nicht zu übernehmen, wenn eine nicht ganz entfernte Chance auf Heilung oder positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf bestehe. Damit schuf das Bundesverfassungsgericht einen grundrechtlichen Leistungsanspruch, der das übliche Verfahren im Gesundheitsrecht, nachdem der Gemeinsamen Bundesausschuss über die Aufnahme von Behandlungsmethoden in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen entscheidet, umgeht bzw. die Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, entgegen der bundessozialgerichtlichen Rechtsprechung, der gerichtlichen Kontrolle unterwirft.<sup>235</sup>

In der Begründung stellt das Gericht vorrangig auf die Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenkasse und die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ab. Da sich insbesondere untere und mittlere Einkommensgruppen dem Zwangssystem nicht entziehen könnten und sich die Beiträge nach dem Solidarprinzip am Einkommen orientieren, ginge die Gesetzgebung davon aus, dass finanzielle Mittel für eine zusätzliche private Vorsorge regelmäßig nicht zur Verfügung stünden. Daher sei die Vorenthaltung von Leistungen zur Behandlung einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen verlaufenden Krankheit besonders rechtfertigungsbedürftig.

Die vorenthaltende Leistung misst das Gericht anschließend am Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. So ergebe sich aus diesem Recht zwar nicht die Übernahme einer konkreten

234 BVerfGE 115, 25 (41 ff.), *tödliche Erkrankung* (2005); *Wenner*, SozSich 2006, 174; *Kingreen*, NJW 2006, 877; auch BVerfG, Kammerbeschluss v. 26.2.2013, 1 BvR 2045/12, Rn. 15; Kammerbeschluss v. 26.3.2014, 1 BvR 2415/13, Rn. 14; BVerfGE 140, 229 (236), *Medizinprodukt* (2015); BVerfG, Kammerbeschluss v. 11.4.2017, 1 BvR 452/17, Rn. 21 ff.

235 Zu möglicherweise fehlenden demokratischen Legitimation des GBA BVerfG, Beschluss v. 10.11.2015, 1 BvR 2056/12, Rn. 22; *Kingreen*, NJW 2006, 877 (879 f.); *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, S. 493 ff.

Leistung, jedoch folge aus der staatlichen Schutzpflicht für das Leben, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu stellen und daher in besonderen Fällen eine grundrechtsorientierte Interpretation des Krankenversicherungsrechts zu verfolgen. Aus der verpflichtenden Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung ergebe sich daher ein Recht auf eine Leistungserbringung, die dem Schutz des Lebens gerecht werde. Im Falle von tödlich verlaufenden Krankheiten könne sich daraus ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Therapieübernahme ergeben.<sup>236</sup>

Seinen vorläufigen Abschluss hat die Entwicklung von verfassungsrechtlichen Leistungsrechten im Bereich der Existenzsicherung erhalten. Im Hartz IV-Urteil stellte das Bundesverfassungsgericht im Konsens mit der wissenschaftlichen Literatur fest, dass aus der Menschenwürde ein Recht auf ein physisches und soziokulturelles Existenzminimum folge.<sup>237</sup> Zwei Jahre später konkretisierte das Gericht in der Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz das menschenwürdige Existenzminimum als ein Menschenrecht, das unabhängig vom Aufenthaltsstatus und der Staatsangehörigkeit bestehe. Als zwingendes Verfassungsrecht sei dieses nicht durch migrationspolitische Erwägungen relativierbar.<sup>238</sup> Damit hat dem Bundesverfassungsgericht zufolge grundsätzlich jeder Mensch einen Anspruch auf finanzielle staatliche Unterstützung, sofern die eigene Existenz nicht selber gesichert werden kann. Dass dies eine sehr umkämpfte Position ist, zeigt die rechtliche Diskussion um den Zugang von Unionsbürger\*innen zur Grundsicherung (dazu im Abschnitt 4. mehr).

## 2. Abwehr: Eigentum

Die Bedeutung des Eigentums für die eigene Existenzsicherung hat in der arbeitsteiligen Gesellschaft einen Wandel erfahren. Nicht mehr die eigene Scholle oder – wie Ernst Forsthoff es ausdrückte<sup>239</sup> – der individuell beherrschte Lebensraum, sondern die Arbeit und Sozialversicherungsansprüche sind für die Mehrheit der Bevölkerung zum Kern der Existenzsicherung geworden. Diesen gesellschaftlichen Wandel hat auch die Rechtsprechung zum Eigentum mitvollzogen, indem sie das Eigentum

236 BVerfGE 115, 25 (44 ff., 49), *tödliche Erkrankung* (2005); inzwischen einfachgesetzlich in § 2 Abs. 1a SGB V geregelt.

237 BVerfGE 125, 175, *Hartz IV* (2010); *Isensee*, Der Staat 1980, 367 (371); *Axer*, in: VDStRL, Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, S. 198; *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 318 ff.

238 BVerfGE 132, 134 (173), *AsylBLG* (2012).

239 *Forsthoff*, in: ders., Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 146 ff.

im Hinblick auf seine soziale Funktion deutet (2.1.) und seit 1980 sozialversicherungsrechtliche Anwartschaften in den Schutzbereich des Eigentums einbezogen (2.2.) hat.

### 2.1 Soziale Funktion des Eigentums

Die Materialisierung des Eigentums beginnt mit der Auseinandersetzung um das Mitbestimmungsgesetz von 1976. Dieses sorgte gesellschaftlich wie auch verfassungswissenschaftlich für Furore, wurde doch die Unternehmensfreiheit zugunsten der Mitbestimmung der Arbeitnehmerschaft bei Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmer\*innen eingeschränkt. Gleichwertige und gleichgewichtige Mitbestimmung – und damit die Umverteilung von Macht zwischen Anteilseigner\*innen und Arbeitnehmer\*innen – war das erklärte Ziel des Gesetzes, wobei sich die schließlich eingeführten Regelungen auf eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrats beschränkten.<sup>240</sup>

Im Urteil zum Mitbestimmungsgesetz zog sich das Bundesverfassungsgericht gegenüber den Beschwerdeführern aus dem Unternehmens- und Arbeitgeberlager auf die Position zurück, dass die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats nicht zu einer umfassenden paritätischen oder gar überparitätischen Mitbestimmung der Arbeitnehmerschaft führe und die Mitbestimmung daher eine angemessene Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums sei.<sup>241</sup>

In seiner Argumentation streicht das Gericht die soziale Eingebundenheit und die soziale Funktion des Unternehmensanteilseigentums heraus, das konträr zum Sacheigentum einen schwächeren personalen Bezug aufweise und über die klassische individuell-freiheitssichernde Funktion im vermögensrechtlichen Bereich hinausgehe.<sup>242</sup> Schließlich stärke die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer\*innen den Sozialbezug des Anteilseigentums: »Es hat indessen ebenfalls die Aufgabe, die mit der Unterordnung der Arbeitnehmer unter fremde Leitungsgewalt und Organisationsgewalt in größeren Unternehmen verbundene Fremdbestimmung durch die institutionelle Beteiligung an den unternehmerischen Entscheidungen zu mildern (...) und die ökonomische Legitimation der Unternehmensleitung durch eine soziale zu ergänzen (...).«<sup>243</sup> Die Abwägung der grundrechtlichen Positionen der Arbeitgeber\*innen- und der Arbeitnehmer\*innenseite erfolgt also über die soziale Funktion des Eigentums.

240 Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BT-Drucks. 7/2172.

241 BVerfGE 50, 290 (232 f., 340 ff.), *Mitbestimmung* (1979).

242 Ebenda, S. 340 f., 348.

243 Ebenda, S. 350.

Eigentum wird nicht ausschließlich als privates Herrschaftsrecht gedeutet, vielmehr kommt es darauf an, welche Funktion es erfüllt und wie es in das gesellschaftliche Beziehungsgeflecht eingebunden ist. Je weniger es der eigenen Freiheitssicherung dient und je stärker andere von diesem betroffen sind, desto mehr Gewicht erhält das Sozialstaatsgebot und damit die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung.

Über die Funktion des Eigentums rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht auch die Einbeziehung des Besitzrechts von Mieter\*innen in den Eigentumsschutz. Begründet hat das Gericht die Entscheidung mit der existentiellen Bedeutung von Wohnraum einerseits und der ungleichen Verteilung von Wohneigentum andererseits: »Der Wohnraum ist für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz. Der Einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung der Persönlichkeit angewiesen. Der Großteil der Bevölkerung kann zur Deckung seines Wohnbedarfs nicht auf Eigentum zurückgreifen, sondern ist gezwungen, Wohnraum zu mieten. Das Besitzrecht des Mieters erfüllt unter diesen Umständen Funktionen, die typischerweise dem Sacheigentum zukommen.«<sup>244</sup> Das Gericht begründet die Ausweitung des Eigentumsschutzes also mit der strukturell schwächeren Positionierung von Mieter\*innen und beschreibt den Konflikt als einen zwischen gleichrangigen Grundrechtspositionen.

Es lässt sich also feststellen, dass über den Maßstab der sozialen Funktion des Eigentums ökonomische Macht- und Ressourcenasymmetrien als Klassenungleichheit im Verfassungsrecht grundsätzlich adressierbar werden. Dieser Maßstab dient – ähnlich wie beim Sozialstaatsprinzip – jedoch primär dazu, die Gestaltungsfreiheit der sozialregulierenden Gesetzgebung zu begründen und zu konkretisieren, nicht aber dazu, subjektivrechtliche Ansprüche herzuleiten.

## 2.2 Eigentumsschutz der Sozialversicherungsansprüche

Ein materialisierter Eigentumsbegriff dient auch im Kontext der Sozialversicherung als Argumentationsfigur. Dabei spielen insbesondere die privatnützige, leistungsorientierte Vermögensposition im Schutzbereich und die soziale Funktion des Eigentums in der Rechtfertigung die bestimmende Rolle. Während es in den Entscheidungen zum Mitbestimmungsgesetz und zum sozialen Mietrecht um Konstellationen typisierbarer ökonomischer Machtasymmetrien ging, die auf einer ungleichen Eigentumsverteilung basieren, also um die asymmetrischen Beziehungen zwischen Arbeitgeber\*innen und Arbeitnehmer\*innen einerseits

<sup>244</sup> BVerfGE 89, 1 (6), *Besitzrecht des Mieters* (1993).

und Vermieter\*innen und Mieter\*innen andererseits, stehen in den Konflikten um den verfassungsrechtlichen Schutz von Sozialversicherungsansprüchen einzelne Subjekte und die Sicherung ihres Lebensunterhalts im Fokus. Es geht weniger um typisierbare Machtungleichgewichte als um die Abhängigkeit der individuellen Existenzsicherung von staatlichen Sicherungssystemen in der Arbeitsgesellschaft.

## 2.2.1 Begründung des Eigentumsschutzes

Die Rechtsprechungslinie beginnt mit dem Urteil zum Versorgungsausgleich.<sup>245</sup> In dieser Entscheidung zog das Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal öffentlich-rechtliche Rentenanwartschaften in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie ein. Das Gericht begründete die Erweiterung des Eigentumsbegriffs auf Sozialversicherungsansprüche mit der Bedeutung sozialstaatlicher Institutionen für die Existenzsicherung und dem Erfordernis eines gewandelten Eigentumsverständnisses. Rentenversicherungsrechtliche Positionen erfüllen eine existenzsichernde Funktion im Alter, »deren Schutz Aufgabe der Eigentumsgarantie ist.«<sup>246</sup> Wie das klassische Privateigentum, sichern sie persönliche Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich und damit eine eigenverantwortliche Lebensführung: »In der heutigen Gesellschaft erlangt die große Mehrzahl der Staatsbürger ihre wirtschaftliche Existenzsicherung weniger durch privates Sachvermögen als durch den Arbeitsertrag und die daran anknüpfende solidarisch getragene Daseinsvorsorge, die historisch von jeher eng mit dem Eigentumsgedanken verknüpft war (...). Insoweit sind die Anrechte des Einzelnen auf Leistungen der Rentenversicherung an die Stelle privater Vorsorge und Sicherung getreten.«<sup>247</sup> Daher müsse diesen derselbe Grundrechtsschutz zukommen. Eine andere Auffassung würde zu einem Funktionsverlust der Eigentumsgarantie führen, weil es mit dem Schutz des Eigentums im sozialen Rechtsstaat nur schwer vereinbar sei, »wenn [er] vermögensrechtliche Positionen nicht umfaßte, die für die große Mehrzahl der Bevölkerung die wichtigste und oft einzige Grundlage ihrer Daseinsicherung sind, und wenn der Schutz der Garantie auf die im Zuge der dargelegten Entwicklung geringer gewordene Zahl überkommener Eigentumspositionen beschränkt bliebe.«<sup>248</sup>

Sozialrechtliche Ansprüche fallen dann unter den grundrechtlichen Eigentumsschutz, wenn sie als vermögenswerte Rechtspositionen der

245 BVerfGE 53, 257 (289 ff.), *Versorgungsausgleich* (1980); dazu *Sonnevend*, Eigentumsschutz und Sozialversicherung, Teil 1; *Adam*, Eigentumsschutz in der gesetzlichen Rentenversicherung, S. 59 ff., 114 ff.; kritisch *Depenheuer*, AöR 1995, 417.

246 BVerfGE 53, 257 (290), *Versorgungsausgleich* (1980).

247 Ebenda, S. 290; ähnlich BVerfGE 100, 1 (32), *Rentenüberleitung I* (1999).

248 BVerfGE 53, 257 (294), *Versorgungsausgleich* (1980).

Grundrechtsträgerin privatnützig zuzuordnen sind und auf nicht unerheblichen Eigenleistungen beruhen. Sozialversicherungsrechtliche Anwartschaften müssen also als Äquivalent einer nicht unerheblichen eigenen Leistung qualifiziert werden können, damit sie als eigentumsrechtliche Position Schutz erfahren. Daraus folgt, dass sozialstaatliche Leistungen der Fürsorge, Hilfe und Unterstützung grundsätzlich nicht unter Art. 14 GG fallen.<sup>249</sup> Auf der Schutzbereichsebene ist daher die Differenzierung zwischen beitragsfinanzierten und steuerfinanzierten Leistungen entscheidend. Bei steuerfinanzierten Leistungen wird die Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit bzw. des Vertrauensschutzprinzips aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG geprüft.<sup>250</sup> In der Entscheidung zur Abschaffung der Arbeitslosenhilfe wurde z. B. bereits das Vorliegen einer vertrauensschutzwürdigen Position verneint, da es sich bei der Arbeitslosenhilfe um eine zeitlich immer nur befristete Leistung handelte: »Der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe hatte durch die Rechtsordnung keine Ausgestaltung erfahren, die über das Ende des jeweiligen Bewilligungsabschnitts hinaus eine verfestigte Anspruchsposition begründete. (...) Eine unabhängig vom Bewilligungsakt bestehende Erwartung des Bürgers, er werde – den Fortbestand der jeweiligen Rechtslage vorausgesetzt – in einer bestimmten zukünftigen Sachlage leistungsberechtigt sein, ist mangels hinreichender Konkretisierung kein solches geschütztes Recht.«<sup>251</sup>

Auf der Ebene der Rechtfertigung nahm das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Versorgungsausgleich das Kriterium der sozialen Funktion des Eigentums wieder auf und leitete aus dem starken sozialen Bezug des Sozialversicherungssystems eine weite Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung ab: »Die Berechtigung des einzelnen ›Eigentümers‹ läßt sich von den Rechten und Pflichten anderer nicht lösen. Sie ist vielmehr eingefügt in einen Gesamtzusammenhang, der auf dem Gedanken der Solidargemeinschaft und des ›Generationenvertrages‹ beruht (...).«<sup>252</sup> Modifikationen und Abschaffungen von sozialstaatlichen Leistungen müssten zwar dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen, dennoch bestehe ein weiterer legislativer Gestaltungsspielraum.<sup>253</sup>

249 Ebenda, S. 290 ff.; BVerfGE 69, 272 (300), *Krankenversicherung für Rentner* (1985); 72, 9 (18 f.), *Arbeitslosengeld* (1986); 100, 1 (32 f.), *Rentenüberleitung* (1999); 128, 90 (101 ff.), *Abschaffung der Arbeitslosenhilfe* (2010); Kriterium der eigenen Leistung offengelassen beim Krankengeldanspruch, BVerfGE 97, 378 (385), *Krankengeldanspruch* (1998); eigene Leistung verneint in BVerfGE 97, 271 (284), *Hinterbliebenenrente II* (1998); 116, 96 (120 ff.), *Fremdrentengesetz* (2006).

250 BVerfGE 97, 271 (285 ff.), *Hinterbliebenenrente II* (1998); 128, 90 (105 ff.), *Abschaffung Arbeitslosenhilfe* (2010).

251 BVerfGE 128, 90 (107), *Abschaffung der Arbeitslosenhilfe* (2010).

252 BVerfGE 53, 257 (292 f.), *Versorgungsausgleich* (1980).

253 Ebenda, S. 293; BVerfGE 100, 1 (37 f.), *Rentenüberleitung I* (1999).

Auf das Solidarprinzip und die Gestaltungsfreiheit als rechtfertigende Gründe stellte das Gericht auch in den anderen rentenrechtlichen Entscheidungen ab. Es sieht den Eigentumsschutz von Rentenanwartschaften von Anfang an durch den Umstand gemindert an, dass in bestehenden Anwartschaften »vornherein die Möglichkeit von Änderungen in gewissen Grenzen angelegt ist«, da die gesetzliche Rentenversicherung entgegen einer privaten Altersvorsorge nicht auf dem reinen Vertragsprinzip, sondern auf den Prinzipien der Solidarität und des sozialen Ausgleichs basiere.<sup>254</sup>

### 2.2.2 Eigene Leistung oder wirtschaftliche Existenz

Ein strukturelles Problem der Adressierung von Sozialversicherungsansprüchen über das Eigentumsrecht liegt in der engen Verbindung zur persönlichen Leistung. Darin zeigen sich sowohl die bürgerliche Vorstellung »normaler« Erwerbsbiografien als auch die von den ökonomiekritischen Autor\*innen kritisierte Perspektivität eines unabhängigen Marktsubjekts.

Die Erwerbsbasierung der Sozialversicherung und die sich daraus ergebende ökonomische Bedürftigkeit von »abhängigen« Subjekten bleiben dabei unberücksichtigt. Wie das Urteil zur Hinterbliebenenversorgung von 1998 zeigt, wurde die Hinterbliebenenrente deswegen nicht in den Schutzbereich von Art. 14 GG einbezogen, weil sie nicht auf dem eigenen Einkommen der Begünstigten, sondern auf dem Einkommen des verstorbenen Versicherten basiert. Die Hinterbliebenenrente erfülle daher nur eine Unterhaltersatzfunktion.<sup>255</sup> Dennoch kann sie – je nach Bedürftigkeit der Hinterbliebenen – in dieser Funktion Freiheitssicherung im vermögensrechtlichen Bereich bedeuten bzw. fundamental für die Existenzsicherung der Hinterbliebenen sein. Es ist daher festzustellen, dass die sich in der Unterhaltsfunktion manifestierende Trennung von Erwerbs- und Reproduktionsarbeit in der Maßstabsbildung des materialisierten Eigentumsschutzes nicht thematisiert wird. Daher bleibt dethematisiert, dass die rentenrechtlichen Anwartschaften der Verstorbenen regelmäßig erst durch die Übernahme von Sorgearbeit durch die oftmals nicht selbstständig versicherten, typischerweise weiblichen, Hinterbliebenen ermöglicht werden.

Die Konstruktion über Art. 14 Abs. 1 GG führt darüber hinaus zu einer grundrechtlichen Privilegierung von beitragsfinanzierten gegenüber steuerfinanzierten Leistungen. Nur das selbst Erworbene soll geschützt

254 BVerfGE 116, 96 (125), *Fremdrentengesetz* (2006); 117, 272 (Zitat 293, 294), *Beschäftigungsförderungsgesetz* (2007); 122, 151 (175), *Renten Kürzung Frührente* (2008); 128, 138 (148), *Erwerbsminderungsrente* (2011).

255 BVerfGE 97, 271 (284 ff., 287), *Hinterbliebenenrente II* (1998); BVerfG, Kammerbeschluss v. 1.3.2010, 1 BvR 2584/06.

werden.<sup>256</sup> Dies spiegelt eine spezifische abstrakt-individualisierende Perspektivität wider. Exemplarisch zeigt sich dies in der Entscheidung zur ersatzlosen Abschaffung der Arbeitslosenhilfe. Entgegen der zum 1. Januar 2005 eingeführten Grundsicherung orientierte sich die Arbeitslosenhilfe auf der Rechtsfolgenseite an dem vorherigen Nettoeinkommen der Grundrechtsträgerin; für Arbeitslose über 58 Jahren galten zudem erleichterte Bezugsbedingungen, um den Umstand zu würdigen, dass diese oftmals jahrelang in die Arbeitslosenversicherung eingezahlt hatten. Zwar wurde die Arbeitslosenhilfe aus Steuermitteln finanziert, dennoch bestand eine Verbindung zur Arbeitslosenversicherung, weil die Arbeitslosenhilfe das Bestehen einer Anwartschaft auf Arbeitslosengeld voraussetzte.<sup>257</sup>

Das Bundesverfassungsgericht wertete jedoch nur das Arbeitslosengeld als Äquivalent zur Beitragszahlung der Arbeitslosenversicherung und verneinte den eigentumsrechtlichen Schutz für die Arbeitslosenhilfe, da diese eine aus Steuermitteln finanzierte Entgeltersatzleistung darstelle. Im Ergebnis sei die Arbeitslosenhilfe daher keine grundrechtlich geschützte Position.<sup>258</sup>

Dies führt zu der Frage des grundrechtlichen Schutzes von Leistungen, die zwar steuerfinanziert, aber dennoch existenzsichernd sind. Wiltraut Rupp-von Brünneck war auch im Bereich des öffentlich-rechtlichen Eigentumsschutzes ihrer Zeit voraus und konstatierte schon 1971 in ihrer abweichenden Meinung zum Ausschluss der »Österreichfälle« aus der Entschädigung für Verfolgungsschäden in den Vertriebenengebieten: »Wenn der Eigentumsschutz ein Stück Freiheitsschutz enthält, insofern er dem Bürger die wirtschaftlichen Voraussetzungen einer eigenverantwortlichen Lebensgestaltung sichert, so muß er sich auch auf die öffentlich-rechtlichen Berechtigungen erstrecken, auf die der Bürger in seiner wirtschaftlichen Existenz zunehmend angewiesen ist.« Sie gestand zu, dass die Dogmatik Differenzierungspotential, etwa anhand der Leistung, beinhalte, beschrieb den Entschädigungsanspruch jedoch zugleich als einfachen Geldleistungsanspruch, der eine Vermögensposition für die Begünstigten darstelle. Für den Eigentumsschutz stellte sie folglich nicht primär auf die Eigenleistung, sondern die wirtschaftlichen Voraussetzungen der eigenen Existenzsicherung ab und fasste den eigentumsrechtlichen Schutz von sozialrechtlichen Geldleistungsansprüchen deutlich

256 Mit anderem Akzent argumentiert Marauhn für die Heranziehung des Sozialstaatsprinzips anstatt des Eigentumsrechts für die Gewährleistung einer angemessenen Altersversorgung. Mit diesem Maßstab ließen sich die verschiedenen Interessen besser berücksichtigen, *Marauhn*, Rekonstruktion sozialer Grundrechte als Normkategorie, S. 381.

257 BVerfGE 128, 90 (102), *Abschaffung Arbeitslosenhilfe* (2010).

258 Ebenda, S. 101, 106 f.; anders mit Blick auf ältere Arbeitslose *Mayer*, NZS 2005, 568.



weiter.<sup>259</sup> Entgegen der Senatsmeinung kam sie daher durch eine am Sozialstaatsprinzip orientierten Interpretation des Vertrauensschutzes zu dem Ergebnis, dass der Ausschluss der »Österreichfälle« aus der staatlichen Entschädigungsverpflichtung unzulässig sei.

### 2.2.3 Finanzierbarkeit der Sozialversicherungssysteme

Man könnte im Sinne Gertrud Lübbe-Wolffs sagen, dass der Eigentumschutz sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche zu einem relativen Bestandsschutz geführt hat, der Leistungssenkungen oder die Abschaffung von Leistungen als Ausdruck sozialer Rechte jedenfalls unter Rechtfertigungsdruck setzt: »Wo der Gesetzgeber im Interesse der Umsetzung sozialer Grundrechte oder Verfassungsaufträge einmal tätig geworden ist, hat er seine Gestaltungsfreiheit genutzt und damit eine verfassungsrechtlich fundierte einfachgesetzliche Rechtslage geschaffen, die nun in strukturell gleicher Weise wie grundrechtliche Freiheiten mit rein kassatorischen Sprüchen gegen Eingriffe geschützt werden kann.«<sup>260</sup>

Die in der Rechtfertigung den weiten Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung betonende Praxis des Bundesverfassungsgerichts scheint derzeit im Ergebnis aber dazu zu führen, dass die Einbeziehung sozialversicherungsrechtlicher Anwartschaften in den Schutzbereich des Eigentums weitgehend konsequenzlos geblieben ist.<sup>261</sup> Die Schwäche dieses Grundrechtsschutzes zeigt sich in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechungsanalyse von Ulrike Davy zur Alterssicherung und dem Absenken des

259 BVerfGE 32, 111 (143), *Ausschluss der »Österreichfälle«* (1971).

260 Lübbe-Wolff, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge 2005, I (23).

261 Axer, Art. 14 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Rn. 57; *Sonnevend*, Eigentumsschutz und Sozialversicherung, S. 151. Ein Verstoß gegen Art. 14 GG wurde im Fall der Verdoppelung der Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe angenommen, weil eine Übergangsregelung für Versicherte fehlte, die bereits bei Eintritt der Gesetzesänderung die Voraussetzungen der alten Regelung erfüllt hatten, BVerfGE 72, 9 (21 ff.), *Arbeitslosengeld* (1986). Ebenso wurde ein Verstoß gegen Art. 14 GG in BVerfGE 100, 138 (182 f., 184 ff.), *Rentenüberleitung IV* (1999) festgestellt, sofern die Bewertung der Einkommen zu DDR-Zeiten bzw. die Begrenzung bestimmter Renten auf einen Höchstbetrag keine bedürftigkeitsunabhängige Rente ermöglichte. Eine fassungskonforme Auslegung für § 10 Abs. 1 S. 2 Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz wurde in BVerfGE 100, 1 (38 ff., 43 ff.), *Rentenüberleitung I* (1999) gefordert. Auf die Schaffung ergänzender Regelungen zum Versorgungsausgleich verpflichtete das BVerfG die Gesetzgebung in BVerfGE 53, 257 (300 ff.), *Versorgungsausgleich* (1980).

Niveaus der gesetzlichen Rente. Der Schutz aus Art. 14 Abs. 1 GG führe deshalb nicht weiter, weil in der Verhältnismäßigkeitsprüfung dem Ziel der Finanzierbarkeit der Rentenversicherung überragendes Gewicht beigemessen werde. Daher sehe das Bundesverfassungsgericht auch erhebliche Leistungsabsenkungen als verfassungsrechtlich zulässig an.<sup>262</sup> Weil sich auf der Rechtfertigungsebene durchgängig Finanzierungs- und Wirtschaftlichkeitsargumente durchsetzen könnten, schlussfolgert Davy, existiere kein materieller Rechtsschutz oder eine untere Grenze für erhebliche Leistungsabsenkungen und Leistungsausschlüsse. Begrenzt wird die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit allein durch ein Unzumutbarkeitskriterium. Zwar fragt das Bundesverfassungsgericht danach, ob eine Leistungsabsenkung die Betroffenen in unzumutbarer Weise belastet, dennoch hat es dies nur im Ausnahmefall bejaht.<sup>263</sup>

Die Argumentationslinie, die auf die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Rentenversicherung abstellt, verfolgt das Bundesverfassungsgericht auch in einer aktuelleren Entscheidung zur Erwerbsminderungsrente: »Die Neuregelung (...) dient dem Ziel, die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung zu sichern und damit die Funktionsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung im Interesse aller zu erhalten, zu verbessern und den veränderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen.«<sup>264</sup> Es konkretisiert den Maßstab dabei dahingehend, dass nicht jegliche Sanierungsziele als Rechtfertigung herangezogen werden können, dass dennoch nicht willkürliche gesetzliche Änderungen, insbesondere solche, die an kausale Ursachen für eine schlechte Finanzlage anknüpfen, zulässig sind.<sup>265</sup> Da dies bei der Absenkung von Leistungen

262 Davy, in: VDStRL, Soziale Gleichheit, S. 145 f. Davy gibt dazu folgende Absenkungen in Fn. 76 an: Neubewertung von Ausbildungszeiten, Minderung der Rente bis zu 15 % (BVerfGE 58, 81 (109 ff.)); Abflachung der Rentenanpassung, Minderung der Rente um 13 % (BVerfGE 64, 87 (97 ff.)); Änderung der Regeln über Ersatz- und Ausfallzeiten, Kürzung der Rente um 25 % (BVerfGE 70, 101 (110 ff.)); Einführung des Multiplikators von 0,6 im Fremdrechtenrecht, Minderung der Renten um bis zu 30 % (BVerfGE 116, 96 (126 ff.)); Neubewertung der ersten Berufsjahre, Minderung der Rente um 12 % (BVerfGE 117, 272 (292 ff.)).

263 Unzumutbarkeit bejaht in: BVerfGE 72, 9 (23), *Arbeitslosengeld* (1986); verneint in: BVerfGE 75, 78 (104), *Berufsunfähigkeit/Erwerbsunfähigkeit* (1987); 117, 272 (300), *Beschäftigungsförderungsgesetz* (2007); 122, 151 (180), *Renten Kürzung Frührente* (2008); 128, 138 (153), *Erwerbsminderungsrente* (2011).

264 BVerfGE 128, 138 (149), *Erwerbsminderungsrente* (2011).

265 »Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG erlaubt es nicht, durch ihn geschützte Rentenansparungen allein auf der Grundlage eines allgemeinen Wunsches einer Sanierung der Staatsfinanzen zu kürzen. Daher sind der Absenkung von Renten ungeachtet des legitimen Ziels, die Funktionsfähigkeit der

bzw. bei der Verschärfung von Anspruchsvoraussetzungen jedoch regelmäßig der Fall sein wird, stellt sich die Frage nach einem differenzierteren Maßstab.<sup>266</sup>

### 2.3 Zusammenfassung

Zusammenfassend ist also klassenbasierte Ungleichheit, wie sie sich im Arbeitnehmer-, Mieter- und Besitzlosenstatus manifestiert, über einen materialisierten Eigentumsbegriff auf Schutzbereichsebene adressierbar. Jedoch dient ein materialisierter Eigentumsbegriff überwiegend der Rechtfertigung sozialregulierender Gesetzgebung. Der Bezug auf diesen scheitert beim Versuch, die Absenkung oder Streichung von Sozialleistungen, die der eigenen Existenzsicherung dienen, abzuwehren. Die gesellschaftliche Privilegierung der Erwerbsarbeit in der Sozialversicherung und die sich darin zeigende Trennung von Erwerbsarbeit und Reproduktionsarbeit werden in dieser Maßstabbildung nicht berücksichtigt.

Methodisch zeigt sich dies in einer Perspektivität, die die »Normalität« von Leistungsfähigkeit und Erwerbstätigkeit sowie Rechtfertigungsgründen der Finanzierbarkeit verfolgt und auf diese Weise die Perspektive der Betroffenen und deren soziale Lage in den Hintergrund treten lässt.

## 3. Gleichheit: ungleich Egalisierung

Konträr zur Eigentumsgarantie ist keine grundsätzliche Materialisierung der Rechtsgleichheit zu beobachten. Im Fall von ökonomischer Ungleichheit ist die Rechtsgleichheit jedoch nicht unwichtig, da, wie bereits die abweichenden Meinungen zum Sozialstaatsprinzip gezeigt haben, sozialstaatliche Regelungen primär am allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gemessen werden.<sup>267</sup> Staatliche Akteure dürfen Einzelne nicht

gesetzlichen Rentenversicherung zu gewährleisten, verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt (...).«, ebenda, S. 151.

266 Für Vorschläge aus der Literatur für einen abgestuften Eigentumsschutz bzw. einem Kernbereich siehe m.w.N. *Sonnevend*, Eigentumsschutz und Sozialversicherung, S. 100 ff. *Sonnevend* teilt die hier formulierte Einsicht: »Der Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts legt den Schluß nahe, daß der Eigentumsschutz ins Leere läuft, wenn der Gesetzgeber Leistungskürzungen mit dem Erhalt der Sozialversicherung »im Interesse aller« oder mit der Sanierung des Bundeshaushalts begründet.«, S. 151.

267 BVerfGE 6, 257 (264), *Unterlassen* (1957); 97, 35 (44), *Hamburger Ruhelgeldgesetz* (1997); 102, 68, (87 ff.), *Krankenversicherung für Rentner*

willkürlich von Sozialleistungen ausschließen. Das Inklusionspotential des allgemeinen Gleichheitssatzes zeigt sich insbesondere in der minderheitenschützenden Funktion, z. B. bei der Gleichstellung von Lebenspartnerschaften mit Ehen im Steuer- und Sozialrecht.<sup>268</sup>

### 3.1 Rechtsgleichheit und ökonomische Ungleichheit

Über die formale Rechtsgleichheit hinaus wird in den Gleichheitssatz kein Egalisierungsauftrag hineingelesen. Dies entspricht der gängigen Deutung des Grundgesetzes als einer liberalen Freiheitsordnung, die sozialstaatliche Absicherung, aber keine ausgeprägte Berücksichtigung von Ungleichheitslagen oder gar eine egalitäre Distribution von Ressourcen oder Lebenschancen erfordert.<sup>269</sup> Wie die sozialstaatlich orientierte Interpretation der »Herkunft« in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG von Hans-Peter Ipsen aus den 1950er Jahren verdeutlicht, handelt es sich dabei jedoch um keine selbstverständliche Position. Nach Ipsen könne das Merkmal der Herkunft durch das Sozialstaatsprinzip ein »Gebot zu ökonomischer Egalisierung empfangen« und ein Rechtsinstitut der Daseinsvorsorge begründen. Dieses könne »an seiner egalisierenden Kraft gegenüber sozialen Unterschieden nicht vorübergehen.«<sup>270</sup>

Historisch wurde der Gleichheitssatz schon in der Weimarer Zeit im Hinblick auf dessen Egalisierungspotential kontrovers diskutiert. In dieser Zeit entwickelte Gerhard Leibholz die Deutung der Gleichheit (Art. 109 WRV) als Willkürverbot, nach der Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden müsse. Dieses Gleichheitsverständnis reagiert auf die neue Rolle des Parlaments in der Weimarer Ordnung und zielte darauf, parlamentarischer Umverteilungspolitik verfassungsrechtliche Grenzen zu setzen.<sup>271</sup> Otto Kirchheimer kritisierte diese Gleichheitsinterpretation daher als »Bollwerk des alten bürgerlichen Rechtsstaates«, als rückläufige Tendenz, die die »vorwärts tendierende Funktion« der Weimarer Ordnung infrage stellen solle. Es liege nicht »im Sinn der Weimarer Verfassung, wenn nun mehr im Namen der Gerechtigkeit Gesetze, die scheinbar eine Belastung einer wirtschaftlichen Klasse sind, als Willkür verworfen werden. Gerade die scheinbare Ungerechtigkeit

II (2000); 103, 225 (235 ff.), *Pflegeversicherung* (2000); 106, 166 (177), *Zählkinderklausel* (2002).

268 BVerfGE 124, 199, VBL (2009); 126, 400, *Erbschaft- und Schenkungsteuer* (2010); 131, 239, *Familienzuschlag* (2012); 133, 59, *Sukzessionsadoption* (2013); 133, 377, *Ebegattensplitting* (2013).

269 *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, S. 148 ff.

270 *Ipsen*, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Gleichheit, S. 173 f.

271 *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, Einleitung und S. 72 ff.; *Meinel*, in: Kaiser, Eine »revolutionäre Umschichtung unseres Rechtsdenkens«.

erfüllt die Gerechtigkeitsordnung, die dem sozialen System der Weimarer Verfassung innewohnt. «<sup>272</sup> Mit Verweis auf Leibholz kritisierte Kirchheimer den »Versuch, den gegenwärtigen Status quo zu garantieren«, indem »jede Gesetzgebung zugunsten der arbeitenden Klasse für unwirksam erklärt« werde.<sup>273</sup>

In der Nachkriegszeit wurde die Bedeutung der Gleichheit im Hinblick auf Klasse prominent von T. H. Marshall herausgearbeitet. In seinem Vortrag »Citizenship and Social Class« machte er auf die Potentiale des Bürgerschaftskonzepts für die Adressierung von Klassenungleichheit aufmerksam. Im Bürgerschaftskonzept sei konträr zur kapitalistischen Ökonomie eine egalisierende Logik angelegt: »(T)here is a kind of basic human equality associated with the concept of full membership of a community – or, as I should say, of citizenship.«<sup>274</sup> So habe die Bürgerschaft durch die starke normative Idee einer grundlegenden Gleichheit der Menschen zuerst die Infragestellung des Feudalsystems im 18. Jahrhundert befördert, dann die demokratische Wahlgleichheit im 19. Jahrhundert forciert und schließlich zu den sozialstaatlichen Politiken des 20. Jahrhunderts beigetragen. Für den englischen Kontext beobachtete Marshall daher eine dreistufige Entwicklung von der bürgerlichen, über die politische zur sozialen Bürgerschaft. Zwar würde die durch die Sozialbürgerschaft erreichte Inklusion im 20. Jahrhundert nicht die klassenbasierte Ungleichheit abschaffen, sie würde jedoch helfen, diese problematisierbar und kritisierbar zu machen. Diese von Marshall gezogene Verbindung zwischen konstitutioneller Gleichheit und gleicher gesellschaftlicher Mitgliedschaft wird seither in der sozialwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Forschung herangezogen, um gesellschaftliche und rechtliche Inklusion Marginalisierter normativ einzufordern.<sup>275</sup>

Auch heute noch geht es in der Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes um den Vergleich von Gruppen, wenn auch nicht um Klassen. Der Staat darf grundsätzlich zwischen sozialen Gruppen differenzieren und verschiedene Leistungen anhand von nicht willkürlich ausgewählten »Gruppenmerkmalen« gewähren oder versagen; man denke an die

272 Kirchheimer, Funktion des Staates und der Verfassung, S. 256 f.; ebenso kritisch Neumann, in: ders., Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung, S. 62, 66.

273 Kirchheimer, Funktion des Staates und der Verfassung, S. 257 f.

274 Marshall, Citizenship and Social Class, S. 6; aus feministischer Sicht dazu Rubio-Marín, International Journal of Constitutional Law 2014, 4.

275 Marshall, Citizenship and Social Class, S. 45; soziologisch Stichweh, in: ders./Windolf, Leitgesichtspunkte einer Soziologie der Inklusion und Exklusion; rechtswissenschaftlich Irving, Gender and the Constitution; Kingreen, EuR - Beiheft 1 2007, 43; Davy, ZSR 2010, 295; Mangold, in: Schlachter/Heinig, § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft.

Privilegien der Ehe oder die des Beamtentums. Dies entspricht dem konservativen Sozialstaatsmodell, in welchem konträr zum universalistischen Sozialstaatstyp Leistungen an Erwerbsarbeit und Status geknüpft werden und daher staatliche Sozialleistungen durchaus zu ungleichen ökonomischen Lebenslagen beitragen.

Eine Rechtspraxis, die in Anschluss an Wolfgang Abendroth, Gleichheit nicht auf Ressourcengleichheit, sondern als demokratische Gleichheit interpretiert und damit die Ermöglichung demokratischer Beziehungen in den Blick nimmt, ist heute kaum auszumachen. In einer solchen Perspektive würde es um eine in den konkreten ungleichheitsproduzierenden Dynamiken der Marktgesellschaft verortete soziale Gleichheit gehen.<sup>276</sup> Diese demokratische Funktion sozialer Gleichheit scheint in den Sondervoten von E. W. Böckenförde und von Reinhard Gaier, Johannes Masing und Susanne Baer durch, wenn sie vor den demokratiegefährdenden Effekten ökonomischer Machtkonzentration warnen und letztere eine Verbindung zwischen dem Sozialstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz ziehen.

### 3.2 Gleicher Zugang zum effektiven Rechtsschutz

Eine Ausnahme zur formalen Gleichheitspraxis stellt die Rechtsprechung zum gleichen Zugang zum effektiven Rechtsschutz dar. In dieser zeigt sich die normative Stärke des Rechtsstaats und dem daraus abgeleiteten Justizgewährungsanspruch gegenüber sozialstaatlichen Verfassungsätzen. Wenn Personen aufgrund ihrer schlechten ökonomischen Situation der Zugang zu den Gerichten und damit zum Rechtsschutz verwehrt ist, wird über Art. 3 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG eine Egalisierung des effektiven Rechtsschutzes durch einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe erreicht: »Das Grundgesetz gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes. Art. 3 Abs. 1 GG stellt die Beachtung dieses Gebots der Rechtsschutzgleichheit unter grundrechtlichen Schutz.«<sup>277</sup> Begründet wird diese Egalisierungswirkung über Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG mit der Verwiesenheit der Einzelnen auf die gewaltfreie Konfliktlösung durch die Gerichte und dem in Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Rechtsschutz. Daraus folge, dass der Staat Gerichte einzurichten und auch »Unbemittelten« den Zugang zu diesen durch »Vorkehrungen«, wie etwa der Prozesskostenhilfe nach §§ 147 ff. ZPO, zu ermöglichen habe. Die Reichweite dieses Rechts auf gleichen Zugang zum Rechtsschutz erfordere allerdings keine vollständige,

<sup>276</sup> Henning, ZSR 2010, 329.

<sup>277</sup> BVerfGE 81, 347 (Ls. 1), *Rechtsschutzgleichheit* (1990).

sondern nur eine weitgehende Angleichung: »Der Unbemittelte braucht nur einem solchen Bemittelten gleichgestellt zu werden, der seine Prozeßaussichten vernünftig abwägt und dabei auch das Kostenrisiko berücksichtigt«, weshalb die Gewährung der Prozesskostenhilfe von hinreichenden Erfolgsaussichten abhängig gemacht werden darf.<sup>278</sup> Darüber hinaus umfasse das Recht auch außergerichtliche Beratungshilfe.<sup>279</sup>

Die Verfassungspraxis zu Art. 3 Abs. 1 GG führt hiernach nicht nur wie in der *numerus clausus*-Entscheidung zu einem gleichen Zugang zu knappen staatlichen Ressourcen, sondern geht über ein solches derivatives Teilhaberecht hinaus. Sie vermittelt durch die Zielrichtung auf den tatsächlichen Zugang zum Rechtsschutz einen originären Leistungsanspruch durch eine gleichheitsrechtliche Auslegung des Justizgewährungsanspruchs. Die starke Normativität der rechtsstaatlichen Logik führt also dazu, dass trotz der einhelligen Auffassung, aus Art. 3 Abs. 1 GG folge kein Egalisierungsauftrag, ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein gewisses Maß an ökonomischer Gleichheit zur Kompensation realer Klassenungleichheit abgeleitet wird.

### 3.3 Keine Egalisierung im Gesundheitsbereich

Wenn wir den Bereich rechtsstaatlicher Gleichheit verlassen und uns den Bereich sozialer Gleichheit anschauen, wird die Schwäche des Gleichheitsrechts für die Thematisierung von Klasse deutlich. Für den Gesundheitsbereich hat dies Ulrike Davy eingehend beobachtet.<sup>280</sup> Obwohl das System der gesetzlichen Krankenkassen besonders stark durch die Prinzipien der Umverteilung und Solidarität geprägt sei, könne der Zusammenhang zwischen Gesundheit und ökonomischen Verhältnissen nicht durchbrochen werden.<sup>281</sup> Die Verteilung von Gesundheit und Tod sei weiterhin schichtspezifisch.<sup>282</sup>

Über einkommensorientierte Beiträge soll das System der gesetzlichen Krankenkasse eigentlich zu einer lückenlosen, kollektiv-solidarischen Gesundheitsversorgung führen. Dieses egalitäre System wird jedoch

278 Ebenda, S. 357.

279 BVerfGE 88, 5, *gewerkschaftliche Beratungshilfe* (1992); 122, 39, *außergerichtliche Rechtsberatung* (2008).

280 Davy, ZSR 2010, 295 (298 ff.).

281 Ein gegenläufiger Trend ist die Förderung des Wettbewerbs der gesetzlichen Krankenkassen. Mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz von 2007 wurden Wahltarife ermöglicht, die mehr Ungleichheiten im Gesundheitswesen befürchten lassen, Axer, in: VDStRL, Soziale Gleichheit, S. 202 f.; zu Umverteilung im Recht der Krankenversicherung Wallrabenstein, Versicherung im Sozialstaat, S. 335 ff.

282 Davy, ZSR 2010, 295 (297).

durch Leistungsausschlüsse und Leistungsbegrenzung durchbrochen. So sind notwendige, aber nicht verschreibungspflichtige Medikamente genauso wie Sehhilfen aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen, da es sich um vergleichsweise günstige Produkte handeln soll. Leistungsbegrenzungen für kostenintensive Maßnahmen existieren z.B. bei kieferorthopädischen Behandlungen, die nur bis zum 18. Lebensjahr übernommen werden, und bei künstlicher Befruchtung, bei der die Kostenübernahme auf 50 Prozent der Kosten begrenzt ist.<sup>283</sup>

Davy zeigt, dass in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts Leistungsausschlüsse, Leistungsbegrenzungen und Zuzahlungspflichten von ökonomisch schwächer Positionierten immer wieder unter Gleichheitsgesichtspunkten verhandelt werden, dass diese gleichheitsrechtliche Argumentation bisher jedoch nicht erfolgreich war, da das Bundessozialgericht Finanzierungs- und Belastbarkeitsargumente sowie das Ziel der Verhaltenssteuerung durchgehend akzeptiere. Das Argument der besonderen Belastung von ökonomisch Schwächeren könne in der Rechtsprechung nicht greifen, so Davy, da ansonsten aus Art. 3 Abs. 1 GG ein originärer Leistungsanspruch folge. Der Gleichheitsmaßstab ist für Davy daher zu grob und ungeeignet für den Rechtsschutz von ökonomisch schwach Positionierten.<sup>284</sup> In dieser individualrechtlichen Hinsicht ist Klasse im Gesundheitsbereich keine verfassungsrechtlich erfolgreich verhandelbare Ungleichheitsachse.

283 BSG, Urteil v. 9. 12.1997, 1 RK 11/97; BSG, Urteil v. 19.11.2007, B 1 KR 6/07 R. Zu Leistungsbegrenzungen und -ausschlüssen in der gesetzlichen Krankenversicherung, u. a. mit Blick auf die Grundsicherung nach dem SGB II, siehe *Wenner*, GesR 2009, 169; *Wenner*, in: Wallrabenstein/Ebsen, Konkretisierung des Leistungsniveaus der Gesundheitsversorgung durch die Rechtsprechung. Zur medizinischen Versorgung von Grundsicherungsbezieher\*innen stellt der 1. Senat des BSG fest: »Benötigen Versicherte krankheitsbedingt Mittel, die verfassungskonform nicht dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung unterfallen, sichern die bei Hilfebedürftigkeit eingreifenden Teile des Sozialsystems das verfassungsrechtlich garantierte Existenzminimum.«, BSG, Urteil v. 6.3.2012, B 1 KR 24/10 R, Rn. 36. Dies schließt der 14. Senat des BSG aber aus: »Die übrigen Kosten für Gesundheitspflege, die unter anderem für medizinisch notwendige, aber nicht von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkasse abgedeckte OTC-Präparate unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortung der GKV-Versicherten auch von Hilfebedürftigen nach dem SGB II selbst zu zahlen sind, sind in der Regelleistung abgebildet und lösen damit grundsätzlich keinen Bedarf nach § 73 SGB XII aus«, BSG, Urteil v. 26.5.2011, B 14 AS 146/10 R, Rn. 25.

284 *Davy*, ZSR 2010, 295 (300).



## 4. Leistung: Menschenwürde

Leistungsrechtlich wird die Achse Klasse anhand des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip adressiert. Ein subjektives Recht auf staatliche Fürsorge wurde verwaltungsrechtlich bereits in den Anfangsjahren der Bundesrepublik formuliert und einfachgesetzlich mit dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) im Jahr 1962 eingeführt.<sup>285</sup> Verfassungsrechtlich leitete das Bundesverfassungsrecht den Leistungsanspruch aus der Menschenwürde im Hartz IV-Urteil vom 9. Februar 2010 her und stellte die Existenz eines verfassungsrechtlich garantierten physischen und sozio-kulturellen Existenzminimums fest: »Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.«<sup>286</sup>

### 4.1 Das menschenwürdige Existenzminimum

In der Entscheidung urteilte das Bundesverfassungsgericht über das neu eingeführte System der Grundsicherung für Erwerbsfähige.<sup>287</sup> Konkret ging es um die Verfassungsmäßigkeit der Regelsatzhöhe nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Der Lebensunterhalt von Erwerbsfähigen wurde bis zum 31. Dezember 2004 über die Arbeitslosenhilfe nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch und der Sozialhilfe nach dem BSHG gesichert. Dieses duale System wurde mit der Reform zum 1. Januar 2005 aufgegeben. Die Arbeitslosenhilfe wurde ersatzlos gestrichen und die Grundsicherung für erwerbsfähige Personen neu im SGB II geregelt.

285 Als Begründung gilt die Entscheidung BVerwG, Urteil v. 24.6.1954, V C 78.54, da das BVerwG zum ersten Mal Bedürftigen ein subjektives Recht auf Fürsorge zuspricht und nicht mehr als bloße Untertanen behandelt. Einfachgesetzlich wurde dieser Anspruch mit dem Bundessozialhilfegesetz v. 30.6.1961, BGBl. I 1961, S. 1875, eingeführt.

286 BVerfGE 125, 175 (Ls. 1), *Hartz IV* (2010); dazu mit umfangreichen Nachweisen zur wissenschaftlichen Diskussion und zur Sozialgerichtsrechtsprechung *Berlit*, KJ 2010, 145; *Schnath*, NZS 2010, 297; *Wenner*, SozSich 2010, 69; *Hörmann*, Rechtsprobleme des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums; *Nolte*, Der Staat 2013, 245; *Kingreen*, NVwZ 2010, 558.

287 Überblick bei *Steck/Kossens*, FPR 2005, 424; zu älteren Erwerbslosen *Mayer*, NZS 2005, 568.

Das BSGH wurde aufgehoben und in das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) überführt, das seither die Sozialhilfe für Nichterwerbsfähige, also für Alte und Erwerbsgeminderte, normiert.<sup>288</sup>

Mit dieser Reform wurde ein Paradigmenwechsel vollzogen. Während die alte Sozialhilfe Leistungen nach dem individuellen Bedarf gewährte, die Regelsätze durch Rechtsverordnungen auf Länderebene regional festgelegt wurden und die Arbeitslosenhilfe zusätzliche Leistungen, die sich am alten Einkommen orientierten, ermöglichte, sieht das SGB II einen gesetzlich festgelegten Regelsatz vor, der den durchschnittlichen Bedarf von allen Erwerbsfähigen gleichermaßen decken soll und von dem nicht zugunsten individueller Bedürfnisse abgewichen werden kann. Konträr zur Sozialhilfe ist eine individuelle Erhöhung des Regelsatzes bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende daher nicht vorgesehen. Die Gesetzgebung geht stattdessen davon aus, dass »die nach diesem Buch vorgesehenen Leistungen« den Bedarf decken (§ 3 Abs. 3 SGB II). Mit der Neuregelung der Arbeitslosensicherung ist also von einer Individualisierung zu einer Pauschalierung gewechselt worden: Die neuen Regelsätze sollen pauschal den gesamten Lebensunterhalt umfassen und damit auch Kosten für Anschaffungen, die zuvor durch einmalige Beihilfen gedeckt wurden, wie etwa Elektrogeräte oder Kleidung.<sup>289</sup> Die Bedarfe für Kinder und Jugendliche wurden durch die Reform pauschal auf 60 Prozent bzw. 80 Prozent des Regelbedarfs für Erwachsene festgesetzt.

In seinem Urteil erklärte das Bundesverfassungsgericht die Regelsätze für unvereinbar mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Die Menschenwürde begründe den verfassungsrechtlichen Anspruch; ergänzend erteile das Sozialstaatsprinzip der Gesetzgebung den Auftrag, das Existenzminimum zu sichern und gewähre dafür einen Gestaltungsspielraum, insbesondere für Wertungen über die konkrete Regelsatzhöhe.<sup>290</sup>

Mit der Verankerung des Anspruchs in der Menschenwürde betont das Gericht die grundlegende Bedeutung und Unverfügbarkeit des Existenzminimums. Über die inhaltliche Ausfüllung macht das Bundesverfassungsgericht jedoch keine konkretisierenden Ausführungen, da dies »nicht unmittelbar aus der Verfassung« abgeleitet werden könne. Stattdessen sei es die Aufgabe der demokratischen Gesetzgebung, die Grundsicherung an den jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens sowie die bestehenden Lebensbedingungen auszurichten und immer wieder

288 Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2954.

289 Entwurf eines Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch, BT-Drucks. 15/1514, S. 59 zu § 29.

290 BVerfGE 125, 175 (225 f.), *Hartz IV* (2010).

erneut anzupassen. Dabei müsse neben der physischen Existenz auch die Möglichkeit, zwischenmenschliche Beziehungen zu pflegen und am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben in einem Mindestmaß teilhaben zu können, von der Gesetzgebung berücksichtigt werden.<sup>291</sup> Mehr materiell-rechtliche Vorgaben für die Konkretisierung des Umfangs formulierte das Gericht nicht. Das Bundesverfassungsgericht stellt daher zunächst nicht viel mehr als die Existenz eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Transferleistungen fest, ohne diesen inhaltlich zu konkretisieren. Für die weitere Prüfung geht es dazu über, Rationalitätsanforderungen an das Verfahren der Regelsatzfestlegung zu stellen und diese als Hilfsmaßstab zu formulieren.<sup>292</sup>

#### 4.2 Hilfsmaßstäbe: Evidenzkontrolle und ein rationales Verfahren

Die Schwierigkeit verfassungsrechtlicher Leistungsrechte, das zeigt sich hier in der Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts deutlich, besteht in ihrer Quantifizierung. Eine Verfassungsdogmatik, die für verfassungsrechtliche Leistungsansprüche argumentative Wege zur Verfügung stellt, wurde in der Rechtspraxis bisher nicht entwickelt. Das Bundesverfassungsgericht greift daher auf einen formalen Hilfsmaßstab zurück. Die Gesetzgebung dürfe – im Sinne einer rechtsstaatlichen Logik – Regelsätze nicht einfach »ins Blaue hinein« festlegen; vielmehr müsse die Höhe durch ein transparentes und schlüssiges Verfahren bestimmt werden. Das Verfahren müsse sachgerecht, nachvollziehbar, konsistent und auf Grundlage realitätsgerechter Zahlen erfolgen. Die Methode könne die Gesetzgebung frei wählen. Während früher das Warenkorbmodell verwendet wurde, wird derzeit ein Statistikmodell auf Grundlage der Einkommens- und Verbraucherstichprobe des Statistischen Bundesamtes benutzt. Dies sei zulässig, es müssten sich darin jedoch alle existenznotwendigen Aufwendungen wiederfinden.<sup>293</sup>

Neben dieser formal-prozeduralen Vertretbarkeitskontrolle führt das Gericht eine materiale Evidenzprüfung als eine eng begrenzte Ergebniskontrolle durch und fragt, ob die Regelsätze evident nicht für ein menschenwürdiges Existenzminimum ausreichen. Im Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz hat das Bundesverfassungsgericht diesen Maßstab wieder aufgenommen und ihn konkretisiert, indem es erstens auf den letzten Zeitpunkt der Regelsatzfestsetzung und zweitens auf einen Vergleich mit dem regulären System der Grundsicherung nach dem SGB II

291 Ebenda, S. 222 ff.

292 Kritik daran *Nolte*, *Der Staat* 2013, 245.

293 BVerfGE 125, 175 (235 f.), *Hartz IV* (2010).

und SGB XII abgestellt hat: Da die Regelsätze nach dem Asylbewerberleistungsgesetz seit 1993 nicht angehoben worden waren und die Leistungen mehr als 35 Prozent unter dem der Sozialgesetzbücher lagen, stellte das Bundesverfassungsgericht einen evidenten Verstoß gegen das unabhängig vom Aufenthaltsrecht geltende menschenwürdige Existenzminimum fest.<sup>294</sup>

In der Hartz IV-Entscheidung argumentierte das Bundesverfassungsgericht, dass die Höhe des Regelsatzes zwar nicht evident verfassungswidrig sei, dass aber der Regelsatz aufgrund eines inkonsistenten Verfahrens verfassungswidrig ermittelt worden sei. Von den Strukturprinzipien des Statistikmodells sei mehrfach abgewichen und durchschnittliche Bedarfe ohne empirische Grundlage festgesetzt worden.<sup>295</sup> Das Statistikmodell ermittelt den durchschnittlichen Bedarf für das Existenzminimum anhand des Konsumverhaltens der Haushalte mit geringem Einkommen (die »unteren 20-Prozent«). Aus dieser Verbraucherstichprobe der unteren Einkommensgruppe wurden einzelne Ausgabenposten, etwa im Bereich Mobilität und Strom, pauschal gekürzt, ohne den tatsächlich regelleistungsrelevanten Verbrauch empirisch zu ermitteln. Der Bereich Bildung sowie außerschulischer Unterricht in Sport und Musik wurde vollständig ausgenommen. Darüber hinaus wurde der Bedarf für Kinder und Jugendliche nicht empirisch ermittelt und damit kinder- und altersspezifische Bedarfe sowie Schulbedarf nicht berücksichtigt. Wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend feststellt: »Kinder sind keine kleinen Erwachsenen.«<sup>296</sup>

Die aufgrund des Hartz IV-Urteils erforderliche Neuregelung des Verfahrens zur Festsetzung der Regelsatzhöhe sieht nun vor, dass nicht mehr die »untersten 20-Prozent«, sondern nur noch die »untersten 15-Prozent« als Referenzhaushalte, darunter auch »Aufstocker«-Haushalte und studentische Haushalte,<sup>297</sup> für die Bestimmung des Existenzminimums herangezogen und zusätzlich einige Posten, in Anlehnung an das Warenkorbmodell, aus der Berechnung der Regelsatzhöhe

294 BVerfGE 132, 134 (166 ff.), *AsylBLG* (2012); *Wallrabenstein*, KritV 2012, 433. § 1a Abs. 2 *AsylBLG* in der am 23.10.2015 verkündeten Neufassung, BGBl. I 2015, S. 1722 ff., sieht für bestimmte Personengruppen die Kürzung des soziokulturellen Existenzminimums vor, kritisch dazu *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 22.

295 BVerfGE 125, 175 (238), *Hartz IV* (2010).

296 Ebenda, S. 246.

297 »Aufstocker«-Haushalte sind solche, die aufgrund ihres geringen Einkommens auf zusätzliche Leistungen nach dem SGB II angewiesen sind; die Inklusion von »Aufstocker«-Haushalten und studentischen Haushalten, die Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz erhalten, kritisierte eines der vorlegenden Gerichte in BVerfGE 137, 34, *existenzsichernder Regelbedarf* (2014).

herausgenommen werden.<sup>298</sup> Als das Bundesverfassungsgericht die Neuregelungen 2014 überprüfte, stellte es fest, dass diese Verfahrensweise eine Gefahr der Unterdeckung berge und verpflichtete daher die Gesetzgebung dazu, Vorkehrungen zu treffen.<sup>299</sup> Die Legislative müsse die Entwicklung der tatsächlichen Lebenshaltungskosten im Auge behalten und die Aktualisierung der Regelsatzhöhe sicherstellen. Da die Neuregelung diesen Anforderungen noch nachkomme, u. a. auch weil die Sozialgerichte bei einer drohenden Unterdeckung Normen, die einmalige Leistungszuschüsse vorsehen, verfassungskonform auslegen müssten, sei kein Verfassungsverstoß feststellbar.<sup>300</sup> Dennoch sei bei der derzeitigen Regelsatzhöhe, die wegen der Herausnahme einzelner Ausgabeposten nur zu einer Deckung von 72 Prozent der Konsumausgaben der »unteren 15-Prozent«-Gruppe führt, die Grenze des gerade noch Zulässigen erreicht.<sup>301</sup>

#### 4.3 *Atypische Bedarfe und Pauschalierung*

Das Bundesverfassungsgericht sieht darüber hinaus ein verfassungsrechtliches Problem im Regelungsinstrument der Pauschalierung in Verbindung mit dem Statistikmodell. Mit der Neuregelung des Arbeitslosengeldes hatte sich die Gesetzgebung dafür entschieden, die Regelsatzhöhe nicht mehr am individuellen Bedarf zu orientieren, sondern im Gesetz einheitlich festzulegen. Alle Arbeitssuchenden, seien sie noch so unterschiedlich in ihren Bedürfnissen, bekommen denselben Regelsatz. 2005 betrug der Regelsatz 345 Euro für alleinstehende Erwachsene. Die Gesetzgebung darf im Sozialrecht grundsätzlich mit Techniken der Pauschalierung arbeiten, um Verwaltungsabläufe bei Massenphänomen zu vereinfachen, dem Statistikmodell ist es jedoch inhärent, dass auf den durchschnittlichen Verbrauch und damit auf »normale« Subjekte und ihre gängigen Bedürfnisse abgestellt wird.

Die Gesetzgebung geht also davon aus, dass individuelle Abweichungen vom Durchschnittsverbrauch ausgleichbar sind: Individueller Mehrbedarf an der einen Stelle soll durch geringeren Bedarf an der anderen Stelle, also durch Verhaltenssteuerung, ausgeglichen werden.<sup>302</sup> Darüber hinaus werden für typische Mehrbedarfe wie etwa eine

298 Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch v. 24.3.2011, BGBl. I 2011, S. 453.

299 BVerfGE 137, 34 (59 f., 76, 90 ff.), *existenzsichernder Regelbedarf* (2014).

300 Ebenda, S. 77 ff.

301 Ebenda, S. 92 f.

302 Besondere Bedarfe für z. B. Neugeborene, Medikamente oder Kosten für die Ausübung des Umgangsrechts mit den eigenen Kindern müssen vom Regelbedarf gedeckt werden, LSG BB, Beschluss v. 3.3.2006, L 10 B 106/06 AS

Schwangerschaft zusätzliche Leistungen vorgesehen. Diese typischen Fälle waren jedoch abschließend im SGB II aufgezählt. Für kurzfristige Sonderbedarfe bestand daher allein die Möglichkeit eines Darlehens. Langfristige atypische Bedarfe waren in diesem System überhaupt nicht vorgesehen.

Da aber Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip »jedem Einzelfall« ein menschenwürdiges Existenzminimum gewährleisten – auch Menschen mit stark abweichenden Bedürfnissen –, bestehe, so das Bundesverfassungsgericht, im Ausnahmefall ein zusätzlicher Anspruch, um Unterversorgung zu verhindern.<sup>303</sup> Das Gericht forderte daher eine Härtefallregelung für atypische Bedarfe, die inzwischen mit § 21 Abs. 6 SGB II genauso wie ein Bedarf für Bildung und Teilhabe § 28 SGB II gesetzlich geschaffen wurde.

#### 4.4 Kritik: Individualisierung statt Relationierung

##### 4.4.1 Abstrakte Würde

Die Sicherung des Lebensunterhalts durch das System der Grundsicherung wird in der Hartz IV-Entscheidung auf eine Art und Weise verhandelt, die das einzelne Subjekt und seinen Anspruch auf eine menschenwürdige Existenz in den Mittelpunkt stellt. Die starke Individualisierung scheint hier aus der Maßstabswahl der Menschenwürde zu folgen, denn das Gericht wiederholt mehrmals, dass es um jeden Einzelfall oder um jede individuelle hilfsbedürftige Person und nicht etwa um soziale Gerechtigkeit, materiale Freiheit, den Vergleich mit ökonomisch Privilegierten oder Umverteilung gehe und der Anspruch auf staatliche Existenzsicherung aus der menschlichen Würde folge.<sup>304</sup>

Dabei erfolgt die Begründung eines solchen Anspruchs der »Hilfsbedürftigen« vergleichsweise ahistorisch und ohne Bezüge zu den Kontextbedingungen einer modernen arbeitsteiligen Marktgesellschaft. Es entsteht der Eindruck, dass das Bundesverfassungsgericht zwar das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum als ein Moment moderner Verfassungsstaatlichkeit mit der Menschenwürde normativ stark formulieren, aber wegen der politischen Brisanz der Regelsatzhöhe keine Aussagen von Verfassungs wegen über den Umfang

ER; LSG BB, Beschluss v. 24.4.2007, L 19 B 400/07 AS ER; BSG, Urteil v. 7.11.2006, B 7b AS 14/06 R.

303 Z. B. chronische Erkrankungen, Behinderung, besonders schwierige Lebenslagen, *Kirchhof*, NZS 2015, 1.

304 BVerfGE 125, 175 (222 f., 253), *Hartz IV* (2010).

dieses Anspruchs machen wollte.<sup>305</sup> Grundrechtsträger\*innen können nun durch die Verfassungsbeschwerde ihr Existenzminimum überprüfen lassen, die materialen Inhalte sind jedoch über eine schwache Evidenzkontrolle hinaus der demokratischen Politik überlassen.

Dementsprechend fehlen jegliche Ausführungen zum Sinn und Zweck des Würdeschutzes und des Sozialstaatsprinzips. Der Würdebegriff bleibt im Bereich der Sozialpolitik normativ unkonkretisiert und stellt keinerlei Bezug zu klassenbedingter Ungleichheit her. Diese Strategie der Detachmentisierung des Sinn und Zwecks sozialstaatlicher Instrumente wurde bereits bei den Mehrheitsmeinungen zum Sozialstaatsprinzip sichtbar und scheint sich hier zu wiederholen, wenn auch mit anderer politischer Stoßrichtung.

#### 4.4.2 Existentielle Abhängigkeit und Anerkennung

Die abstrahierende Individualisierung führt zu einigen Leerstellen. Es fehlt eine relationale Perspektive, die möglicherweise Impulse für die Maßstabsbildung hätte setzen können. Eine relationale Perspektive kann durch ihren Fokus auf asymmetrische Beziehungen erleichtern, existentielle Abhängigkeiten zu thematisieren. Bei staatlicher Existenzsicherung unterscheidet sich die Konstellation zu ausgrenzenden Freiheitsrechten z. B. dahingehend, dass Menschen, die Transferleistungen beziehen, in den Fürsorgebereich des Staates einbezogen werden und sich die Beziehung zum Staat grundlegend anders gestaltet als es in der staatsausgrenzenden klassischen Eingriffs-Abwehr-Logik zum Ausdruck kommt. Ihre Beziehung kennzeichnet sich nämlich durch ein existentielles Abhängigkeitsverhältnis zum Staat.<sup>306</sup> Von dieser Form der Abhängigkeit droht paternalistische und punitive Sozialpolitik, wie sie sich etwa in den Sachleistungen oder in den Sanktionsmöglichkeiten gemäß §§ 31–31b SGB II manifestiert.<sup>307</sup>

Das Bundesverfassungsgericht verliert dementsprechend wesentliche materiell-rechtliche Fragen aus dem Blick, insbesondere die Frage nach Geld- oder Sachleistungen in einer geldbasierten Ökonomie. So müsse

305 Nach Schnath erschöpft sich das neue Grundrecht daher darin, ein Recht auf *abgesicherte* Armut zu sein, *Schnath*, NZS 2010, 297 (298). Positiv zum Urteil *Merold*, Freiheit durch den Staat, Kap. D.

306 *Nedelsky*, Law's Relations, Kap. 3.

307 Das SG Gotha hatte dem BVerfG einen Fall vorgelegt, indem es um die Kürzung des Arbeitslosengeldes II um 30 % und schließlich 60 % ging, SG Gotha, Beschluss v. 26.5.2015, S 15 AS 5157/14. Das BVerfG sah die Vorlage jedoch als nicht ausreichend begründet an, BVerfG, Kammerbeschluss v. 6.5.2016, 1 BvL 7/15. Eine erneute Vorlage des SG Gotha ist anhängig und wird im Laufe des Jahres 2019 entschieden (1 BvL 7/16).

die Gesetzgebung das Existenzminimum zwar realitätsgerecht bestimmen, die erforderlichen Wertungen bleiben ihr jedoch vollständig überlassen, so auch die Frage, ob das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen gesichert wird.<sup>308</sup> Trotz des starken Bezugs auf die Menschenwürde wird also der sozialrechtliche Grundsatz, dass zur Sicherung einer selbstbestimmten Lebensführung Hilfe als Geldleistung gewährt wird, nicht erörtert. Die Autonomie der Bedürfnisbefriedigung wird für Arbeitssuchende daher verfassungsrechtlich nicht abgesichert.<sup>309</sup>

Wenn Geld aber das notwendige Mittel zur Inklusion in diverse gesellschaftliche Teilsysteme darstellt, dann drängt sich eigentlich die Frage auf, ob Gutscheine und Sachleistungen als möglicherweise stigmatisierende und infantilisierende Geldersatzleistungen mit der Menschenwürde vereinbar sind oder – in den Worten von Nancy Fraser – zu einer kulturellen Hierarchisierung von Grundsicherungsbeziehungen\*innen führen. Beim Recht auf Existenzsicherung geht es ja nicht nur um Umverteilung, sondern auch ganz wesentlich um die Anerkennung als Gleiche, weil durch Sozialleistungen nicht nur staatliche Gelder verteilt, sondern auch soziale Positionen konstituiert werden.

Nicht-monetäre Leistungen, wie Gutscheine und Sachleistungen, basieren aber auf Stereotypen, nach denen Arme oder Nichterwerbstätige faul oder verantwortungslos sind und es daher negativer Anreize zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bedarf. C.B. Macphersons hat in seiner Kritik des Besitzindividualismus aufgezeigt, dass die kulturelle Abwertung der Armen und Arbeitslosen mit der Entstehung der Privateigentums-gesellschaft entsteht und in den Grundbegrifflichkeiten der bürgerlichen Ordnung verwurzelt ist. Schon zu John Lockes Zeiten galten Arme nicht in gleicherweise als Vernünftige und wurden nicht als gleichwertige Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, sondern als disziplinierungs- und aktivierungsbedürftig betrachtet. Stephan Lessenich hat dies auch für den gegenwärtigen deutschen Sozialstaat beobachtet. Er kritisiert die Genese eines aktivierenden Sozialstaats, der Armut bzw. Erwerbslosigkeit zunehmend individualisiert, eine die Sozialsysteme nicht belastende Lebensführung fordert und dies durch Sanktionen absichert.<sup>310</sup>

Bei der Existenzsicherung geht es also nicht nur darum, wie hoch staatliche Leistungen sind, sondern auch auf welche Art und Weise sie gewährt werden. Eine relationale Perspektivität hätte die kulturelle Abwertung von Erwerbslosen, die potentiell in Geldersatzleistungen und

308 BVerfGE 125, 175 (224), *Hartz IV* (2010); 137, 34 (97), *existenzsichernder Regelbedarf* (2014).

309 *Schnath*, NZS 2010, 297 (299).

310 Das Prinzip des sanktionsabgesicherten Forderns und Förderns ist in §§ 2, 15 f., 31 ff. SGB II verankert.



Sanktionen liegt, problematisieren und auch bei Umverteilungskonflikten eine Anerkennungsdimension in Gestalt eines stereotypensensiblen Maßstabes einführen können. Methodisch wäre dafür die Betroffenenperspektive weiterführend gewesen. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte für die Entwicklung einer relationalen Perspektive, die auch eine Anerkennungsdimension umfasst, hätten ein antidiskriminierungsrechtliches Würdeverständnis oder der Schutz vor Benachteiligung aufgrund der sozialen Herkunft aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geboten. Zwar geht es bei der Kategorie der sozialen Herkunft um die hergebrachte familiäre Klassenzugehörigkeit und damit um soziale Durchlässigkeit,<sup>311</sup> dennoch erscheint es mir nicht völlig abwegig, den Diskriminierungsschutz auch auf die aktuelle Klassenzugehörigkeit zu beziehen und in diese Richtung weiterzuentwickeln, gerade wenn man bedenkt, dass Klassenzugehörigkeit regelmäßig familiär weitergegeben wird.

#### 4.4.3 Die »Überflüssigen« und das Sozialstaatsprinzip

Eine über den abstrakten Individualismus hinausgehende Perspektive hätte möglicherweise auch eine stärkere Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips, beispielsweise in Verbindung mit dem Gleichheitssatz, eröffnen können.<sup>312</sup> Da die Dogmatik des Sozialstaatsprinzips aber davon ausgeht, dass dieses ein Mindestmaß an sozialer Gerechtigkeit und sozialem Ausgleich erfordert, scheint das Bundesverfassungsgericht genau diese Argumentationslinie durch den ständigen Verweis auf die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung umgehen zu wollen. Vielmehr spricht das Bundesverfassungsgericht in abstrakter, ahistorischer Weise von Eigenverantwortung. So bestehe ein Leistungsanspruch dann, wenn »einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil er sie weder aus seiner Erwerbsfähigkeit, noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann.«<sup>313</sup> Dem Staat kommt danach zwar eine subsidiäre Verpflichtung zu, die Existenz zu gewährleisten,<sup>314</sup> auf die Ursachen von ökonomischer Hilfebedürftigkeit geht das Gericht jedoch nicht ein und argumentiert »ohne jeden verfassungsrechtlichen Blick auf

311 *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 502 f. (7. Aufl. i.E.).

312 Zur sozialen Dimension des Gleichheitssatzes *Ipsen*, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Gleichheit, S. 173 f.; die Sondervoten zu BVerfGE 36, 237 (249 f.), *Nachentrichtung* (1973); 138, 136 (25), *Unternehmenserbrecht* (2014).

313 BVerfGE 125, 175 (222), *Hartz IV* (2010).

314 BVerfGE 142, 353 (381 f.), *Bedarfsgemeinschaft* (2016).

die tatsächlichen und/oder möglichen Reichtümer«. <sup>315</sup> Dem brisanten Thema der gesellschaftlichen Verteilung von Reichtum und den damit einhergehenden ökonomischen Privilegien verweigert sich das Gericht durch eine individualisierende-abstrakte Argumentation.

Eine relationale Perspektive hätte demgegenüber die Rezeption von Sozialdaten über die Reichtums- und Armutsentwicklung in Deutschland oder sozialwissenschaftlicher Literatur über die strukturelle Dimension der »Überflüssigen« in der Marktgesellschaft nahegelegt. Dies kann die Chance bieten, den systemischen Charakter von Arbeitslosigkeit und Nichterwerbstätigkeit in Lohnarbeitsgesellschaften rechtlich greifbar zu machen und das Recht auf Transferleistungen nicht auf ein subjektives Recht einzelner, am Markt gescheiterter Subjekte zu reduzieren, sondern als Problem der Ordnung von Sozialbeziehungen oder gar als Gegengewicht zu Eigentumsprivilegien zu verstehen.

Noch vor den Reformen der Agenda 2010 sah Brun-Otto Bryde im Sozialstaatsprinzip nicht nur die Sicherung der materiellen Existenz, sondern auch den Schutz davor verankert, bei Arbeitslosigkeit zum Teil einer »Reservearmee« zu werden. <sup>316</sup> Solche arbeitsmarktpolitischen Überlegungen bezieht das Bundesverfassungsgericht ebenfalls nicht unter Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip ein. Da die neue Grundsicherung, dies zeigt die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe, vom gesetzgeberischen Ziel eines verschärften Drucks auf Erwerbslose bzw. einer verschärften Angst vor Arbeitslosigkeit getragen war, hätten solche Überlegungen ebenso weiterführend sein können. Dafür bedarf es methodisch wie beim Beispiel des Geldersatzes der Reflexion der Effekte von sozialstaatlichen Leistungen, also die Einnahme der Betroffenenperspektive.

Auch thematisiert das Bundesverfassungsgericht nicht die Beziehung zwischen Statistikmodell und arbeitsmarktpolitischen Entscheidungen der Gesetzgebung. Hierfür wäre ebenfalls die Rezeption von Sozialdaten hilfreich gewesen, die die Entwicklung des inzwischen größten Niedriglohnsektors in Europa hätte sichtbar machen können. Der »Entwicklungsstand des Gemeinwesens«, an dem sich die Gesetzgebung für die Bestimmung der Regelsatzhöhe orientieren soll, ist keine naturwüchsige Angelegenheit, sondern selbst durch gesetzgeberische Regulierungen geprägt. Hier drängt sich die Frage auf, ob das Statistikmodell, das sich an der untersten Einkommensgruppe orientiert und von einem Lohnabstandsgebot ausgeht, eine Abwärtsspirale befördert. <sup>317</sup>

<sup>315</sup> *Schnath*, NZS 2010, 297 (299).

<sup>316</sup> *Bryde*, in: Evers, Das Sozialstaatsprinzip als Programm, Deskription und Norm, S. 47.

<sup>317</sup> *Schnath*, NZS 2010, 297 (300); ebenso kritisch zum Lohnabstandsgebot m.w.N. *Berlit*, KJ 2010, 145 (158).

## 4.4.4 Multiple Exklusion

Über die materiell-rechtlichen Fragen hinaus bestehen abschließend formale und prozessuale Hürden für die verfassungsrechtliche Adressierung von Klasse. Ulrike Davy bezeichnet dies als Problem der multiplen Exklusion.<sup>318</sup> Die rot-grüne Sozialpolitik habe in der Gesamtschau zu einer Exklusion aus mehreren Funktionssystemen geführt: »Die Ausgrenzungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung werden weder durch die Sozialhilfe noch durch die Grundsicherung aufgefangen. Einzelne Bedarfe des Lebensunterhalts, die bis Ende 2004 durch Öffnungsklauseln des Sozialhilferechts gedeckt waren, waren ab 1. Januar 2005 aus der Regelleistung zu bestreiten.«<sup>319</sup> Leistungskürzungen in einem Bereich werden nicht notwendigerweise durch das Sozialhilfe- und Grundsicherungsrecht ausgeglichen. Da unterschiedliche Zuständigkeiten und Bedarfe nicht immer zeitgleich bestehen, existiere kein ausreichender Rechtsschutz, der im Einzelfall überprüfen könne, ob die untere Grenze des Existenzminimums gewahrt bleibe, so die Kritik von Davy: »Aus Gründen der Zuständigkeit, aber auch weil Bedarfe nicht zeitgleich entstehen, sind der Ausschluss der Sehhilfen aus dem SGB V im Verfahren A, der besondere Hygienebedarf im Verfahren B, die Kosten des Umgangsrechts im Verfahren C und die Notwendigkeit eines Ersatzkühlschranks im Verfahren D geltend zu machen, zum Teil vor verschiedenen Leistungsträgern.«<sup>320</sup>

Verfassungsrechtlich sei multiple Exklusion nicht thematisierbar, weil eine Gesamtbetrachtung von Exklusionserfahrungen im Bereich der Grundsicherung im Verfahren einer Verfassungsbeschwerde kaum möglich sei. Auch sei der Evidenzmaßstab des Bundesverfassungsgerichts zu unterkomplex. Das Gericht habe für die Bewertungen darauf abgestellt, dass die Regelleistungen insbesondere für Lebensmittel ausreichend sei und dabei unberücksichtigt gelassen, dass jeglicher Bedarf aus der Regelleistung zu finanzieren und der volle Satz aufgrund der Notwendigkeit des Ansparens für bestimmte Bedarfe in der Regel nicht zur Verfügung stehe. Weil gegen diese multiplen Formen der Exklusion kein effektiver Rechtsschutz bestehe, kommt Davy zu dem Schluss, dass es keine Instanz gäbe, die »die Einhaltung der Menschenwürde-Garantie verlässlich prüfen kann.«<sup>321</sup>

318 Davy, ZSR 2010, 295 (304); auch Kirchhof, NZS 2015, 1 (7) (additiver Grundrechtseingriff).

319 Davy, ZSR 2010, 295 (304).

320 Ebenda, S. 304 f.

321 Ebenda, S. 305.

## 4.4.5 Die Gestaltungsfreiheit der Politik

Gegen diese Kritiklinie kann eingewendet werden, dass Sozialpolitik wie alle politischen Entscheidungen Sache der demokratischen Gesetzgeberin ist und die Höhe des Regelsatzes kein originär verfassungsrechtliches Problem – keine Verfassungsfrage – darstellt. Dies reflektiert jedoch nicht ausreichend, dass es keineswegs selbstverständlich ist, welche politischen Entscheidungen als verfassungsrechtlich thematisierbar gelten und zu einer Verfassungsfrage werden und welche nicht. Was in einer Verfassungsordnung plausibel sagbar ist und welche Argumentationslinien durch den Verweis auf die Gesetzgebung aus einer intelligiblen Verfassungspraxis ausgeschlossen werden können, sind ja gerade keine selbstverständlichen, naturhaften Gegebenheiten, sondern verfassungsrechtlich umkämpfte Angelegenheiten. Dass verfassungsrechtlich bisher nur wenige soziale Verfassungsgarantien formuliert wurden, verweist auf die Hegemonie einer rechtsstaatlich-liberalen Verfassungsrationalität, die für die Adressierung ökonomischer Ungleichheit keine Sprache entwickelt hat.

## IV. Gleichheit und Fremdheit – Existenzminimum für Unionsbürger\*innen

### 1. Rechtskonflikte um ein sozialstaatliches Europa

Bisher wurde untersucht, wie die Ungleichheitsachse Klasse innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung adressiert wird. Nun soll der Blick über die deutsche Rechtsordnung hinaus auf das Unionsrecht gerichtet und die Rechtskonflikte um das Existenzminimum von Unionsbürger\*innen rekonstruiert werden. Während auf nationalstaatlicher Ebene die formale Rechtsgleichheit jenseits des Justizgewährungsanspruchs nicht als Anknüpfungspunkt für die Verhandlung von Klasse dient, hat sie auf europäischer Ebene zur Entwicklung transnationaler sozialer Rechte entscheidend beigetragen. Der Europäische Gerichtshof hat über das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit Unionsbürger\*innen sozialrechtlich in andere Mitgliedstaaten inkludiert und auf diese Weise soziale Gleichheit vermittelt.<sup>322</sup> In dieser Rechtsprechung geht es immer wieder um die Frage, ob Unionsbürger\*innen, die in einem anderen Mitgliedstaat leben, von existenzsichernden Sozialleistungen ausgeschlossen werden dürfen.

Die Rechtskonflikte entzündeten sich an den sekundärrechtlichen Regelungen zur Freizügigkeit für ökonomisch nicht aktive Unionsbürger\*innen. Während beschäftigte Unionsbürger\*innen sozialrechtlich in anderen Mitgliedstaaten gut abgesichert sind, sind nicht erwerbstätige Unionsbürger\*innen im Sozialrecht nicht in gleicher Weise Inländer\*innen gleichgestellt. Der Europäische Gerichtshof hat dies in mehreren Entscheidungen in einer aktivistischen Rechtsprechungslinie infrage gestellt und in diesem Zuge sukzessiv transnationale soziale Rechte entwickelt. Seit Ende der 1990er Jahre hat der Europäische Gerichtshof einer alleinerziehenden Mutter<sup>323</sup>, Studierenden<sup>324</sup>, Arbeitssuchenden<sup>325</sup> und

322 Auch im deutschen Kontext darf bei Sozialleistungen nicht unbegrenzt nach der Staatsangehörigkeit differenziert werden, vielmehr bedarf es überzeugender sachlicher Gründe: BVerfGE 111, 160 (174 f.), *Kindergeld für Ausländer* (2004); 116, 229 (239 f.), *AsylBLG* (2012); 130, 240 (251), *Landeserziehungsgeld* (2012); 132, 72 (19), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012). Zur sozialrechtlichen Inklusion im deutschen Recht siehe *Janda*, Migranten im Sozialstaat, Kap. 5.

323 EuGH, Urteil v. 12.5.1998, C-85/96, *Martínez Sala*.

324 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*; Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*; Urteil v. 23.10.2007, C-11/06, C-12/06, *Morgan und Bucher*; Urteil v. 18.7.2013, C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*.

325 EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*; Urteil v. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*; Urteil v. 25.10.2011, C-367/11, *Prete*.

auch einem Wohnungslosen<sup>326</sup> über die europarechtliche Gleichheit Zugang zu sozialen Leistungen in anderen Mitgliedstaaten als dem eigenen Herkunftsstaat, von Erziehungsgeld<sup>327</sup>, über das Existenzminimum<sup>328</sup> und Arbeitslosenbeihilfe<sup>329</sup> bis zur Ausbildungsförderung<sup>330</sup> zugesprochen. Diese transnationalen sozialen Rechte liegen quer zu einem rein marktwirtschaftlich definierten Binnenmarktprojekt, knüpfen sie doch europäische Solidarität – und Umverteilung – nicht mehr an wirtschaftliche Aktivität, sondern allein an den Status des europäischen Rechtssubjekts.<sup>331</sup> Hierin zeigt sich die Verschränkung der Umverteilungs- und Ankerkennungsdimensionen: Die Staatsbürgerschaft hat als Identitätskategorie den Ausschluss oder den beschränkten Zugang zu sozialstaatlichen Leistungen in der Vergangenheit legitimiert; diese Diskriminierung von Angehörigen einer fremden Staatsangehörigkeit im Sozialrecht wurde durch die Rechtsprechungspraxis zur Unionsbürgerschaft jedoch infrage gestellt. In Anlehnung an T. H. Marshall wird in der Wissenschaft daher schon von einer Sozialbürgerschaft (*social citizenship*) in Abgrenzung zu einer reinen Marktbürgerschaft gesprochen.<sup>332</sup>

Vor dem Hintergrund des starken materiellen Wohlstandsgefälles innerhalb der Europäischen Union sind transnationale soziale Rechte politisch jedoch brisant. Der Kampf um diese bewegt sich im Spannungsfeld unterschiedlicher Vorstellungen über die weitere Entwicklung der europäischen Integration. Visionen einer europäischen Sozialstaatlichkeit stehen der Konzeption einer nationalen Wohlfahrtssouveränität konträr gegenüber.<sup>333</sup> Während die europäischen Mitgliedstaaten ihre sozialen Systeme vor den »Armen Europas«, vor sogenanntem »Sozialtourismus«<sup>334</sup>, bewahren wollen, deutet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf eine europäische Sozialstaatlichkeit hin, die unabhängig

326 EuGH, Urteil v. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*.

327 EuGH, Urteil v. 12.5.1998, C-85/96, *Martínez Sala*.

328 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*; Urteil v. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*.

329 EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*; Urteil v. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*.

330 EuGH, Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*; Urteil v. 23.10.2007, C-11/06, C-12/06, *Morgan und Bucher*; Urteil v. 18.7.2013, C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*; wegen Inländerdiskriminierung: EuGH, Urteil v. 11.7.2002, C-224/98, *D'Hoop*.

331 *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43.

332 *Davy*, ZSR 2010, 295; *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43; *Mangold*, in: Schlachter/Heinig, § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft.

333 Zu den unterschiedlichen Positionen ausführlich *Buckel*, *Welcome to Europe*, S. 81 ff.

334 Unwort des Jahres 2013, kritisch zu diesem Begriff *Fuchs*, ZESAR 2014, 103.

von der Erwerbstätigkeit soziale Sicherheit begründet. Hier kommt die Eigenlogik des Rechts gegenüber der Politik ins Spiel.<sup>335</sup> Wie schon so oft in der europäischen Geschichte, ist der Europäische Gerichtshof auch im sozialrechtlichen Bereich die treibende Kraft der Integration. Im Zuge der Finanz- und Migrationskrisen lässt sich jedoch ein Zurückrudern des Europäischen Gerichtshofs beobachten. Seit 2014 hat der Europäische Gerichtshof in drei Rechtsfällen die deutsche Regelung zum Ausschluss von Unionsbürger\*innen aus der Grundsicherung akzeptiert (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II) und damit möglicherweise auf die Kritik der Mitgliedstaaten an seiner sozialen Rechtsprechungspraxis reagiert.

Die zunächst inklusive, inzwischen aber wieder restriktivere Rechtspraxis soll im Folgenden rekonstruiert werden. Einleitend werden die Unionsbürgerschaft und die sozialrechtliche Absicherung verschiedener Gruppen von Unionsbürger\*innen skizziert (2.). Anschließend wird die Entwicklung transnationaler sozialer Rechte durch den Europäischen Gerichtshof nachgezeichnet (3.), um schließlich die konfliktreiche Auseinandersetzung um das Existenzminimum von Unionsbürger\*innen anhand der Rechtsfälle zur deutschen Grundsicherung zu untersuchen (4.).

## 2. Rechtlicher Rahmen

### 2.1 Unionsbürgerschaft

Die Entwicklung transnationaler sozialer Rechte vollzieht sich anhand von Fällen, bei denen wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger\*innen, also Alleinerziehende, Studierende, Arbeitssuchende und Erwerbslose, soziale Leistungen in ihrem Wohnsitzstaat beantragt haben, diese aber aufgrund ihrer fremden Staatsangehörigkeit verweigert bekamen. Klasse und Freizügigkeit verschränken sich hier, weil Mobilität von ökonomischen Ressourcen abhängig gemacht wird und es daher nicht für alle europäischen Rechtssubjekte in gleicher Weise möglich ist, ihren Lebensunterhalt in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union zu sichern. Dogmatisch nutzte der Europäische Gerichtshof die Unionsbürgerschaft aber als Einfallstor, um das Verhältnis von Klasse und sozialstaatlich abgesicherter Freizügigkeit europarechtlich auszuhandeln und den Ausschluss von Sozialleistungen allein aufgrund der Staatsangehörigkeit regelmäßig als gleichheitswidrig zu qualifizieren.

Die Unionsbürgerschaft wurde 1992 mit dem Vertrag von Maastricht eingeführt (ex-Art. 17 EGV, heute Art. 20 AEUV),<sup>336</sup> wobei ihr die

<sup>335</sup> *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion, S. 213 ff.

<sup>336</sup> Zur Unionsbürgerschaft *Kadelbach*, in: von Bogdandy/Bast, Unionsbürgerschaft.

Mitgliedstaaten damals keine soziale Dimension zugeschrieben haben. Sie sollte lediglich die bisherigen Rechte zusammenfassen und keine neuen begründen. Daher bestimmt Art. 20 Abs. 2 AEUV, dass den Unionsbürger\*innen die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten zukommen, darunter insbesondere das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten. Nach Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EGV bzw. ex-Art. 6 EGV) ist darüber hinaus jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich der Verträge verboten.

Nur wenige Jahre nach ihrer Einführung fing der Europäische Gerichtshof an, die Unionsbürgerschaft als Status grundlegender Rechtsgleichheit zu deuten. Unionsbürger\*innen verfügen losgelöst von ihrer wirtschaftlichen Aktivität, so der Europäische Gerichtshof, über die gleichen Rechten wie Inländer\*innen: »Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.«<sup>337</sup>

## 2.2 Akzessorische Sozialpolitik

Die Genese der Europäischen Union ist geprägt durch die Idee eines europäischen Binnenmarktprojekts, das gleiche Bedingungen für Marktbürger\*innen garantiert.<sup>338</sup> Als Wirtschaftsgemeinschaft sahen die europäischen Verträge daher lange Zeit keine sozialen Rechte, sondern allein ökonomische Grundfreiheiten bzw. eine rein akzessorische Sozialpolitik vor, die funktional auf den Binnenmarkt ausgerichtet war.<sup>339</sup> Mit der Grundrechte Charta der Europäischen Union wurden die ökonomischen Grundfreiheiten nun um europäische Grundrechte ergänzt. Die Charta sieht u. a. ein Recht auf Bildung (Art. 14), Arbeitnehmerrechte (Art. 27 ff.), soziale Sicherung (Art. 34) und den Zugang zum Gesundheitsschutz (Art. 35) vor.

In Art. 3 Abs. 3 EUV wird Sozialpolitik außerdem zu einem Ziel der Europäischen Union erklärt: Die Union »bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierung und fördert soziale Gerechtigkeit und

337 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Rn. 31.

338 Der Begriff geht auf Ipsen zurück, *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1964, 339 (340).

339 *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43 (43 ff.). Zum Konflikt zwischen einer ökonomisch und einer sozial orientierten europäischen Integration siehe EuGH, Urteil v. 11.12.2007, C-438/05, *Viking*; Urteil v. 18.12.2007, C-341/05, *Laval*; Urteil v. 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert*; Urteil v. 18.7.2013, C-426/11, *Alemo-Herron*; Urteil v. 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*; Urteil v. 18.7.2017, C-566/15, *Erzberger*.



sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes.« Entgegen dieser proklamierten Zielsetzungen dominieren in der Kompetenzordnung des europäischen Primärrechts wirtschaftliche Kompetenztitel. Eine europäische Sozialpolitik ist auf vertraglicher Ebene kaum vorgesehen. Sozialpolitik wird allein durch die Methode der offenen Koordinierung ermöglicht (Art. 48, Art. 156 AEUV), Rechtsharmonisierungen sind jedoch weitgehend ausgeschlossen (vgl. Art. 151 ff., insbes. Art. 153, Art. 168 Abs. 5 AEUV). Die Mitgliedstaaten wollen auch zukünftig an ihrer Sozialstaatsouveränität festhalten. Über die Binnenmarktregelungen reguliert die Europäische Union also die privatwirtschaftliche Primärverteilung<sup>340</sup> und überlässt den Mitgliedstaaten die redistributive Sozialpolitik im Rahmen einer nationalstaatlich organisierten Sekundärverteilung. Kompetenzrechtlich besteht daher auf europäischer Ebene eine Asymmetrie zwischen dem Binnenmarkt und dem Sozialstaat.<sup>341</sup>

### 2.3 Inklusion der Arbeitnehmer\*innen

Der Logik eines Binnenmarktprojekts entsprechend war die formale Rechtsgleichheit von Arbeitnehmer\*innen schon seit den 1960er Jahren sekundärrechtlich in der Freizügigkeitsverordnung (VO 1612/68) und in der Verordnung zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 1408/71) geregelt.<sup>342</sup> Diese sollen transnationale Mobilität gewährleisten. Arbeitnehmer\*innen, die ihre Freizügigkeit ausüben, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten, genießen daher eine umfassende rechtliche Gleichbehandlung, wobei sich diese auch auf soziale und steuerliche Vergünstigungen erstreckt, Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68. Der Europäische Gerichtshof hat die Gleichheitsverpflichtung aus Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68

340 Und beschränke damit wohlfahrtsstaatlichen Programmen der Mitgliedsstaaten, so eine Kritik von *Somek*, EuR - Beiheft 1 2013, 49; *Höpner*, EuR - Beiheft 1 2013, 69; kritisch zur Unterordnung des Antidiskriminierungsrechts unter die Sozialpolitik bei *Somek Schiek*, KJ 2014, 396.

341 *Bast/Rödl*, EuR - Beiheft 1 2013, 5 (8).

342 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates v. 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 v. 19.10.1968, S. 2, ergänzt durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates v. 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 149 v. 5.7.1971, S. 2. Letztere ist inzwischen ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166 v. 30.4.2004, S. 1.

weit ausgelegt und diverse sozialstaatliche Leistungen, wie Kindergeld, Grundsicherung oder Ausbildungshilfen Arbeitnehmer\*innen und ihren Familienangehörigen zugesprochen und auf diese Weise der Freizügigkeit eine »umfassende sozialrechtliche Dimension« verliehen.<sup>343</sup>

Darüber hinaus gewährleistet die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004), in die die Verordnung über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit seit 2004 überführt wurde, dass sozialstaatliche Leistungen exportierbar werden. Sie soll verhindern, dass durch die Migration in einen anderen Mitgliedstaat Arbeitnehmer\*innen und ihre Familien weder im Wohnsitzstaat noch im Herkunftsstaat sozial abgesichert sind und aus der nationalstaatlich organisierten sozialen Sicherung herausfallen. Daher sieht die Verordnung 883/2004 die Exportierbarkeit von beitragsabhängigen Leistungen und ein strenges Gleichbehandlungsgebot im Fall von nicht-exportierbaren besonderen beitragsunabhängigen Leistungen vor, Art. 3 Abs. 3, Art. 4, Art. 70 VO 883/2004. Reine Fürsorgeleistungen, also Sozialhilfe, sind weder exportierbar noch fallen sie unter das Gleichbehandlungsgebot.

Ulrike Davy hat die Entwicklung der sozioökonomischen Situation von Arbeitskräften aus den EU-Anwerbeländern (Italien, Griechenland, Spanien, Portugal) mit denen aus dem ehemaligen Jugoslawien und der Türkei in Deutschland verglichen. Sie kommt in ihrer Auswertung von Sozialdaten zu dem Ergebnis, dass die bessere Inklusion in das Sozialrechtssystem auch zu einer verbesserten sozialen Position der Unionsbürger\*innen im Vergleich zu Drittstaatsangehörigen geführt hat: »Es gibt einen plausiblen Zusammenhang zwischen der strikten Inklusionspolitik der Gemeinschaft und der Lage der Arbeitskräfte aus den EU-Anwerbeländern. (...) Anders gewendet: Die Aufgabe der Gemeinschaft bezieht sich auf rechtliche Gleichheit. Rechtliche Gleichheit bewirkt hier jedoch zugleich mehr soziale Gleichheit.«<sup>344</sup>

#### 2.4 Freizügigkeit ökonomisch inaktiver Unionsbürger\*innen

Die Freizügigkeit wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger\*innen ist sekundärrechtlich inzwischen einheitlich in der Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38) geregelt. Zuvor war die Freizügigkeit in drei verschiedenen Richtlinien normiert. Es existierten die Richtlinien für Renter\*innen, Studierende und sonstige wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger\*innen.<sup>345</sup> Nach den alten Richtlinien wie auch nach der

343 Davy, ZSR 2010, 295 (306) m.w.N. zur Rechtsprechung.

344 Ebenda, S. 308.

345 Richtlinie 90/364/EWG des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht; Richtlinie 90/365/EWG des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht

Freizügigkeitsrichtlinie dürfen nicht erwerbstätige Unionsbürger\*innen sich nur dann länger als drei Monate in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, wenn sie die eigene Existenz sichern können und über eine Krankenversicherung verfügen, Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38. Zwar garantiert die Freizügigkeitsrichtlinie ein strenges Gleichbehandlungsgebot für Unionsbürger\*innen, das sich auch auf den sozialrechtlichen Bereich erstreckt, jedoch sind reine Sozialhilfeleistungen für die ersten drei Monate oder für die Zeit der Arbeitssuche davon ausgenommen, Art. 24, Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38.<sup>346</sup> Auch Ausbildungshilfen sind vor dem Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts, das erst nach fünf Jahren gewährt werden muss, davon ausgeschlossen, Art. 24 Abs. 2, Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38.

### 3. Transnationale soziale Rechte

#### 3.1 *Martínez Sala, Grzelczyk, Trojani*

Die Rechtsprechungslinie, aus der sich sukzessiv transnationale soziale Rechte entwickelt haben, beginnt mit der Entscheidung *María Martínez Sala* von 1998.<sup>347</sup> *María Martínez Sala* lebte als spanische Staatsangehörige seit 1968 in Bayern und übte in unregelmäßigen Abständen verschiedene Tätigkeiten bis 1989 aus. Ab diesem Zeitpunkt war sie erwerbslos und empfing Sozialhilfe. Zwischen 1984 und 1994 erhielt sie nur Bescheinigungen darüber, dass die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis beantragt sei, erst 1994 wurde die Aufenthaltserlaubnis tatsächlich ausgestellt. Als sie 1993 Landeserziehungsgeld für ihr Kind beantragte, verweigerte ihr der Freistaat Bayern dies mit der Begründung, dass sie weder über die deutsche Staatsangehörigkeit noch eine gültige Aufenthaltserlaubnis verfüge. In seiner Entscheidung knüpfte der Europäische Gerichtshof europäische Solidarität zum ersten Mal an den Status der Unionsbürgerschaft. *María Martínez Sala* falle als Angehörige eines Mitgliedstaates, »die sich rechtmäßig in einem Gebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhält«, in den persönlichen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft.<sup>348</sup> Aus dieser

der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen; Richtlinie des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, 90/366/EWG, ABl. L 180 v. 13.7.1990, S. 26 ff. Letztere ersetzt durch Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. L 317 v. 18.12.1993, S. 59.

346 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*.

347 EuGH, Urteil v. 12.5.1998, C-85/96, *Martínez Sala*.

348 Ebenda, Rn. 61.

folge, dass sie nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden dürfe, sofern der sachliche Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffnet sei. Als soziale Vergünstigung im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 falle das streitige Erziehungsgeld in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts. Das Erfordernis einen gültigen Aufenthaltstitel für die Beantragung von Erziehungsgeld vorzulegen, sei eine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit.<sup>349</sup>

Drei Jahre später folgte die Rechtssache *Grzelczyk*. In dieser griff der Europäische Gerichtshof die Argumentation aus der vorherigen Entscheidung wieder auf und entwickelte diese unter Hinzuziehung der Freizügigkeit weiter (ex-Art. 8a EGV bzw. ex-Art. 18 EGV, Art. 21 AEUV).<sup>350</sup> In dem Fall ging es um einen französischen Studenten, der an einer belgischen Universität Sport studierte und die ersten drei Jahre durch Erwerbsarbeit für seinen Lebensunterhalt sorgte. Für sein letztes Studienjahr beantragte er das Existenzminimum. Dieses wurde ihm für kurze Zeit gewährt, dann aber versagt, weil er weder über die belgische Staatsangehörigkeit verfüge noch Arbeitnehmer im Sinne der VO 1612/68 sei. Diesen Ausschluss sah der Europäische Gerichtshof als eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit an:<sup>351</sup> »Die Tatsache, dass ein Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dem er angehört, ein Hochschulstudium absolviert, kann ihm somit nicht als solche die Möglichkeit nehmen, sich auf das in Artikel 6 EG-Vertrag verankerte Verbot jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu berufen.«<sup>352</sup> Die Ausübung der Freizügigkeit eröffne den sachlichen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft und das damit verknüpfte Recht auf Gleichbehandlung.<sup>353</sup>

In seiner Argumentation umging das Gericht die Frage, ob die sekundärrechtliche Studierendenrichtlinie primärrechtswidrig sein könnte, da diese das Aufenthaltsrecht von Studierenden davon abhängig machte, den eigenen Lebensunterhalt sichern zu können und krankenversichert zu sein, Art. 1, Art. 4 RL 93/96. Dem Europäischen Gerichtshof zufolge ergebe die sechste Begründungserwägung der Richtlinie, dass die Studierenden die öffentlichen Finanzen nicht über Gebühr belasten dürfen. Dies lasse auf ein gewisses Maß an transnationaler Solidarität schließen, weshalb das Aufenthaltsrecht aus der Richtlinie beim Fehlen finanzieller Mittel nicht automatisch entfallen könne.<sup>354</sup>

349 Ebenda, Rn. 62 ff.

350 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*.

351 Ebenda, Rn. 29.

352 Ebenda, Rn. 36.

353 Kritisch *Tomuschat*, *Common Market Law Review* 2000, 449; *Heilbronner*, *NJW* 2004, 2185; die Gleichstellung von Unionsbürger\*innen befürwortend *Bogdandy/Bitter*, in: *Gaitanides/Kadelbach/Rodríguez Iglesias*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot.

354 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Rn. 44.

An das Freizügigkeitsrecht und das Diskriminierungsverbot knüpfte der Europäische Gerichtshof seitdem immer wieder an, um über die ökonomischen Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht aus der Freizügigkeitsrichtlinie zu entscheiden. So ging es in der Rechtssache *Trojani* von 2004 erneut um das Existenzminimum. Der französische Staatsangehörige Michel Trojani wohnte bei der Heilsarmee in Belgien und erhielt für seine Tätigkeit im Wohnheim etwas Taschengeld. Zusätzlich beantragte er das belgische Existenzminimum. Auch in dieser Entscheidung stützte sich der Europäische Gerichtshof in Anschluss an Grzelczyk darauf, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat dazu führt, dass sich nicht erwerbstätige Unionsbürger\*innen auch bei Sozialhilfeleistungen auf das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit berufen können. Daher sah der Europäische Gerichtshof im Ausschluss Trojanis eine unzulässige Diskriminierung und sprach ihm das belgische Existenzminimum zu.<sup>355</sup> Dabei argumentierte der Europäische Gerichtshof erneut, dass der Bezug von Transferleistungen nicht automatisch zu einem Verlust des Aufenthaltsrechts aus der Richtlinie führen dürfe, sondern die Behörde jeden Einzelfall prüfen müsse. Eine mögliche Ausweisung müsste zudem verhältnismäßig sein.<sup>356</sup>

In späteren Entscheidungen interpretierte der Europäische Gerichtshof die primärrechtliche Freizügigkeit von Unionsbürger\*innen parallel zur Grundfreiheitsdogmatik als ein allgemeines Beschränkungsverbot, nach der jegliche Beeinträchtigung der Freizügigkeit an den Rechten aus der Unionsbürgerschaft gemessen werden kann.<sup>357</sup> Die Freizügigkeit könne, so der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Tas-Hagen* und *Tas* zum ersten Mal, ihre volle Wirkung nicht entfalten, »wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats von ihrer Wahrnehmung durch Hindernisse abgehalten werden könnte, die seinem Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat infolge einer Regelung seines Herkunftsstaats entgegenstehen, die Nachteile daran knüpft, dass er von diesen Erleichterungen Gebrauch gemacht hat.«<sup>358</sup>

### 3.2 *Collins*

Teilweise überprüfte der Europäische Gerichtshof den verweigerten Zugang zu sozialrechtlichen Leistungen auch anhand der Arbeitnehmer-

355 EuGH, Urteil v. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*, Rn. 42 ff.

356 Ebenda, Rn. 45 f.

357 EuGH, Urteil v. 11.7.1974, 8/74, *Dassonville*; Urteil v. 20.2.1979, 120-78, *Cassis-de-Dijon*.

358 EuGH, Urteil v. 26.10.2006, C-192/05, *Tas und Tas-Hagen*, Rn. 30; Urteil v. 23.10.2007, C-11/06, C-12/06, *Morgan und Bucher*, Rn. 26 ff., 33ff.; Urteil v. 21.7.2011, C-503/09, *Stewart*.

freizügigkeit, indem er nicht nur Beschäftigte, sondern auch Arbeitssuchende in den persönlichen Anwendungsbereich einbezog (Art. 45 AEUV).<sup>359</sup> Aus der primärrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit folgen, so argumentierte der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Collins erstmals, sowohl ein Recht auf Aufenthalt zur Arbeitssuche als auch ein Recht auf Gleichbehandlung. Das Diskriminierungsverbot beschränke daher die Möglichkeit, Arbeitssuchende von Leistungen auszuschließen, die dem Zugang zum Arbeitsmarkt dienen. Leistungen für Arbeitssuchende dürften zwar von einem angemessenen Wohnsitzfordernis, nicht aber von der Staatsangehörigkeit abhängig gemacht werden.<sup>360</sup>

### 3.3 Zugehörigkeitskriterien

Dem mitgliedstaatlichen Interesse an einem begrenzten Zugang zu sozialen Leistungen kam der Europäische Gerichtshof mit der Entwicklung von Zugehörigkeitskriterien entgegen. Der Zugang zu sozialen Rechten darf danach von einer tatsächlichen Verbindung zum Aufenthaltsstaat abhängig gemacht werden.<sup>361</sup> Dafür dürfen Kriterien herangezogen werden, die auf eine gewisse gesellschaftliche Integration verweisen.<sup>362</sup> Diese müssen jedoch eine einzelfallbezogene Prüfung eröffnen und dürfen zu keinem unverhältnismäßigen Ausschluss führen.<sup>363</sup> Das Erfordernis einer Mindestwohndauer sah der Europäische Gerichtshof im Einzelfall als unangemessen an, wenn andere Kriterien wie etwa ein Studium oder eine familiäre Bindung die Integration in den Mitgliedsstaat nachweisen.<sup>364</sup> Neben der Wohnsitzdauer begründen daher auch Ausbildung oder Familie eine Zugehörigkeit zur

359 EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*, Rn. 57, 63; Urteil v. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*, Rn. 22, 38; Urteil v. 4.6.2009, C-22/08, C-23/08, *Vatsouras und Koupatantze*, Rn. 36; Urteil v. 25.10.2011, C-367/11, *Prete*, Rn. 25.

360 EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*, Rn. 63 ff.; auch Urteil v. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*, Rn. 22 f.; Urteil v. 25.10.2011, C-367/11, *Prete*, Rn. 25.

361 EuGH, Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*, Rn. 55; ähnlich Urteil v. 18.7.2013, C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*, Rn. 37 f.

362 EuGH, Urteil v. 23.10.2007, C-11/06, C-12/06, *Morgan und Bucher*, Rn. 46; ausführlich zu diesen Kriterien *Devetzi*, EuR 2014, 638.

363 EuGH, Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*, Rn. 61 ff.; Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, Rn. 72 ff.

364 EuGH, Urteil v. 18.7.2013, C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*; Urteil v. 21.7.2011, C-503/09, *Stewart*; anders EuGH, Urteil v. 18.11.2008, C-158/07, *Förster*.

Solidargemeinschaft.<sup>365</sup> Der Europäische Gerichtshof wählt damit relativ weiche und flexible Kriterien.<sup>366</sup>

Den mitgliedstaatlichen Vorbehalten gegen eine europäisierte Sozialstaatlichkeit räumt der Europäische Gerichtshof über die Verhältnismäßigkeit zwar einen Platz ein, sieht in der Abwägung mit den Primärrechten, die aus der Unionsbürgerschaft folgen, Ausschlusskriterien im Einzelfall aber regelmäßig als unverhältnismäßig an.<sup>367</sup>

Der Erhalt von sozialstaatlichen Leistungen, so ließe sich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zusammenfassen, darf an eine tatsächliche Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft, nicht aber an die Staatsangehörigkeit geknüpft werden. Die Staatsangehörigkeit als differenzbegründende Kategorie ist daher als Begründung für den sozialrechtlichen Ausschluss zunehmend problematisch geworden.

#### 4. Einmal Sozialbürgerschaft und zurück?

Unionsbürger\*innen sind nach der gleichheitsrechtlichen Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs nicht mehr nur Marktbürger\*innen, vielmehr wird europäische Solidarität über die Erwerbstätigkeit hinaus an die unionsbürgerschaftliche Gleichheit geknüpft.<sup>368</sup> Sie wird daher als Vehikel zur Entwicklung einer transnationalen Sozialbürgerschaft gedeutet.<sup>369</sup> So spricht etwa Thomas Kingreen von einem »qualitativen Sprung in der Geschichte sozialer Rechte« und sieht ein »Nebeneinander von nationaler und supranationaler Verantwortung«. <sup>370</sup>

Die Rechtsprechungslinie zeigt zudem, dass Mobilität in Europa nicht unabhängig von ökonomischer Ungleichheit besteht. Die gleichheitsorientierte Interpretation der Freizügigkeit durch den Europäischen Gerichtshof hat es auch ökonomisch schwächer positionierten Unionsbürger\*innen ermöglicht, in einem anderen als dem eignen Mitgliedstaat zu leben, etwa dem französischen Wohnungslosen Michel Trojani in

365 Wohnsitz: EuGH, Urteil v. 18.7.2006, C-406/04, *De Cuyper*; Familie: EuGH, Urteil v. 21.7.2011, C-503/09, *Stewart*, Rn. 95 ff.; Urteil v. 25.10.2012, C-367/11, *Prete*, Rn. 40 ff.; Ausbildung: EuGH, Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*, Rn. 61 ff.

366 So *Farahat*, DÖV 2016, 45 (52).

367 Zu den mitgliedstaatlichen Interessen EuGH, Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, Rn. 55 ff.

368 *Buckel*, *Welcome to Europe*, S. 94 ff.; grundsätzliche Kritik *Heilbronner*, NJW 2004, 2185.

369 *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43 (47 ff.); *Davy*, ZSR 2010, 295 (307).

370 *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43 (49, 74); kritisch zum Rechtsprechungswechsel *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503.

Belgien. Man könnte diese Rechtsprechungspraxis daher als ein transnational-horizontales Umverteilungsprojekt deuten.<sup>371</sup>

Doch bereits im Zuge der Osterweiterungen der Europäischen Union zeigte sich die Fragilität der beobachteten Sozialbürgerschaft. Erstmals wurden Übergangsfristen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingeführt und Menschen aus Osteuropa nicht in gleicher Weise der Status als gleiche europäische Rechtssubjekte eröffnet. Insbesondere die Zuwanderung von Roma und Sinti wurde im deutschen Diskurs kritisch beäugt und in diesem Zuge vor einer »Überflutung der Sozialsysteme« gewarnt.<sup>372</sup> Die deutsche Gesetzgebung erklärte die Balkanstaaten, die noch nicht Mitglied der Europäischen Union sind, daraufhin zu »sicheren Herkunftsstaaten«, um auf diese Weise den Zuzug aufenthaltsrechtlich zu unterbinden.<sup>373</sup>

Die politische Grenzziehung zwischen Unionsbürger\*innen aus reichen und ärmeren Mitgliedstaaten geht einher mit einer Dethematisierung ökonomischer Ungleichheit auf europäischer Ebene. Europarechtlich wurden Instrumente für die Bekämpfung multipler Diskriminierungen geschaffen, sodass sich über die Kategorien des Antidiskriminierungsrechts identitätsbezogene Erfahrungen der Benachteiligung relativ gut problematisieren lassen. Die Thematisierung ökonomischer Ungleichheitserfahrungen fällt dahinter jedoch weit zurück. Birgit Sauer stellt daher fest: »Die diskursive Verleugnung von Klasse als eine die Gesellschaft strukturierende Kategorie in den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien rückt soziale Gerechtigkeit und Umverteilung gegenüber Anerkennung von Unterschiedlichem in den Hintergrund.«<sup>374</sup>

Die unzureichende Berücksichtigung der ökonomischen Voraussetzungen für die Ausübung europäischer Freizügigkeit zeigt sich in den Fällen zur deutschen Grundsicherung nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Vor dem Europäischen Gerichtshof kämpften zwei alleinerziehende Mütter und eine im Niedriglohnssektor arbeitende Familie erfolglos um eine sozialstaatlich abgesicherte Mobilität.<sup>375</sup> Unter dem Eindruck der europäischen Krisen und einer heftigen Kritik von Seiten der Mitgliedstaaten und teilweise auch der Wissenschaft relativierte der Europäische Gerichtshof anhand dieser deutschen Fälle seine Rechtsprechung.<sup>376</sup>

371 So *Buckel*, *Welcome to Europe*, S. 167.

372 *End*, *Antiziganismus in der deutschen Öffentlichkeit*.

373 BGBl. I 2014, S. 1649 (Bosnien-Herzegowina, Serbien, Mazedonien), BGBl. I 2015, S. 1725 (Albanien, Kosovo, Montenegro).

374 *Sauer*, *Intersektionalität und Staat*, S. 2.

375 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*; Urteil v. 15.9.2015, C-67/14, *Alimanovic*; Urteil v. 25.2.2016, C-299/14, *Peña-García*.

376 Eine ausführliche Darstellung der Kritiken bei *Buckel*, *Welcome to Europe*, S. 99 ff.



Die Rechtsfälle entzündeten sich an der in der Freizügigkeitsrichtlinie existierenden Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Unionsbürger\*innen für die ersten drei Monate oder für die Zeit der Arbeitsuche aus der Sozialhilfe auszuschließen und das Aufenthaltsrecht nach drei Monaten an die eigene finanzielle Existenzsicherung zu knüpfen. Im deutschen Recht sind die Ausschlüsse in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II normiert. Danach erhalten Unionsbürger\*innen für die ersten drei Monate und für die Arbeitsuche keine Grundsicherung. Dieser automatische Leistungsausschluss steht einerseits mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Konflikt, nach der eine ausreichende Verbindung zum Mitgliedstaat einen gleichheitsrechtlichen Anspruch auf arbeitsmarktbezogene Leistungen begründen kann und Beschränkungskriterien eine gerechte Einzelfallentscheidung ermöglichen müssen.<sup>377</sup> Der Ausschluss steht andererseits quer zum Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht von migrationspolitischen Erwägungen abhängig gemacht werden darf.<sup>378</sup>

#### 4.1 Förster, Vatsouras/Koupatantze und Brey

Schon in der Rechtssache Förster zeichnete sich der Rechtsprechungswechsel im Jahr 2008 ab. Konkret ging es darum, ob der holländische Staat von einer deutschen Studentin Studienbeihilfe zurückfordern darf, weil diese nicht fünf Jahre ununterbrochen in den Niederlanden gelebt hat. Dies entspricht Art. 24 Abs. 2, Art. 16 Abs. 1 der damals gerade frisch in Kraft getretenen Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38, nach der ein Versagen von Studienbeihilfen vor Erwerb des Daueraufenthaltsrechts, also für fünf Jahre, erlaubt ist. In der Rechtssache führte der Europäische Gerichtshof einen Argumentationswechsel durch. Anstatt wie zuvor die Bedeutung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit zu betonen und Beschränkungskriterien auf ihre Angemessenheit für die Bestimmung der Integration in die Wohnsitzgesellschaft detailliert zu prüfen, stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass das fünfjährige Wohnsitzerfordernis dazu geeignet sei, »sicherzustellen, dass derjenige, der das fragliche Unterhaltstipendium beantragt, im Aufnahmemitgliedstaat integriert ist.«<sup>379</sup>

Gut ein halbes Jahr später entschied der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Vatsouras und Koupatantze zum ersten Mal über die Beschränkung der Sozialhilfe in der Freizügigkeitsrichtlinie. In dem Fall

<sup>377</sup> Farahat, DÖV 2016, 45.

<sup>378</sup> BVerfGE 132, 134 (173), *Asyl/BLG* (2012).

<sup>379</sup> EuGH, Urteil v. 18.11.2008, C-158/07, *Förster*, Rn. 50.

ging es um zwei griechische Staatsbürger, die 2006 nach Deutschland einreisten, kurzzeitig erwerbstätig waren, nach Beendigung der Arbeitsverhältnisse Grundsicherung für wenige Monate erhielten, diese dann aber mit dem Verweis auf den Ausschluss von arbeitssuchenden Unionsbürger\*innen in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II versagt bekamen.

In dieser Entscheidung stellt der Europäische Gerichtshof erneut nicht die Primärrechtskonformität der Ausschlussklausel in der Freizügigkeitsrichtlinie infrage. Stattdessen bezieht er sich wie in früheren Entscheidungen auf das Primärrecht und interpretiert die Ausschlussmöglichkeit aufgrund der Arbeitnehmerfreizügigkeit wie schon in der Rechtssache Collins eng: »Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als ›Sozialhilfeleistungen‹ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.«<sup>380</sup> Was dies für die deutsche Regelung heißt, deutet das Gericht nur an. So könne die Erwerbsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung im SGB II »ein Hinweis darauf sein, dass die Leistung den Zugang zur Beschäftigung erleichtern soll.«<sup>381</sup> Im Ergebnis lässt das Gericht die Frage offen, ob es sich bei der deutschen Regelung um eine zulässige Ungleichbehandlung von Unionsbürger\*innen handelt. Es stellt lediglich fest, dass die Ausschlussregelung in der Freizügigkeitsrichtlinie mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist.

Nachdem in der Rechtssache Förster die Einzelfallprüfung durch den Europäischen Gerichtshof aufgegeben wurde, findet in der Rechtssache Brey ein zweiter wichtiger Argumentationswechsel statt. Anstatt einer gleichheitsrechtlichen und primärrechtsorientierten, verfolgt der Europäische Gerichtshof nun eine aufenthaltsrechtliche und sekundärrechtsorientierte Argumentation. In der Rechtssache ging es um den deutschen Rentner Peter Brey, der in Österreich lebt und eine Ausgleichszulage beantragte, um finanziell auf das österreichische Existenzminimum zu kommen. Die Ausgleichszulage wurde Peter Brey versagt, da das Aufenthaltsrecht der Freizügigkeitsrichtlinie über drei Monate hinaus daran geknüpft ist, die eigene Existenz sichern zu können. Daher verfüge Brey über kein Aufenthaltsrecht. Nach dem zehnten Erwägungsgrund der Freizügigkeitsrichtlinie diene dies dem Schutz der Mitgliedstaaten vor einer »unangemessenen Inanspruchnahme«. Der Europäische Gerichtshof legt die »unangemessene Inanspruchnahme« nun eng aus und fordert eine Folgenabschätzung, »welche Belastungen dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung dieser Leistung nach Maßgabe der individuellen Umstände, die für die Lage des

380 EuGH, Urteil v. 4.6.2009, C-22/08, C-23/08, *Vatsouras und Koupatantze*, Rn. 45.

381 Ebenda, Rn. 43.

Betroffenen kennzeichnend sind, konkret entstände.«<sup>382</sup> Die nationale Behörde müsse daher umfassend und unter der Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes prüfen, »ob die Gewährung einer Sozialleistung eine Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem dieses Mitgliedstaats darstellt.« Dafür könne der Anteil der Unionsbürger\*innen ermittelt werden, der die konkrete Leistung erhalten würde. Denn die Freizügigkeitsrichtlinie erkennen »eine bestimmte finanzielle Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten an«. Dies gelte insbesondere, wenn die Schwierigkeit der eigenen Existenzsicherung nur vorübergehend bestünde.<sup>383</sup>

#### 4.2 *Dano*

Nicht an die gleichheitsrechtliche und primärrechtsorientierte Argumentationsstrategie der Rechtssache *Vatsouras* und *Koupatantze*, sondern an die der Rechtssachen *Förster* und *Brey* knüpft der Europäische Gerichtshof in den jüngsten Entscheidungen zum Ausschluss von Unionsbürger\*innen aus der deutschen Grundsicherung an. Methodisch wechselt der Europäische Gerichtshof in diesen Entscheidungen von einer Betroffenenperspektive zu einer Perspektive der Rechtfertigung.

Am 11. November 2014 entschied der Europäische Gerichtshof über die Rechtssache *Dano*.<sup>384</sup> *Elisabeta Dano*, die 1989 in Rumänien geboren wurde und über die rumänische Staatsbürgerschaft verfügt, beantragte für sich und ihren in Deutschland geborenen Sohn *Florin* Grundsicherung beim Jobcenter Leipzig. Der Antrag wurde mit Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II abgelehnt. *Elisabeth Dano* hatte in Rumänien nur drei Jahre lang eine Schule besucht und verfügte weder über einen Schulabschluss noch eine berufliche Ausbildung. Sie war weder in Rumänien noch in Deutschland erwerbstätig. Es war auch nicht erkennbar, dass sie sich in Deutschland um eine Erwerbstätigkeit bemühte. Mit ihrem Sohn lebte sie bei ihrer Schwester, die sie mit Lebensmitteln versorgte. Das Sozialgericht Leipzig legte dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob der automatische Leistungsausschluss nach dem SGB II mit dem europäischen Recht vereinbar ist.

Ein Konflikt entsteht hier, weil die Grundsicherung nach dem SGB II eine Mischleistung ist.<sup>385</sup> Sie dient nicht nur der Existenzsicherung, sondern auch der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt. Auf sekundärrechtlicher Ebene besteht daher ein Normkonflikt zwischen der

382 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, Rn. 64.

383 Ebenda, Rn. 72.

384 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*.

385 *Devetzi*, EuR 2014, 638 (656); *Farahat*, DÖV 2016, 45.

aufenthaltsrechtlichen Freizügigkeitsrichtlinie, die den Ausschluss von reinen Fürsorgeleistungen ermöglicht, und der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die eine strikte Gleichbehandlung von Unionsbürger\*innen für besondere beitragsunabhängige Leistungen vorsieht, Art. 4 VO 883/2004.<sup>386</sup> Letztere nimmt von dem Gleichbehandlungsgebot nur *reine* Fürsorgeleistungen aus, Art. 3 Abs. 5 VO 883/2004. Demgegenüber müssen *besondere* beitragsunabhängige Leistungen, sofern sie nicht exportierbar sind, nach Art. 70 VO 883/2004 unterschiedslos gewährt werden. Die Differenzierung zwischen beitragsabhängigen und beitragsunabhängigen besonderen Leistungen einerseits und reinen Fürsorgeleistungen andererseits existiert im europäischen Sekundärrecht, um die beitragsfinanzierten (Bismarck'sche Modell) und steuerfinanzierten (Beveridge Modell) Sozialsysteme der europäischen Mitgliedsstaaten koordinieren zu können.<sup>387</sup>

Entgegen früherer Rechtsprechung löst der Europäische Gerichtshof den Konflikt in der Rechtssache Dano nicht durch eine gleichheitsrechtliche, sondern wie schon in Brey durch eine aufenthaltsrechtliche Argumentation.<sup>388</sup> So verbiete Art. 18 Abs. 1 AEUV zwar die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, doch würden Art. 20 Abs. 2 Uabs. 2 und Art. 21 Abs. 1 AEUV die Freizügigkeit von Unionsbürger\*innen nur innerhalb der durch die Anwendung der Verträge vorgesehenen Grenzen vorsehen.<sup>389</sup> Ohne eine nähere Prüfung, ob die sekundärrechtlichen Regelungen gegen das Primärrecht verstoßen, qualifiziert der Europäische Gerichtshof diese als Konkretisierung des Primärrechts. Das Aufenthaltsrecht aus der Freizügigkeitsrichtlinie dürfe nach drei Monaten von der Möglichkeit der eigenen Existenzsicherung abhängig gemacht werden, da der zehnte Erwägungsgrund der Richtlinie das Ziel habe, eine unangemessene Inanspruchnahme von Sozialleistungen zu verhindern.<sup>390</sup> Konträr zu Brey fordert das Gericht diesmal keine konkrete Folgenabschätzung.<sup>391</sup>

Um die Mitgliedsstaaten vor Armutsmigration zu schützen, bestätigt der Europäische Gerichtshof die Versagung des Aufenthaltsrechts nach drei Monaten bei fehlenden finanziellen Mitteln: »Ein Mitgliedstaat muss daher gemäß Art. 7 der Richtlinie 2004/38 die Möglichkeit haben, nicht erwerbstätigen Unionsbürgern, die von ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch machen, in den Genuss der Sozialhilfe eines anderen Mitgliedstaats zu kommen, obwohl sie nicht über ausreichende Existenzmittel für die Beanspruchung eines Aufenthaltsrechts verfügen,

386 Zu dem Konflikt auch *Janda*, ZRP 2016, 152.

387 *Mangold*, in: Schlachter/Heinig, § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, S. 186.

388 *Farahat*, DÖV 2016, 45; *Nazik/Ulber*, NZS 2015, 369.

389 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*, Rn. 60.

390 Ebenda, Rn. 71.

391 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, Rn. 64, 69, 78.

Sozialleistungen zu versagen.«<sup>392</sup> Darin sei zwar eine Ungleichbehandlung von Unionsbürger\*innen gegenüber Inländer\*innen zu sehen, jedoch entspreche dies dem Gesetzgebungswillen »keine Belastung für die Sozialhilfesysteme der Mitgliedstaaten herbeizuführen.«<sup>393</sup>

Während der Europäische Gerichtshof in früheren Entscheidungen regelmäßig ein Aufenthaltsrecht aus dem Primärrecht abgeleitet hatte, diskutiert er diese Möglichkeit hier nicht, vielmehr stellt er allein auf das Aufenthaltsrecht aus der Richtlinie ab. Da Elisabeth Dano nach der Richtlinie kein Aufenthaltsrecht zukomme, könne sie auch von besonderen beitragsunabhängigen Leistungen im Sinne Art. 4 VO 883/2004 ausgeschlossen werden;<sup>394</sup> auch eine Einzelfallprüfung nimmt der Europäische Gerichtshof entgegen früheren Entscheidungen nicht vor und gibt daher methodisch seine Betroffenenperspektive zugunsten von Rechtfertigungsgründen auf. In der Konsequenz kann nun ein fehlendes Aufenthaltsrecht den sozialrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch aus der VO 883/2004 aushebeln.<sup>395</sup> Damit unterbindet der Europäische Gerichtshof die Möglichkeit, von der Freizügigkeit Gebrauch zu machen, um in einem anderen Mitgliedstaat existenzsichernde Transferleistungen zu beantragen.

### 4.3 *Alimanovic und Peña-García*

Im Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15. September 2015 ging es um die arbeitssuchende und alleinerziehende Nazifa Alimanovic. Sie wurde 1966 in Bosnien geboren und bekam in den 1990er Jahren vier Kinder in Deutschland. Zwischen 1999 und 2010 lebten sie in Schweden und erhielten die schwedische Staatsangehörigkeit. 2010 kehrten sie nach Berlin zurück. Nazifa Alimanovic und eine ihrer Töchter waren für wenige Monate erwerbstätig. Während ihrer Arbeitslosigkeit beantragte sie Arbeitslosengeld II. Das Jobcenter bewilligte zunächst für sechs Monate die Grundsicherung, hob dann aber die Leistungsbewilligung mit Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II auf. Da sich dieser Fall zur Rechtssache Dano dahingehend unterschied, dass Nazifa Alimanovic bereits erwerbstätig gewesen war und sich um eine neue Arbeitsstelle bemühte, hätte der Europäische Gerichtshof hier wieder an seine alte Rechtsprechung anknüpfen können. Dann hätte Nazifa Alimanovic aufgrund ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit über ein Aufenthaltsrecht verfügen und Grundsicherung als eine Mischleistung nach Art. 4 VO 883/2004 erhalten können, denn der Europäische Gerichtshof hatte in der Rechtssache Vatsouras

392 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*, Rn. 78.

393 Ebenda, Rn. 77.

394 Ebenda, Rn. 82 ff.

395 *Farahat*, NZS 2014, 490; *Farahat*, DÖV 2016, 45.

und Koupatantze, ähnlich wie schon in der Rechtssache Collins, festgestellt, dass sich »die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, die auf Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat sind und tatsächliche Verbindungen mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates hergestellt haben, auf Art. 39 Abs. 2 EG berufen (können), um eine finanzielle Leistung in Anspruch zu nehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll.«<sup>396</sup>

Von dieser Spruchpraxis abweichend erklärt der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Alimanovic den Ausschluss von arbeitssuchenden Unionsbürger\*innen aus der Grundsicherung für unionsrechtskonform. Das Gericht argumentiert konträr zu Vatsouras und Koupatantze, dass die überwiegende Funktion des Arbeitslosengelds II in der Existenzsicherung liege und daher als Sozialhilfe im Sinne des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 einzustufen sei.<sup>397</sup> Zwar bestehe ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche nach Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38, dies besage aber nur, dass arbeitssuchende Unionsbürger\*innen nicht ausgewiesen werden dürfen. Ein Anspruch auf Sozialhilfe bestehe während dieser Zeit nicht. Der Europäische Gerichtshof überprüft die Ausschlussregelung erneut nicht anhand des Primärrechts und erörterte dementsprechend nicht, ob diese Interpretation des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 Abs. 2 AEUV verstoßen könnte. Ebenso wenig nimmt er eine Einzelfallprüfung vor. Aufgrund der sekundärrechtlichen Abstufung sieht er die Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalls als nicht mehr geboten an.<sup>398</sup> Im Ergebnis bestätigte der Europäische Gerichtshof folglich den Ausschluss von Nazifa Alimanovic aus der deutschen Solidargemeinschaft trotz ihrer Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt und trotz der Integration ihrer Kinder in das Schulsystem.

Auch die Rechtssache Peña-García entschied der Europäische Gerichtshof am 25. Februar 2016 entlang der Linie Dano und Alimanovic.<sup>399</sup> Die spanische Staatsangehörige Jovanna Nieto-García zog mit ihrer Tochter Jovanlis Peña García im April 2012 nach Deutschland, um eine Arbeit zu suchen. Ab Juli 2012 arbeitete sie als Küchenhilfe mit einer Netto-Vergütung von 600 Euro. Im Juni 2012 zogen der Vater und der noch minderjährige Sohn nach. Die Familie beantragte im Juli 2012 Hilfe zum Lebensunterhalt. Für den Vater und den Sohn wurde dies für die ersten drei Monate abgelehnt. Der Europäische Gerichtshof segnet erneut den Ausschluss aus

396 EuGH, Urteil v. 4.6.2009, C-22/08, C-23/08, *Vatsouras und Koupatantze*, Rn. 40, und weiter: »Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als ›Sozialhilfeeinstufungen‹ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.«, Rn. 45; auch EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*, Rn. 57 ff.

397 EuGH, Urteil v. 15.9.2015, C-67/14, *Alimanovic*, Rn. 46.

398 Ebenda, Rn. 59.

399 EuGH, Urteil v. 25.2.2016, C-299/14, *Peña-García*.

der Grundsicherung ab, führt keine Einzelfallprüfung durch und erörtert dementsprechend nicht, ob eine tatsächliche Verbindung zum Wohnsitzstaat besteht. Stattdessen schlussfolgert er schon wie in *Alimanovic*, dass die abgestufte Regelung in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 die Integration in die Wohnsitzgesellschaft bestimmen könne und verhältnismäßig sei. Daher sei eine individuelle Prüfung nicht mehr erforderlich.<sup>400</sup>

In der Konsequenz bedeuten die Rechtssachen *Alimanovic* und *Peña-García*, dass Arbeitssuchende trotz ihrer Verbindung zum Wohnsitzarbeitsmarkt Leistungen zur Existenzsicherung nur noch in ihrem Herkunftsstaat erhalten können. Das kann dazu führen, dass die Arbeitssuche nicht fortgesetzt werden kann und nur die Rückkehr in den Herkunftsstaat bleibt.<sup>401</sup> Damit verschärft sich die Lage von Menschen, die in prekären Beschäftigungsverhältnissen, z. B. im Niedriglohnsektor, arbeiten und dann ihre Arbeit verlieren. Auch dürfte es kein Zufall sein, dass vor dem Europäischen Gerichtshof immer wieder Alleinerziehende um soziale Rechte kämpfen, also eine soziale Gruppe, die in besonderer Weise von ökonomischer Not bedroht ist.

Methodisch dominiert in der neueren Rechtspraxis des Europäischen Gerichtshofs eine Rechtfertigungs- anstatt wie zuvor eine Betroffenenperspektive. Die ungleichen negativen Effekte der ökonomischen Voraussetzung des Aufenthaltsrechts bleiben dabei dethematisiert.

## 5. Umkämpfte Zugehörigkeit

Die Unionsbürgerschaft oszilliert zwischen den Polen der Fremdheit und Zugehörigkeit. Sie hat in der Vergangenheit gängige Grenzziehungen infrage gestellt, rechtliche Ausschlüsse rechtfertigungsbedürftig gemacht und die Zugehörigkeit zu einer Solidargemeinschaft jenseits der eigenen Staatsangehörigkeit eröffnet. Rechtfertigungen können aber, das hat die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gezeigt, mit Verweis auf die Fremdheit durchaus wieder gelingen. Die drei skizzierten Urteile haben durch eine rechtfertigungsorientierte Argumentation den Zugang zu transnationalen sozialen Rechten aufenthaltsrechtlich »eingehegt« und damit die inklusive Wirkung der gleichheitsvermittelnden Unionsbürgerschaft beschränkt.

Es zeigt sich, dass die soziale Dimension der Unionsbürgerschaft noch schwach ausgebildet ist und in Krisenzeiten wieder restriktiv interpretiert wird. Sozialbürgerschaft und universale Gleichheit sind daher noch

400 »(...) eine solche individuelle Prüfung aber bei einer Fallgestaltung wie der des Ausgangsverfahrens nicht geboten ist.«, ebenda, Rn. 46.

401 Daher viel Kritik an *Dano* und *Alimanovic* bei *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503.

keine Selbstverständlichkeiten im europäischen Recht. Dies verweist darauf, dass die Rechtspraxis auf eine kulturelle Verankerung angewiesen ist und Solidarität weiterhin nicht europäisch, sondern nationalstaatlich imaginiert wird. Da die Unionsbürgerschaft derzeit nur eine abgestufte Zugehörigkeit begründet, ist sie als Übergangsfigur zwischen Fremdheit und Zugehörigkeit zu begreifen, bei der bisher unklar ist, in welche Richtung sie sich zukünftig konsolidieren wird.

Das Bundessozialgericht hat, als es den Fall Alimanovic erneut verhandeln musste, auf den Ausschluss von arbeitssuchenden Unionsbürger\*innen aus der Grundsicherung reagiert und bei einem tatsächlich verfestigten Aufenthalt, der regelmäßig nach sechs Monaten vorliegen soll, den Zugang zu Ermessensleistungen der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch eröffnet, § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII.<sup>402</sup> Dabei knüpft das Gericht an die Hartz IV- und Asylbewerberleistungsgesetz-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts an und leitet aus dem Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum sozialhilferechtliche Leistungen für Arbeitssuchende ohne Aufenthaltsrecht ab. Der Bundestag hat im Dezember 2016 daraufhin einen Gesetzesentwurf beschlossen, um die vom Bundessozialgericht geschaffenen Rechtsfolgen für die Zukunft zu unterbinden.<sup>403</sup> Der Entwurf sieht vor, dass erst nach fünf Jahren, also ab Eintritt des europarechtlichen Daueraufenthaltsrechts, eine sozialrechtliche Gleichbehandlung eintritt. Vorher sollen allein Überbrückungsleistungen für vier Wochen oder ein Darlehen für die Rückreise in den Herkunftsstaat beantragt werden können, um mit der Ausreise die Hilfsbedürftigkeit »zu beenden«.<sup>404</sup> Entgegen der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts, dass das Existenzminimum nicht von migrationspolitischen Erwägungen abhängig gemacht werden darf, knüpft die Gesetzgebung existenzsichernde Leistungen an den Aufenthaltsstatus und verweigert die Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft mit der Begründung der faktischen Ausreisemöglichkeit.<sup>405</sup>

Es wird sich daher zeigen, ab wann in Zukunft Unionsbürger\*innen zur deutschen Solidargemeinschaft gehören und im Sinne T.H. Marshall's als Sozialbürger\*innen den gleichen Zugang zu sozialen Rechten

402 BSG, Urteil v. 3.12.2015, B 4 AS 44/15 R; ausführlich dazu *Bernsdorff*, NVwZ 2016, 633; *Thym*, NZS 2016, 441.

403 Zum Referentenentwurf *Janda*, ZRP 2016, 152.

404 BT-Drcks. 18/10211, S. 7 ff.

405 Zur Neuregelung BSG, Urteil vom 30.8.2017 – B 14 AS 31/16 R, Rn. 48: »Das Grundrecht auf eine menschenwürdige Existenz aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 GG verbietet einen vollständigen Ausschluss vom Zugang zu jeglichen existenzsichernden Leistungen. Einen solchen Ausschluss sieht auch das auf die Rechtsprechung des BSG reagierende Gesetz vom 22.12.2016 nicht vor.«



erhalten. Im Zuge der europäischen Krisen scheint sich aus Angst vor Armutsmigration eine Renaissance der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und damit eine Rückkehr zur Marktbürgerschaft abzuzeichnen. Dies weist darauf hin, dass in dieser konkreten Konstellation die Staatsangehörigkeit zum Code für Klasse geworden ist.

## V. Fazit

Die verfassungsrechtliche Verhandlung von Klasse stößt auf der Ebene des Verfassungsrechts an die Grenzen des Verhandelbaren. Es scheint besonders schwierig zu sein, die Ungleichheitsdimension der Ökonomie und damit einhergehende Forderungen nach Umverteilung und sozialer Gerechtigkeit im Verfassungsrecht zu artikulieren und in eine plausible dogmatische Praxis zu überführen. Daher steht in Deutschland ein verfassungsrechtlich starker und ausdifferenzierter Rechtsstaatlichkeitsbegriff einem nur schemenhaft existierenden Versprechen sozialer Gerechtigkeit gegenüber.

### 1. Rechtsstaatliche Verfassungsrationalität und Gesetzgebungsspielraum

Während die zukünftige Verfassungspraxis in der frühen Bundesrepublik noch offen erschien, hat sich inzwischen die Ansicht durchgesetzt, dass es sich beim Grundgesetz um eine Verfassung »primär rechtstaatlicher Prägung«<sup>406</sup> handelt und die soziale Dimension des Sozialstaatsprinzips oder materiale Grundrechtsgehalte als Ergänzung zu verstehen sind.

Wie Christoph Enders feststellt, hat die bewusste Abstraktion der freien, gleichen und autonomen Rechtssubjekte dazu geführt, dass die dritte Dimension der französischen Losung, die Solidarität (*fraternité*), »schlechterdings nicht thematisiert werden kann.«<sup>407</sup> Enders sieht daher die Aufgabe des Sozialstaatsprinzips als objektiv-rechtliche Norm darin, dieses wesentypische Defizit zu schließen. Wie die vorangegangenen Ausführungen zeigen, stellt die sozialstaatliche Ergänzung des rechtstaatlichen Verfassungsverständnisses aber kaum mehr als ein formelhaftes Bekenntnis dar. Normative Konkretisierungen oder benennbare Grenzen für den Entscheidungsspielraum der demokratischen Gesetzgebung wurden vor dem Hintergrund der konservativ-etatistischen Sozialstaatstradition einerseits und dem verfassungsrechtlichen Konsens eines freiheitlichen Sozialstaatsdenkens andererseits anhand des Sozialstaatsprinzips oder der Grundrechte kaum entwickelt.

Aufgrund der dominierenden rechtsstaatlichen Verfassungsrationalität verwundert es nicht, dass es gerade der Justizgewährungsanspruch ist, der eine egalisierende, umverteilende Praxis anhand des eigentlich streng formal interpretierten allgemeinen Gleichheitssatzes ausgelöst hat. Darüber hinaus hat der Gleichheitssatz für die Verhandlung

406 Enders, in: VDStRL, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, S. 13.

407 Ebenda, S. 10 f.

ökonomischer Ungleichheit jedoch keine Relevanz im grundgesetzlichen Kontext entwickelt.

Anders ist dies im europarechtlichen Kontext. Hier hat die formale Rechtsgleichheit zur sozialen Inklusion von Unionsbürger\*innen unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Aktivität beigetragen. Während von einer Position klassenspezifischer Ungleichheit soziale Rechte nur schwer eingefordert werden können, gelingt dies also einfacher über das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, also über die Einforderung des gleichen Zugangs und der gleichen Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft aufgrund einer problematisch gewordenen Identitätskategorie. Dass die Achse der Fremdheit, wie sie sich im Grenzregime der Staatsbürgerschaften manifestiert, keine gefestigte Inklusion bedeutet, sondern in Krisenzeiten durchaus wieder exklusiv-nationalstaatlich interpretiert werden kann, zeigen der Rechtsprechungswandel des Europäischen Gerichtshofs in den Fällen zur deutschen Grundsicherung und der gesetzgeberische Ausschluss von Unionsbürger\*innen, die ihre eigene Existenz nicht am Markt sichern können. In dieser transnationalen Konstellation scheint daher die Staatsangehörigkeit zum Code für Klassenzugehörigkeit geworden zu sein.

Die Rechtsprechungsanalyse hat darüber hinaus gezeigt, dass das Bundesverfassungsgericht von einer weiten Gestaltungsfreiheit der demokratischen Politik im sozialstaatlichen Bereich ausgeht. Dies hat sich in der Dogmatik zum Sozialstaatsprinzip, im Kriterium der sozialen Funktion des Eigentums und der zurückgenommenen Kontrolle im Hartz IV-Urteil manifestiert. Es lässt sich daher feststellen, dass ökonomische Ungleichheit über Ansätze sozialer Grundrechte zwar durchaus thematisierbar ist, auf Ebene der Rechtfertigung aber gegenüber Rechtfertigungsgründen in den Hintergrund gerät. Finanzierungsargumente haben sich als plausible (scheinbar natürliche) Grenzen sozialstaatlicher Leistungen durchgesetzt. Aus institutioneller oder individualrechtlicher Perspektive betrachtet bedeutet dies jedoch, dass die Verfassungspraxis bisher keine »untere Grenze« für soziale Leistungen herausgebildet hat, die den sozialstaatlich gebotenen Standard definieren könnte. Verschärft könnte dies zukünftig gelten, wenn die neu in Art. 115 Abs. 2 GG aufgenommene Schuldenbremse als Begrenzung sozialer Ausgaben interpretiert wird.<sup>408</sup>

Die Schwäche einer solchen rechtsstaatlich-orientierten Verfassungspraxis zeigt sich exemplarisch im Hartz IV-Urteil. In diesem wird zwar

408 Die »jüngste Konstitutionalisierung des Austeritätsdogmas durch die materielle Ausgabenbegrenzung in Art. 115 Abs. 2 GG (»Schuldenbremse«) hat, so Meinel, »zu keiner grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Reflexion auf den Zusammengang von staatlicher Verteilung und demokratischer Verfassung unter postnationalen Bedingungen geführt.«, *Meinel*, in: ders./Boysen/Kaiser, Verteilung als Verfassungsfrage, S. 21.

das Existenzminimum mithilfe der Menschenwürde verfassungsrechtlich stark begründet. Das menschenwürdige Existenzminimum erschöpft sich jedoch im Kern in einer prozeduralisierten Willkürkontrolle, sodass es zur weitgehenden Disposition der Gesetzgebung steht. Derzeit beträgt der Regelsatz 72 Prozent der durchschnittlichen Ausgaben der »unteren 15-Prozent«. Zwar scheint das Bundesverfassungsgericht Unbehagen über diese im Vergleich zur untersten Einkommensgruppe geringe Regelsatzhöhe zu haben, denn es erklärt den Regelsatz nur für gerade noch verfassungskonform, es hat aber aufgrund einer bisher nicht entwickelten sozialen Verfassungspraxis kein Kriterium zur Hand, um eine unterste Grenze zu bestimmen. Während Wiltraut Rupp-von Brünneck 1973 in ihrem Sondervotum zur Nachentrichtung noch eine angemessene sozialstaatliche Absicherung für verfassungsrechtlich geboten hielt, wird im heutigen Diskurs nur ein Mindestmaß sozialstaatlicher Absicherung als verfassungsrechtliche Verpflichtung angesehen, wobei eben unklar bleibt, wie dieses Mindestmaß zu bestimmen ist.

Der vom Bundesverfassungsgericht konstatierte Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung führt darüber hinaus dazu, dass Statusunterschiede im Sozialverfassungsrecht vollständig dethematisiert bleiben. Die der Sozialpolitik inhärente Gefahr einer Stigmatisierung von Transferleistungsempfänger\*innen spielte daher keine Rolle in den Entscheidungen zum Existenzminimum.

Mit dem rechtsstaatlichen Verfassungsverständnis geht außerdem einher, dass die geschlechtsspezifische Dimension sozialer Rechte nicht benannt wird. In allen Ländern der Welt sind Frauen unter den ärmeren Bevölkerungsschichten überrepräsentiert.<sup>409</sup> Dies trifft auch für Deutschland zu.<sup>410</sup> Sozialstaatliche Leistungen in den Bereichen Grundsicherung, Wohnen, Gesundheit und Bildung sind daher immer auch Frauenrechte.<sup>411</sup> Weiterführend wäre eine Geschlechterperspektive daher z. B. im Bereich der Grundsicherung, da weibliche Subjekte und insbesondere Alleinerziehende von ökonomischer Unsicherheit besonders betroffen sind. Dies zeigen u. a. die Urteile des Europäischen Gerichtshofs zu den Rechtssachen *Dano* und *Alimanovic*. Ebenso wäre eine solche Perspektive im Sozialversicherungsrecht weiterführend, da in den bisherigen Entscheidungen die ungleichen Effekte der Erwerbsbasierung überwiegend dethematisiert bleiben. Wie eine solche Perspektive aussehen könnte, demonstriert Wiltraut Rupp-von Brünneck in ihrem Sondervotum von 1973. In diesem zeigt sie die Verschränkung geschlechtsspezifischer und ökonomischer Ungleichheit auf, indem sie die strukturelle

409 *United Nations Department of Economic and Social Affairs, The World's Women 2010.*

410 *Lenze, Alleinerziehende unter Druck.*

411 Rechtsvergleichend *Irving, Gender and the Constitution, S. 168.*

Benachteiligung von Frauen in einem konservativen Sozialstaatsregime thematisiert.

Aufgrund der ungleichen Geschlechterbeziehungen verwundert es schließlich nicht, dass die Geltung der Grundrechte im Privatrecht mit der Figur der gestörten Vertragsparität gerade im ökonomisch-vergeslechtlichten Kontext der Familie weiterverfolgt wurde. Anhand der Fälle zur Familienbürgerschaft und zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen wurde über eine relationale Methodik die gewährleistende Dimension der Privatautonomie weiter ausgearbeitet.

## 2. Produktive Grenzziehungen

Wenn man die Rechtspraxis als eine produktive versteht, die die Grenzen des verfassungsrechtlich Sag- und Verhandelbaren definiert, dann wird plausibel, dass eine individualisierende und abstrahierende Verfassungspraxis nur eine spezifische Perspektive auf das Soziale eröffnet und Klassenbeziehungen als systematisches Phänomen einer kapitalistischen Gesellschaft auf diese Weise nicht benenn- und verhandelbar werden. In einer abstrakten Verfassungspraxis bleiben diese ein individuelles Problem des eigenverantwortlichen Einzelnen. In diesem Sinne werden Armut und Arbeitslosigkeit z. B. nicht als Strukturmerkmale einer auf Privateigentum basierenden Ökonomie in den Senatsansichten zum Sozialstaatsprinzip und zum menschenwürdigen Existenzminimum thematisiert. Aufgrund dieser Dethematisierung werden auch die Ziele und Zwecke sozialstaatlicher Instrumente, insbesondere der Vermögen- und Erbschaftsteuern sowie der Grundsicherung, nicht erörtert.

Rationalisiert wird diese ökonomische Lücke damit, dass es in einem demokratischen System zur originären Aufgabe der Politik gehört, über Verteilung und Umverteilung zu entscheiden und nicht zur Aufgabe des Verfassungsrechts. Bei dieser Rationalisierung bleibt jedoch die Produktivität dieser Unzuständigkeitserklärung außen vor, weil es genau diese Praxis ist, die die Grenzen des verfassungsrechtlich Verhandelbaren definiert.

## 3. Relationale Perspektiven

Eine relationale Verfassungspraxis ist konträr zu der vorherrschenden individualisierenden weiterführend, um (existentielle) Abhängigkeits- und Ungleichheitsbeziehungen sowie deren strukturelle Ursachen in das verfassungsrechtliche Interesse zu rücken und Klasse auf diese Weise zu einem regulären Thema des Verfassungsrechts zu machen. Ein relationales Verständnis bietet eine Gegenperspektive zum abstrakten Subjekt

der ausgrenzenden Freiheiten an, werden doch Abhängigkeiten und Beziehungen als die zentralen gesellschaftlichen Strukturen verstanden, die das Leben der einzelnen Subjekte prägen und daher in der verfassungsrechtlichen Maßstabildung besonders zu betrachten sind. Eine relationale Verfassungsinterpretation ist normativ darauf gerichtet, asymmetrische gesellschaftliche Beziehungen in symmetrische zu transformieren und auf diese Weise individuelle Autonomie zu ermöglichen.

Im Bereich des Sozialverfassungsrechts würde eine solche relationale Perspektive überhaupt erst einmal die Thematisierung von ökonomischer Ungleichheit voraussetzen. Dies fehlt z. B. in den dargestellten Mehrheitsmeinungen zum Sozialstaatsprinzip sowie in den Entscheidungen zum Existenzminimum. Für eine solche Thematisierung bedarf es einer strukturellen Analyse des gesellschaftlichen Kontextes. Dies erfordert in methodischer Hinsicht die Rezeption von sozialwissenschaftlicher Literatur und Sozialdaten. Erst diese lassen die konkrete ökonomische Situation erkennen, in denen sich die Betroffenen befinden. Ausgehend von dieser empirischen Basis dürfte es in der Maßstabildung leichter fallen, eine untere Grenze von Leistungen bzw. die Zumutbarkeit von Leistungskürzungen zu bestimmen. Eine solche Methodik, die von konkreten empirischen Sozialdaten und der empirischen Situation der Betroffenen ausgeht, ist in der bisherigen Verfassungsrechtsprechung bereits in den Sondervoten zum Sozialstaatsprinzip und in der Entscheidung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen erkennbar. Ein Anknüpfen an diese Entscheidungen böte sich in methodischer Hinsicht daher an.

Darüber hinaus bedarf es – insbesondere für die Adressierung von Statusunterschieden – einer Betroffenenperspektive und einer Reflexion der Perspektivität der Maßstabildung. Erst durch eine solche Vorgehensweise werden die ungleichen Effekte, impliziten Annahmen und hierarchisierende Stereotypisierungen sozialrechtlicher Regelungen sichtbar. Dies zeigt sich exemplarisch im Hartz IV-Urteil. Indem der Gesetzgebung keinerlei Vorgaben für die Art und Weise der Leistungsgewährung gemacht werden, werden weder der sozialrechtliche Grundsatz der Autonomie der Bedürfnisbefriedigung verfassungsrechtlich abgesichert noch die stereotypen Annahmen über Erwerbslose thematisiert, die sich in Gutschein- und Sachleistungen sowie in Sanktionsmöglichkeiten manifestieren. Eine relationale Methodik kann Klasse demgegenüber aus einer Perspektive der kulturellen Gleichheit betrachten und davon ausgehend das Recht der Grundsicherung nach hierarchisierenden Stereotypen befragen. Solche könnten verfassungsrechtlich dann als Diskriminierung qualifiziert werden. Konstitutionelle Ansatzpunkte für eine relationale Perspektive auf das Sozialverfassungsrecht sind die soziale Herkunft in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und ein gehaltvolles Würdekonzept gemäß Art. 1 Abs. 1 GG. Diese können über eine relationale Methodik zu einem

stereotypensensiblen Diskriminierungsschutz wegen der Klasse weiterentwickelt werden.

Werden die ungleichen Effekte sozialrechtlicher Regelungen fokussiert, dann können außerdem die ungleichen geschlechtlichen Effekte dieser sichtbar gemacht und eine Geschlechterperspektive in das Sozialverfassungsrecht eingeführt werden. Dies ist insbesondere für die sozialstaatliche Absicherung von Alleinerziehenden und von abhängigen Subjekten weiterführend. Für die Erwerbsbasierung der Sozialversicherung würde dies z. B. bedeuten, dass das Leitbild einer ungebrochenen Vollerwerbstätigkeit als eines diskutiert wird, das zwingend auf unversicherter reproduktiver Arbeit aufbaut und von dieser abhängig ist.

Eine relationale Perspektive auf Klasse adressiert darüber hinaus ökonomisch-gesellschaftliche Privilegien. Versteht man sozialstaatliche Umverteilung in einem relationalen Sinne als Privilegienabbau, dann erscheint z. B. das Recht der Grundsicherung nicht mehr als eines, das bestimmten gesellschaftlichen Gruppen etwas »extra« gewährt, sondern als eines, das besitzlosen Gruppen das gibt, was Besitzende aufgrund der ungleichen gesellschaftlichen Verhältnisse – insbesondere aufgrund des Familienerbrechts – bereits haben. Auch erscheinen dann sozialrechtliche Umverteilungsinstrumente, wie die Vermögen- und Erbschaftsteuern nicht als a-historische staatliche Eingriffe, sondern als Ausgleich ökonomischer, durch die Rechts- und Wirtschaftsordnung grundsätzlich gewährter Privilegien.

Eine relationale Methodik kann im Sozialverfassungsrecht also eine historisch verortete, die konkreten gesellschaftlichen Beziehungen adressierende Perspektive eröffnen, die gängige Grenzziehungen zwischen privater und öffentlicher Sphäre infrage stellt und ökonomische Ungleichheit nicht zum individuellen Problem einzelner, am Markt gescheiterter Subjekte, sondern zum Problem ungleicher gesellschaftlicher Beziehungen macht.

## § 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«.<sup>1</sup> Während diese »normale« Position nicht benannt werden muss,<sup>2</sup> ist die gesellschaftlich dominierte Ausprägung »weiblich«, ebenso wie »trans« und »inter«,<sup>3</sup> aktiv bezeichnet und kann problematisch werden.<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> 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: *Mangold* 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 Rechtstheorie*, S. 160 ff.; *Röhner*, *juridikum* 2015, 516.

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

## I. Anerkennung und Geschlecht

### I.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.<sup>6</sup>

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.«<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Diese Arbeitsteilung reproduziert also einerseits die Geschlechterdifferenz,<sup>10</sup> sie ist aber zugleich ein Mechanismus der Geschlechterhierarchisierung, da sie in einer lohnarbeitsorientierten und geldbasierten Ökonomie keine Gleichrangigkeit von Erwerbs- und Reproduktionsarbeit bedeutet.<sup>11</sup> 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.«<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

Die Ungleichheitsachse Geschlecht bedeutet für Fraser daher nicht nur eine Statusordnung, sondern auch ein kapitalistisches Organisationsprinzip.<sup>17</sup> 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.«<sup>18</sup>

### 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.<sup>19</sup> 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.«<sup>20</sup> Diese marktformige Emanzipation, die weibliche Erwerbstätigkeit unter ökonomischen Nützlichkeitsgesichtspunkten fordert, 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.«<sup>23</sup>

### 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 Maßstabsbildung 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.<sup>24</sup> 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 Antidiskriminierungsrichtlinien<sup>25</sup> – maßgeblich.<sup>26</sup>

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.<sup>27</sup> Diskriminierung bedeutet die Abwertung oder die Benachteiligung von Menschen, weil sie einer bestimmten Gruppe zugehörig sind bzw. zugehörig erscheinen.<sup>28</sup> 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 Geschlechterungleichheit 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: *Grotel 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 stereotypensensiblen 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.).<sup>29</sup>

29 BGBl. II 1985, S. 648.

## II. Materiale Gleichheit als relationale Perspektive

Konstitutionelle Gleichheit kann unterschiedlich interpretiert werden.<sup>30</sup> In der feministischen Literatur wird zwischen einem formalen und materialen Gleichheitsverständnis unterschieden. Während das erste für die Adressierung der Ungleichheitsachse Geschlecht in der Rechtspraxis ungeeignet sei, könne das zweite den strukturellen Charakter der Geschlechterungleichheit offenlegen und im Recht thematisierbar machen. Daher verfolgt ein materiales Gleichheitsverständnis die Modifizierung der formalen Gleichheitsdogmatik. Die formale Gleichheitsperspektive wird nun skizziert (1.), um dann die wesentlichen dogmatischen Verschiebungen der materialen Perspektive zu erläutern (2.).

### 1. Formal-symmetrische Gleichheit

Interpretiert man verfassungsrechtliche Gleichheit als formale Rechtsgleichheit, dann führt dies zu einem Differenzierungsverbot. Nach diesem darf im Recht nicht an Identitätskategorien wie etwa Geschlecht, Rasse, Religion oder politische Anschauung angeknüpft werden,<sup>31</sup> weil diese Kategorien entweder als »angeborene« Merkmale oder Ausdruck grundrechtlicher Freiheiten gedeutet werden. Eigenschaften oder Überzeugungen sollen nicht zu rechtlicher Benachteiligung oder Bevorzugung führen.<sup>32</sup> Darin wird die Gefahr gesehen, über die Wertigkeit von Personen zu urteilen. Formale Gleichheit erfordert daher eine geschlechtslose und von den Geschlechterbeziehungen abstrahierende Rechtsordnung.<sup>33</sup>

Diesem Verständnis liegt ein symmetrisches Gesellschaftsbild zugrunde, nach dem Menschen als Freie und Gleiche ihr Leben gleichberechtigt

30 Für einen knappen Überblick siehe *Baer*, in: Rosenfeld/Sajo, *Equality*, S. 986 ff.

31 In der Literatur wird statt eines Anknüpfungsverbots auch ein Begründungsverbot diskutiert, z. B. m.w.N. *Heun*, Art. 3 GG, in: Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, Rn. 125. Diese Begrifflichkeiten gehen aus Sicht eines materialen Diskriminierungsverständnisses am eigentlichen Problem der adäquaten rechtlichen Adressierung der Geschlechterungleichheit vorbei.

32 Eine formal-rechtliche Perspektive verfolgt beispielsweise der *U.S. Supreme Court*. Dieses amerikanische Gleichheitsverständnis hänge, so vermutet *Sullivan*, u. a. damit zusammen, dass verfassungsrechtlich Diskriminierung aufgrund von Kategorien (*race, sex*) und nicht zum Schutz bestimmter Gruppen (Frauen, Afroamerikaner\*innen) verfolgt werde, dies suggeriere Symmetrie, *Sullivan*, *California Law Review* 2002, 735 (751).

33 Siehe die Darstellung bei *MacKinnon*, *Sexual Harassment of Working Women*, Kap. 5, insbesondere S. 118 ff.; *Sacksosky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, S. 310 ff., mit Verweis auf den amerikanischen Diskurs Kap. 3; *Sacksosky*, in: *Mau/Schöneck, Frauenquoten*, S. 137 f.

gestalten und aufgrund von individueller Leistung erfolgreich sind. Die Einzelnen haben es in der Hand, unabhängig und selbstbestimmt Entscheidungen für ihr Leben zu treffen und dafür die Verantwortung zu tragen. Historisch wendet sich dieses Gleichheitsverständnis gegen die Privilegien der Ständegesellschaft in Europa und gegen die Versklavung in den USA.

Wird die Gesellschafts- und Rechtsordnung auf diese Weise imaginiert, dann geht damit die Vorstellung einher, dass Gleichheit grundsätzlich besteht, Menschen sich auf Augenhöhe begegnen und die gesellschaftlichen Beziehungen verfassungsrechtlich unproblematisch geordnet sind. Bestehende Ungleichheiten sind in dieser Perspektive auf unterschiedliche Leistungsfähigkeit zurückzuführen und basieren daher auf natürlichen Differenzen. Das Gleichheitsrecht dient allein dazu, Einzelfälle von Benachteiligung abzuwehren. Diskriminierung wird dementsprechend als Ausnahme von der Regel begriffen, weshalb das Gleichheitsrecht nur Schutz vor an Kategorien (willkürlich) anknüpfenden Ungleichbehandlungen bietet, nicht aber auch neutrale Maßnahmen oder staatliche Untätigkeit als Gleichheitsgefährdungen begreift. Proaktives Gleichstellungsrecht<sup>34</sup>, wie etwa Fördermaßnahmen oder Bevorzugungsregeln für historisch benachteiligte Gruppen, sind in dieser Perspektive nur schwer zu rechtfertigen, knüpfen sie doch an kategoriale Zugehörigkeiten an.<sup>35</sup>

In dieser Konzeption, so kritisiert Susanne Baer, werde eine schlichte Vorstellung von Gleichheit vermittelt, welche den strukturellen, alltäglichen Charakter von Benachteiligung nicht greifbar werden lässt und die Privilegien der Normalität sichert – »als ginge es bei Sexismus mal um Frauen, mal um Männer, bei Rassismus mal um Schwarze, mal um Weiße usw.«<sup>36</sup> Diese schlichte Gleichheitskonzeption, so könnte man die Kritik zusammenfassen, basiert auf einer Dethematisierung von gesellschaftlicher Ungleichheit im Recht.

## 2. Material-asyymmetrische Gleichheit

Ein materiales Verständnis sieht das Gleichheitsrecht als ein Instrument an, historisch gewachsene Ungleichheitsverhältnisse im Recht adressierbar zu machen. Die gesellschaftliche Wirklichkeit wird konträr zur formalen

34 Den Begriff übernehme ich von *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, Kap. 5 D.

35 *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, S. 28 ff.; *Baer*, NJW 2013, 3145; *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 23 ff.; *Minow*, Making All the Difference, S. 70 ff.

36 *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, S. 29.

Perspektive als asymmetrisch und daher verfassungsrechtlich problematisch begriffen. Diese andere Wahrnehmung des gesellschaftlichen Status quo schlägt sich in einer alternativen Gleichheitsdogmatik nieder. Für diese sind drei dogmatische Verschiebungen relevant: Die Gruppendimension löst den Fokus auf das geschlechtslose abstrakte Subjekt ab (2.1). Die Technik der Vergleichsbildung wird aufgrund ihrer Perspektivität problematisiert und zugunsten eines machttheoretischen Dominanzmaßstabes modifiziert (2.2). Schließlich wird proaktives Gleichstellungsrecht nicht mehr als Gleichheitsgefährdung, sondern als Gleichheitsdurchsetzung verstanden (2.3). Wie die folgenden Erläuterungen zeigen werden, zielen die drei Verschiebungen auf eine relationale Argumentationsmethodik, die die konkreten gesellschaftlichen Ungleichheitsbeziehungen zum Thema macht, die herrschende maskuline Perspektivität reflektiert und die nachteiligen Effekte rechtlicher Regelungen für aktiv-markierte Subjekte über eine Betroffenenperspektive prominent in die Maßstabsbildung einbezieht.

### 2.1 Gruppe statt Individuum

Hinter den zwei verschiedenen Verständnissen von Gleichheit steht die Frage, ob Gleichheit auf das abstrakte Individuum ausgerichtet ist und daher Differenzierungen aufgrund von Merkmalen verbietet oder ob Gleichheit eine gruppenrechtliche Dimension aufweist, also dazu dient, Einzelne vor zugehörigkeitsbasierter Benachteiligung zu schützen. Während das erste Verständnis auf einem Differenzierungsverbot aufbaut, verfolgt das zweite einen machttheoretischen Ansatz, der im amerikanischen Diskurs von Catharine A. MacKinnon und im deutschen von Ute Sacksofsky und Susanne Baer formuliert wurde.<sup>37</sup>

Der machttheoretische Ansatz geht von Diskriminierung als gruppenbezogenem Phänomen aus und nimmt daher eine relationale anstatt eine individualisierende Perspektive ein. Einzelne werden nicht aufgrund individueller Eigenschaften, sondern wegen der Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Gruppe diskriminiert, so die zentrale Annahme, weshalb Ungleichheit nicht auf ein individuelles Problem reduziert, sondern als gesellschaftliche Machtungleichheit, als soziale Praxis der Herstellung von Rangbeziehungen gedeutet wird.<sup>38</sup> Ein Gleichheitsverstoß

37 MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Kap. 5 und 6, insbes. S. 116 ff., 174 ff. (*inequality approach*); Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 312 ff. (Dominierungsverbot); Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 221 ff. (Hierarchisierungsverbot); Rudolf, in: dies., *Feministische Staatsrechtslehre?*

38 »(I)nequality, substantively speaking, is always a social relation of rank ordering, typically on a group or categorical basis (...).«, MacKinnon, *Minnesota Law Review* 2011, 1 (11).

liegt also nicht dann vor, wenn ein Merkmal verwendet wird (Differenzierungsverbot), sondern wenn eine hierarchisierende, gruppenbezogene Benachteiligung vorliegt (Dominierungsverbot). Eine rechtliche Differenzierung nach dem Geschlecht ist in dieser Perspektive somit nicht notwendigerweise gleichheitswidrig, sondern kann im Sinne eines proaktiven Gleichstellungsrechts als Gleichheitsdurchsetzung betrachtet werden.<sup>39</sup> Entgegen kritischer Stimmen handelt es sich hierbei nicht um ein Gruppenrecht.<sup>40</sup> Vielmehr werden weiterhin Einzelne geschützt. Der Maßstab für die verfassungsrechtliche Bewertung wird jedoch vom einzelnen Individuum auf die Perspektive der Gruppe verschoben.<sup>41</sup>

Bei Geschlecht darf es nach MacKinnon nicht um die Frage gehen, ob Frauen und Männer nun überwiegend gleich oder überwiegend verschieden sind und rechtliche Regelungen willkürlich aufgrund des Geschlechts differenzieren oder nicht. Diese auf Differenz fokussierte Perspektive gehe an der Realität der Geschlechterbeziehungen vorbei:<sup>42</sup> »The question of equality (...) is at root a question of hierarchy, which – as power succeeds in constructing social perception and social reality – derivatively becomes a categorical distinction, a difference.«<sup>43</sup> Folglich müsse Geschlecht als eine Statushierarchie verstanden werden, die zu einer systematischen Benachteiligung von Frauen führe: »This approach to inequality is marked by the understanding that sex discrimination is a system that defines women as inferior to men.«<sup>44</sup> MacKinnon fordert, das Gleichheitsrecht mit seinem normativen Überschuss dafür zu nutzen, um ein »crack in the wall« zwischen Recht und Gesellschaft und damit eine Perspektive zu erzeugen, die Geschlecht nicht als Differenz, sondern als soziale Machtungleichheit begreift.<sup>45</sup>

39 Eine Grenze für rechtliche Differenzierungen nach dem Geschlecht sieht Sacksofsky bei Regelungen, die Menschen abwerten, ausgrenzen oder stigmatisieren, *Sacksofsky*, in: Mau/Schöneck, Frauenquoten, S. 140. Für das Unionsrecht *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u.a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 344 (7. Aufl. i.E.).

40 Gruppenrechte widersprechen dem individualrechtlichen System der Grundrechte, z. B. *Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 18.

41 *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 334.

42 *MacKinnon*, Sexual Harassment of Working Women, S. 119; *MacKinnon*, Feminism Unmodified, S. 42.

43 *MacKinnon*, Toward a Feminist Theory of the State, S. 242.

44 *MacKinnon*, Sexual Harassment of Working Women, S. 116; *MacKinnon*, Toward a Feminist Theory of the State, S. 218.

45 *MacKinnon*, Toward a Feminist Theory of the State, S. 241, Zitat S. 244; *MacKinnon*, Minnesota Law Review 2011, 1 (12 f.).

2.2 *Perspektivität der Vergleichstechnik*

Aus einer materialen Gleichheitsperspektive ist der Maßstab der Vergleichsgruppe in die Kritik geraten, da dieser auf eine symmetrische Vorstellung von Gleichheit verweist und die Normativität des Vergleichs unterschlägt. Die an die aristotelische Formulierung anschließende Idee eines Vergleichs zweier Gruppen, um zu bestimmen, ob eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, wird als Privilegierung einer androzentrischen Perspektivität kritisiert.<sup>46</sup> So impliziert der Vergleich, dass Referenzpunkte formuliert werden müssen. Diese orientieren sich in der Regel an hegemonialen Normen, die aber gerade nicht als solche expliziert, sondern als Normalität vorausgesetzt werden. Die Vergleichstechnik ist daher mit der normativen Frage verbunden, wer oder was nach den gesellschaftlichen Deutungsmustern gleich oder ungleich ist, sie erscheint aber als eine empirische Frage, die von Rechtsanwender\*innen einfach beantwortet werden kann. In diesem Sinne befördert die Vergleichstechnik die Maßstabbildung anhand des Normalen und das heißt derzeit anhand einer maskulinen Perspektivität, an die sich abweichende Subjektpositionen erfolgreich angleichen können.<sup>47</sup>

Eine materiale Deutung verfolgt demgegenüber die Perspektive der Betroffenen und legt auf diese Weise benachteiligende Effekte rechtlicher Regelungen offen. Martha Minow sieht in der Betroffenenperspektive daher ein Korrektiv hegemonialer Perspektivität:<sup>48</sup> »Shifting to the standpoint of a historically marginalized person can reveal truths obscured by the dominant view. (...) The perspective of those who are labeled ›different‹ may offer an important challenge to those who imposed the label, but it is a corrective lens, another partial view, not the absolute truth. It is the complexity of our reciprocal realities and the conflict between the realities that constitute us which we need to understand.« Und weiter: »Shifting perspectives exposes how a ›difference‹ depends on a relationship, a comparison drawn between people with reference to

46 *MacKinnon*, *Feminism Unmodified*, S. 37; *Minow*, *Making All the Difference*, S. 54 ff.; *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, S. 235 ff.; *Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht*, S. 169 ff.; *Sacksosky*, *ZESAR* 2004, 208. Für das europäische Antidiskriminierungsrecht *Holtmaat/Tobler*, *MJ* 2005, 399.

47 »Difference after all, is a comparative term. It implies a reference: different from whom? (...) A short person is only short in relation to a tall one.«, *Minow*, *Making All the Difference*, S. 22. »A notion of equality that demands disregarding a ›difference‹ calls for the assimilation to an unstated norm«, S. 51.

48 Zur Perspektivität im Recht auch *Frankenberg*, *Harvard International Law Journal* 1985, 411.

a norm. And making this reference point explicit opens up debate. Maybe the reference point itself should change.«<sup>49</sup>

Darüber hinaus kann es an einer geeigneten Referenzgruppe für den Vergleich fehlen, weshalb der Vergleichsmaßstab als ungeeignet kritisiert wird, geschlechtsspezifische Erfahrungen als Gleichheitsproblem zu adressieren. Susanne Baer zeigt dies am Beispiel der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Dies sei eine geschlechtsspezifische Erfahrung, die vor allem Frauen machen, weil sie Frauen und keine Männer sind.<sup>50</sup> Auch die geschlechtsspezifische Erfahrung der Schwangerschaft zeigt dies. Als männliche Vergleichsgruppe wurden bereits Krankheit und Behinderung diskutiert.<sup>51</sup>

Schließlich kann durch einen geschickt konstruierten Vergleich das eigentliche Ungleichheitsproblem unkenntlich gemacht werden. So wurde bei der Ungleichbehandlung von Ehen und Lebenspartnerschaften argumentiert, dass es sich dabei nicht um eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung handele, weil es homosexuellen Menschen nicht verwehrt sei, eine Person des anderen Geschlechts zu heiraten.<sup>52</sup>

In einer materialen Perspektive wird aus diesen Gründen ein Maßstabswechsel verfolgt: Um festzustellen, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt, soll die zentrale Frage nicht lauten, ob Gruppen zu Unrecht gleich oder ungleich behandelt werden, sondern ob ein Ungleichheitsverhältnis vorliegt, das sich in Benachteiligung äußert.

### 2.3 Proaktives Gleichstellungsrecht

Proaktives Gleichstellungsrecht soll durch Förderprogramme, Bildungsmaßnahmen, unterstützende Sozialleistungen, Quoten – und Bevorzu-

49 *Minow*, *Making All the Difference*, S. 376 f.

50 *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, S. 235.

51 Zum Schwangerschaftsbeispiel: »More subtly, pregnancy is considered a work ›disability‹ on the assumption that the job world could not be structured to accommodate this temporary alternation in condition. As a disability it is considered an ›extra‹, an ›additional risk unique to women.‹ Additional, that is, to *men's* health needs.«, *MacKinnon*, *Sexual Harassment of Working Women*, S. 121.

52 »Die Auffassung der Senatsmehrheit, Art. 3 Abs. 3 GG sei nicht verletzt, weil an die Bindung zweier Personen und nicht an das Geschlecht angeknüpft werde, ist wenig überzeugend. Denn Voraussetzung für das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft mit einem bestimmten Partner ist die Zugehörigkeit zu dessen Geschlecht.«, so die Kritik von BVerfG-Richterin Haas in ihrem Sondervotum zu BVerfGE 105, 313 (362) – *LebensPG* (2002). Mangold nennt dies mit Verweis auf MacKinnon *phony groupings*, *Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht*, S. 136.

gungsregelungen als deren Variante – typisierbare Nachteile ausgleichen und auf diese Weise der ungleichen Verteilung von beruflichen Chancen und ökonomischen Ressourcen entgegenwirken. Proaktives Gleichstellungsrecht knüpft daher regelmäßig an Kategorien wie das Geschlecht an und müsste aus formaler Perspektive als Gleichheitsverstoß gewertet werden. Eine materiale Perspektive folgt dem nicht, sondern sieht dieses unter bestimmten Voraussetzungen als Gleichheitsdurchsetzung an.<sup>53</sup> Da proaktives Gleichstellungsrecht dazu dient, Chancengleichheit – und perspektivisch auch Ergebnisgleichheit – herzustellen,<sup>54</sup> wird zwischen einer unzulässigen benachteiligenden und einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung differenziert. Susanne Baer und Nora Markard versuchen dies mit der Unterscheidung zwischen einem fairen Privilegienabbau und einer unfairen Benachteiligung zu fassen. Erst solch ein Verständnis von Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG werde dem Ziel des Diskriminierungsschutzes gerecht.<sup>55</sup>

Chancengleichheit wird mit Blick auf die Geschlechterbeziehungen daher nicht abstrakt konzeptualisiert: Weicht eine Verteilung in der gegenwärtig patriarchalen Gesellschaft von der Geschlechterparität ab, dann wird dies als ein Indiz für das Vorliegen einer strukturellen Benachteiligung aufgrund des Geschlechts gewertet.<sup>56</sup> In diesem Sinne wird die Abwesenheit von Frauen z. B. in wirtschaftlichen oder politischen Führungspositionen nicht auf individuelle Präferenzen oder Talente, sondern auf asymmetrische Geschlechterbeziehungen zurückgeführt, die einerseits in Geschlechterbildern, die Aktivität und Kompetenz maskulin deuten, und andererseits in der einseitigen Verteilung von Sorgearbeit gründen. So werden Frauen regelmäßig als weniger qualifiziert wahrgenommen, weil ihre Lebensläufe von Unterbrechungen zur Kindererziehung oder Altenpflege gekennzeichnet sind oder weil befürchtet wird, dass sie aufgrund familiärer Verpflichtungen nicht rund um die Uhr verfügbar sind. Die maskulin codierten Deutungen von Leistung und Qualifikation adressiert z. B. der Fachausschuss der UN-Frauenrechtskonvention als ein Gleichheitsproblem und fordert deren Reformulierung: »As temporary special measures aim at accelerating achievement of de facto

53 *Sacksofsky*, in: Mau/Schöneck, Frauenquoten; *Sacksofsky*, ZESAR 2004, 208; *Sacksofsky*, in: dies./Jakobeit, Sind Schwarze und Frauen gleicher als weiße Männer?, S. 234; *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, S. 24.

54 Dabei ist es natürlich problematisch, dass von Fördermaßnahmen in der Regel die Privilegierten einer Gruppe, also z. B. weiße, nicht-behinderte Frauen aus der Mittelschicht, profitieren.

55 *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 372, 422 f., 435 (7. Aufl. i.E.).

56 »Sind bei begehrten Positionen Männer deutlich überdurchschnittlich vertreten, so spricht das dafür, dass Nachteile für Frauen bestehen.«, *Sacksofsky*, ZESAR 2004, 208.



or substantive equality, questions of qualification and merit, in particular in the area of employment in the public and private sectors, need to be reviewed carefully for gender bias as they are normatively and culturally determined.«<sup>57</sup>

Die maskulinen Privilegien adressierend wird inzwischen mit Blick auf familiäre Sorgearbeit diskutiert, ob das Fehlen von »angemessenen Vorkehrungen« eine Diskriminierung darstellt. Dieser Ansatz beinhaltet nicht nur ein staatliches Förderungsgebot, sondern eine positive Handlungspflicht für staatliche und private Akteure. Durch angemessene Vorkehrungen soll bereits präventiv verhindert werden, dass Benachteiligungen entstehen. Während für die Kategorie Behinderung das Fehlen angemessener Vorkehrungen bereits als Diskriminierung anerkannt ist, steht die Diskussion um angemessene Vorkehrungen für das Geschlechterverhältnis noch ganz am Anfang.<sup>58</sup> So wird vorgeschlagen, dass die Übernahme von Sorgearbeit Ansprüche auf Teilzeit oder flexible Arbeitszeitgestaltung begründen kann, um sorgebedingte Benachteiligung zu verhindern.<sup>59</sup> Diese Figur kann somit als Schnittstelle zwischen individuellem Diskriminierungsschutz und Gleichstellungsmaßnahmen begriffen werden.

### 3. Fallstricke der Verhandlung von Identität

Eine materiale Gleichheitskonzeption lässt sich als dogmatische Übersetzung einer relationalen Perspektive begreifen, weil sie die konkreten gesellschaftlichen Ungleichheitsverhältnisse in den Blick nimmt und auf deren Transformation zielt. Strukturelle Beziehungen der Ungleichheit werden zu einem verfassungsrechtlichen Problem – zu einer Verfassungsfrage – qualifiziert und verfassungsrechtliche Maßstäbe für deren Bearbeitung entwickelt.

Dennoch sind mit dieser Perspektive argumentative Fallstricke verbunden, die mit der Schwierigkeit »Identität« zu verhandeln und der historischen Privilegierung spezifischer Diskriminierungserfahrungen zusammenhängen. Besondere Gleichheitssätze formulieren regelmäßig das Verbot einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und anderer Kategorien. Da diese Kategorien auf Gruppenzugehörigkeiten verweisen, stellt sich in einer relationalen Perspektive nicht nur die Frage nach einer ungleichheitssensiblen Gleichheitsinterpretation, sondern auch nach den Kategorien selbst. Auf welche Subjektivitäten verweisen sie und auf

57 CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, Rn. 23.

58 Art. 5 RL 2000/78, Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention, § 12 AGG (erforderliche Maßnahme).

59 Kocher/Wenckebach, Soziales Recht 2013, 17.

welche nicht? Welche Ein- und Ausschlüsse werden durch spezifische Interpretationen von Kategorien erzeugt?

### 3.1 Intersektionalität

Fokussiert man die Ungleichheitsachse Geschlecht, dann gehen damit spezifische Vorstellungen über »Frauen« einher, die die vielfältigen Diskriminierungserfahrungen, die Angehörige des weiblichen Geschlechts machen, nicht erfassen können. Denn nicht nur das Geschlecht, sondern auch die Klassenzugehörigkeit, die Religion, die Herkunft, die sexuelle Orientierung, die rassialisierte Verortung sowie Behinderungen bestimmen die gesellschaftliche Positionierung und die Alltagserfahrungen von weiblichen Subjekten. Die Gruppe des weiblichen Geschlechts weist also interne Differenzierungen und Hierarchisierungen auf. So machen Frauen andere Erfahrungen, wenn sie als Angehörige der Gruppe der »deutschen Frauen« wahrgenommen werden als Frauen einer kulturell, rassistisch oder staatsbürgerschaftlich konzipierten Gruppe der »Nicht-Deutschen«. Arbeiterinnen machen andere Erfahrungen als Professorinnen. Kopftuchtragende Musliminnen machen wiederum andere Erfahrungen als Musliminnen ohne Kopftuch.

Ob sich ein Merkmal benachteiligend auswirkt und als Diskriminierung materialisiert, hängt vom konkreten Kontext ab. Diskriminierung ist meist ein komplexes Phänomen, das sich nicht allein aus einem Merkmal, sondern aus einem Konglomerat von Gründen ergibt und beim Vorliegen mehrerer Gründe verschärfen oder anders als im hegemonialen Frauenbild angelegt darstellen kann.<sup>60</sup> Politisch wurde in den feministischen Bewegungen die Dominanz der weißen, westlichen, Mittelklasse-Frau kritisiert, die den Gleichheits- und Menschenrechtsdiskurs vereinnahmt und die Unrechtserfahrungen »anderer Frauen« unsichtbar macht. Nicht nur hinsichtlich der Relation männlich-weiblich, sondern auch innerhalb der weiblichen Gruppe müssen, so die Kritik, Normalitätsvorstellungen dekonstruiert und Maßstababbildungen kritisch reflektiert werden.<sup>61</sup>

In der juristischen Wissenschaft hat dies Ende der 1980er Jahre als erste die Zivilrechtlerin Kimberlé Crenshaw mit dem Begriff der Intersektionalität argumentiert. Die Dominanz weißer Frauen und schwarzer Männer im U.S.-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht führe

60 *Holzleithner*, in: Homel/Scherr, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, S. 97 ff.; *Lembke/Liebscher*, in: Meier u. a., Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?, S. 272 ff.

61 *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139; *Dhawan*, Femina Politica 2009, 52; *Walgenbach*, in: dies. u. a., Gender als interdependente Kategorie, S. 25 ff.; *Zetkin*, Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung Deutschlands, S. 146 ff.

dazu, dass die Ungleichheitserfahrung schwarzer Frauen im Recht nicht benannt werden könne: »(I)n race discrimination cases, discrimination tends to be viewed in terms of sex- or class-privileged Blacks; in sex discrimination cases, the focus is on race- and class-privileged women.«<sup>62</sup> Anhand von arbeitsrechtlichen Fällen, in denen ausschließlich schwarze Frauen gekündigt wurden, konnte Crenshaw aufzeigen, dass das Erfordernis des amerikanischen Diskriminierungsschutzes, sich nur einer Kategorie zuzuordnen, dazu führte, dass sowohl eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschied, weil keine weißen Frauen entlassen wurden, als auch eine Diskriminierung aufgrund der Rasse scheiterte, weil schwarze Männer ebenfalls keine Kündigung erhalten hatten. Crenshaw kritisiert daher, dass das Antidiskriminierungsrecht der gesellschaftlichen Privilegierung von Weißheit und Männlichkeit folge und die Überkreuzung – *intersection* – von Ungleichheitskategorien, hier Rasse und Geschlecht, nicht als Diskriminierung erkennen könne.<sup>63</sup>

Crenshaws Begriff der *intersectionality* wird inzwischen auch in der deutschen Rechtswissenschaft als Analyseinstrument verwendet.<sup>64</sup> Ähnliche Ideen werden mit den Begriffen der Mehrfachdiskriminierung oder der mehrdimensionalen Diskriminierung verfolgt. Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung verweist darauf, dass Personen, die mehrere aktiv markierte Ausprägungen aufweisen, z. B. Frauen, die einer Minderheit angehören, in der einen Situation wegen des einen Merkmals (als Frau), in der anderen Situation wegen des anderen (als Angehörige einer Minderheit) oder additiv wegen beiden Merkmalen diskriminiert werden.<sup>65</sup> Das Konzept von mehrdimensionaler Diskriminierung, mit dem man den englischen Intersektionalitätsbegriff in den deutschen Diskurs übersetzen könnte,<sup>66</sup> verweist demgegenüber darauf,

62 Crenshaw, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139 (140).

63 Ebenda, S. 151. Ansätze einer intersektionalen Verfassungsrechtsanalyse z. B. bei Karpin/O'Connell, in: Baines/Rubio-Marín, Speaking into a Silence, S. 42 ff. (indigene Frauen in Australien); Baines, in: dies./Rubio-Marín, Using the Canadian Charter of Rights and Freedoms to Constitute Women, S. 66 ff. (indigene, arme, immigrierte, lesbische Frauen in Kanada).

64 Zinsmeister, Mehrdimensionale Diskriminierung; Markard, KJ 2009, 353; Holzleithner, in: Homel/Scherr, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs; Lembke/Liebscher, in: Meier u. a., Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?; einen knappen Überblick über die verschiedene Begrifflichkeiten geben Baer u. a., Mehrdimensionale Diskriminierung.

65 Europäische Kommission, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung.

66 So z. B. Zinsmeister, die die Verschränkung von Behinderung und Geschlecht untersucht, Zinsmeister, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 51, Fn. 135, 43 ff., 113 ff. Baer u. a. ziehen den Begriff der mehrdimensionalen Diskriminierung vor, da Intersektionalität als Begriff wenig selbsterklärend sei und

dass Diskriminierungserfahrungen komplexe Phänomene sind, die aufgrund einer Verschränkung von Ungleichheitsachsen gemacht werden, welche sich nicht fein säuberlich voneinander trennen lassen.<sup>67</sup> Im deutschen Kontext zeigt sich dies bei der Benachteiligung von kopftuchtragenden Musliminnen in der Arbeitswelt oder von migrantisch wahrgenommenen jungen Männern, denen der Einlass in Diskotheken verwehrt wird. Während beim Kopftuch Religion und Geschlecht sich nicht trennen lassen und sich Diskriminierungserfahrungen von Musliminnen mit Migrationshintergrund noch verschärfen dürften, spielen bei den Diskothekenfällen neben der Herkunft das Geschlecht und das Alter die entscheidende Rolle.

Dogmatisch hat eine intersektionale Rechtsanalyse zwei Konsequenzen. Sie verweist erstens auf die Binnendifferenzierung von Personengruppen, indem sie den Blick für Diskriminierungserfahrungen von Subgruppen schärft. Die homogenisierende Kategorie »Geschlecht« wird also aufgebrochen, um differente Lebenserfahrungen sichtbar zu machen. Dies führt zweitens zur Problematisierung der Vergleichsgruppen. Diskriminierungserfahrungen von Subgruppen werden nur sichtbar, wenn auch entsprechende Vergleichsgruppen gebildet werden und nicht vorschnell auf den Vergleich zwischen »Männern« und »Frauen« abgestellt wird. Im deutschen Verfassungsdiskurs wird diese Perspektive insbesondere für die Frage nach einer rechtlichen Anerkennung von muslimischen Frauen, die das Kopftuch für sich als verpflichtend ansehen und in der Schule unterrichten oder als Rechtsreferendarin gleichbehandelt werden wollen, relevant, da diese nicht als Frauen, sondern als muslimische, kopftuchtragende Frauen Erfahrungen von Benachteiligung und Exklusion machen.

### 3.2 Kategorien

Kritiken kategorial operierenden Rechts haben auf das Problem der Essentialisierung und des *Othering*-Effekts aufmerksam gemacht.<sup>68</sup> Indem Tatbestände Kategorien verwenden, muss die juristische Argumentation

zu einer Essentialisierung von Kategorien beitragen, *Baer u. a.*, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 10 ff. Mangold hält am Intersektionalitätsbegriff fest und plädiert für einen reflektierten Umgang mit Kategorien als Kategorisierungen, *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 238 ff.; ähnlich *Markard*, KJ 2009, 353.

67 Zu den unterschiedlichen Schutzniveaus für verschiedene Kategorien in den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien *Holzleitner*, in: Homel/Scherr, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, S. 96 ff.

68 *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, S. 32 ff. »Yet, by sorting people and problems into categories, we each

immer wieder die Existenz dieser Tatbestandsmerkmale in der Rechtsanwendung feststellen. Dies könne die Gefahr mit sich bringen, dass essentialisierende Zuschreibungen in der rechtlichen Praxis reproduziert werden anstatt Kategorien als Verweise auf diskriminierende Zuschreibungen zu verstehen, aufgrund derer Personen Erfahrungen der Benachteiligung machen.<sup>69</sup>

Darüber hinaus reproduzieren Kategorien, indem sie nur auf die aktive Markierung einer Ausprägung verweisen, Differenzen, die im Recht auf lange Sicht eigentlich unerheblich werden sollen. Martha Minow stellt daher ein Dilemma der Differenz fest: »(W)hen does treating people differently emphasize their differences and stigmatize or hinder them on that basis? and when does treating people the same become insensitive to their difference and likely to stigmatize or hinder them on *that* basis?«<sup>70</sup> Thematisiert das Recht die gesellschaftlich bestehenden Ungleichheitsverhältnisse über Kategorien, um Ungleichheit im Recht zu akkomodieren, dann bestätigt es zugleich die Differenz und Andersheit nicht hegemonialer Subjekte. Rechtliche Anerkennung kann hier in *Othering* umschlagen: »The problems of inequality can be exacerbated both by treating members of minority groups the same as members of the majority and by treating the two groups differently.«<sup>71</sup>

Um nicht durch staatliche Rechtsanwendungen oder Gerichtsentscheidungen auf kategoriale Identitäten festgelegt zu werden, fordern einige Autor\*innen, darunter auch Susanne Baer, ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht.<sup>72</sup> Anstatt Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu verbieten, müsse Diskriminierung aufgrund von

cede power to the social definitions that we individually no longer control.«, *Minow*, *Making All the Difference*, S. 22.

69 *Elsuni*, in: Behmenburg u.a., *Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel »Geschlecht«*. Lembke und Liebscher stellen essentialisierende Feststellung von deutschen Gerichten dar, *Lembke/Liebscher*, in: Meier u.a., *Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?*, S. 275 f.; *Liebscher u. a.*, *KJ 2012*, 204.

70 *Minow*, *Making All the Difference*, S. 10.

71 *Ebenda*, S. 20.

72 Mangold folgt dem nicht, sondern sieht darin vor allem die Gefahr, dass nicht mehr auf die diskriminierenden Effekte, sondern auf diskriminierende Intentionen abgestellt wird und damit unreflektiert bleibt, dass Diskriminierung regelmäßig intentionslos erfolgt. Zudem würden Kategorien in der Praxis nicht verschwinden und die Kritik die repressive Seite rechtlicher Regelungen sowie die Wirkungsmacht rechtlicher Kategorien überbetonen, *Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht*, S. 245 ff. Adamietz definiert die Kategorie Geschlecht weit und argumentiert, dass die Kategorie vor jeglicher Benachteiligung schützt, die in der Abweichung von der binär-heterosexuellen Geschlechterordnung gründet. Auf diese Weise inkludiert sie

Hetero-Sexismus oder hetero-sexistischen Zuschreibungen untersagt werden. Es findet damit eine Perspektivenverschiebung statt, da nicht mehr die vermeintlich »tatsächlichen« Eigenschaften der Personen als die »Anderen« rechtlich interessieren, sondern die hierarchisierenden Praktiken und Strukturen in den Fokus der Argumentationspraxis rücken.

Werden Kategorien im Recht verwendet, so könnte man die dargestellten Kritiken zusammenfassen, dann benötigt es eine Rechtspraxis, die diese als Zuschreibungen, als Prozess der Kategorisierung zur Komplexitätsreduzierung, aber nicht als ontologischen Verweis auf Identitäten versteht. Baer geht noch einen Schritt weiter und kritisiert den Bezug auf Gruppen durch kategoriales Recht überhaupt. Im rechtlichen Gruppismus (*legal groupism*) sieht sie eine zu starke Gefahr essentialisierender und homogenisierender Identitätspolitik: »Das begünstigt elitäre Repräsentationspolitiken, denn in Gruppen sprechen dann ›leaders‹ für andere, mit denen dann nicht gesprochen werden muss.« Der Bezug auf kollektive Identitäten wird für Baer insbesondere im Hinblick auf religiöse Gruppen problematisch, da sich diese als religiöse Gemeinschaften auf ihr kollektives Selbstbestimmungsrecht berufen, um ihre Diskriminierungspraxis aufgrund des Geschlechts sowie der sexuellen Orientierung zu rechtfertigen. Baer betont dagegen das Individuum, das mit Grundrechten kollektive, stereotype Erwartungen abwehren und sich auf seine Individualität berufen könne. Gleichheit richte sich daher im Kern gegen die Vereinnahmung von Einzelnen in kollektive Identitäten.<sup>73</sup>

Versteht man Baers Position als Liberalismuskritik, in der die Religionsfreiheit nicht dazu dienen soll, dass religiöse Gruppen Gleichheitsansprüche von Frauen und homosexuellen Menschen im Namen privater Selbstorganisation abwehren können, ist die Kritik am *legal groupism* nachvollziehbar. Über diesen Kontext der Religionsfreiheit hinaus scheint die Kritik am *legal groupism* – gerade vor dem Hintergrund feministischer Positionen, die einen schwachen Begriff von sozialen Gruppen oder einen strategischen Essentialismus verfolgen<sup>74</sup> – weniger verständlich. Schließlich geht es bei Antidiskriminierungsrecht, sei es kategorial gefasst oder nicht, nicht primär um das Recht einer Gruppe auf

sexuelle Orientierung und sexuelle Identität in den Schutzbereich der Geschlechtsdiskriminierung und lenkt ebenso den Blick auf diskriminierende Praktiken, *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, S. 250 ff. Dazu auch *Röhner*, *juridikum* 2015, 516 (522 ff.).

73 *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, *Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen*, S. 26 ff., 32, Zitat S. 26; *Baer*, *Utrecht Law Review* 2010, 56 (60 ff.); *Baer*, *Constellations* 2013, 68.

74 *Phillips*, *The Politics of Presence*; *Butler*, in: dies. u.a., *Kontingente Grundlagen*, S. 48 ff.; *Spivak*, in: *Landry/MacLean*, *Subaltern Studies*, S. 214.

Selbstbestimmung oder die Reifizierung von Identitäten, sondern um einzelne Subjekte, die aufgrund von (vermeintlichen) Zugehörigkeiten Erfahrungen von Benachteiligung machen und daher gleiche Anerkennung einfordern.

### III. Materiales Diskriminierungsverständnis

In der Verfassungspraxis wird die Ungleichheitsachse Geschlecht inzwischen über ein materiales Diskriminierungsverständnis adressiert. Vom Bundesverfassungsgericht wurde ein solches Diskriminierungsverständnis in den Entscheidungen zum Rentenalter und zum Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen Ende der 1980er/Anfang der 1990er Jahre herausgearbeitet und im Anschluss weiter konkretisiert.<sup>75</sup>

Das Grundgesetz liefert für die Gleichheit der Geschlechter gleich zwei Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Während in Absatz 3 Satz 1 die Bevorzugung oder Benachteiligung aufgrund des Geschlechts untersagt wird, konstatiert Absatz 2 positiv die Gleichberechtigung der Geschlechter.<sup>76</sup> Die umkämpfte Entstehungsgeschichte dieser zwei Absätze zeigt, wie schwierig es vor dem Hintergrund patriarchal geprägter Verhältnisse war, geschlechtliche Ungleichheit im Verfassungstext zum Thema zu machen. Die Formulierung in Absatz 2 sah im ursprünglichen Textentwurf der Herren-Chiemsee-Kommission eine Einschränkung für das Zivilrecht zugunsten des patriarchalen Familien- und Erbrechts vor.<sup>77</sup> Elisabeth Selbert konnte jedoch, unterstützt von der Frauenbewegung, im Parlamentarischen Rat durchsetzen, dass die Gleichheit der Geschlechter auch für das Zivilrecht gilt.<sup>78</sup> Die Existenz zweier Geschlechtergleichheitssätze wird daher auf den Umstand

75 BVerfGE 74, 163 (179 f.), *Rentenalter* (1987); 85, 191, *Nachtarbeitsverbot* (1992).

76 Das Verhältnis dieser zwei Gleichheitssätze wird in der Literatur viel diskutiert. Sacksofsky interpretiert Art. 3 Abs. 2 GG als gruppenbezogenes Dominierungsverbot und Art. 3 Abs. 3 GG als individualbezogenes Differenzierungsverbot. Als Dominierungsverbot verbiete es nicht die Anknüpfung an Kategorien, sondern solle die dominierte Gruppe vor Benachteiligung schützen, *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 318; *Sacksofsky*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 332 ff; zustimmend mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte und Systematik *Heun*, Art. 3 GG, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, Rn. 103; *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 357, 361 (7. Aufl. i.E.); ablehnend *Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 17 f.; *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, § 182 Besondere Gleichheitsgarantien, Rn. 83 ff.

77 *Häberle*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, S. 66 ff.; *Meyer*, in: Kritische Justiz, Elisabeth Selbert (1896–1986), S. 434 f.

78 Dennoch musste das BVerfG die Rechtsqualität noch einmal klarstellen: »Art. 3 Abs. 2 GG ist eine echte Rechtsnorm. Er enthält wie Art. 3 Abs. 3 GG eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes.«, BVerfGE 3, 225 (4. Ls.), *Gleichberechtigung* (1953).



zurückgeführt, dass konträr zur Weimarer Reichsverfassung die Gleichheit der Geschlechter nicht auf staatsbürgerliche Rechte begrenzt sein, sondern auch das Zivilrecht umfassen sollte. Art. 117 Abs. 1 GG stellte als Übergangsnorm sicher, dass die gleichheitswidrigen Zivilrechtsnormen nur bis zum 31. März 1953 galten, wobei die Legislative erst 1957 die Gleichberechtigung einfachgesetzlich umsetzte.<sup>79</sup> Im Zuge der Gemeinsamen Verfassungskommission nach dem Ende der Deutschen Demokratischen Republik kam die Diskussion um die Geschlechtergleichstellung erneut auf.<sup>80</sup> Um den staatlichen Gleichberechtigungsauftrag explizit zu machen und proaktives Gleichstellungsrecht verfassungsrechtlich abzusichern, wurde 1994 der Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG eingefügt: »Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.«<sup>81</sup>

Der Beginn einer materialen Verfassungspraxis wird meist auf die Nachtarbeits-Entscheidung datiert, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht – wie Ute Sacksofsky zeigt – auch vorher schon keine streng formale Gleichheitsdogmatik verfolgt.<sup>82</sup> Zwar hat es Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG als Differenzierungsverbot bezeichnet und Absatz 2 keine eigenständige, über Absatz 3 hinausgehende Bedeutung zugesprochen, dennoch hat es von Anfang an keinen formalen Differenzierungsmaßstab angelegt.<sup>83</sup>

Die wesentliche Konsequenz eines Differenzierungsverbots wäre es, dass Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts im Recht unzulässig sind, es also einer geschlechtslosen Rechtsordnung bedarf. Das Bundesverfassungsgericht hat aber mit Blick auf die »realen« Geschlechterunterschiede rechtliche Differenzierungen seit seiner ersten Entscheidung zur Geschlechtergleichheit als möglich angesehen: »Es bedarf kaum eines Hinweises, daß im Bereich des Familienrechts im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig ist (z. B. alle Bestimmungen zum Schutze der Frau als Mutter, Differenzierungen der Art der Leistung für die Familiengemeinschaft).«<sup>84</sup> Dabei ist beachtlich, dass

79 Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v. 18.6.1957, BGBl. I 1957, S. 609.

80 *Limbach/Eckert-Höfer*, Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland; *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 392 ff.

81 BGBl. I 1994, S. 3146.

82 Zu den 1950er bis 1990er Jahren *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Kap. 1.

83 BVerfGE 3, 225 (240 f.), *Gleichberechtigung* (1953); 10, 59 (73 f.), *Stichentscheid* (1959).

84 BVerfGE 3, 225 (242), *Gleichberechtigung* (1953); auch 10, 59 (74), *Stichentscheid* (1959). Zur Kritik *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf

das Gericht trotz paternalistischer Wortwahl den Maßstab der biologischen und funktionalen Unterschiede nicht einmal herangezogen hat, um Nachteile für Frauen zu rechtfertigen. So hat es etwa in einem Beschluss von 1960 die Gleichwertigkeit von Hausarbeit und Erwerbsarbeit betont und eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts wegen der Unterhaltsverpflichtung unehelicher Väter abgelehnt.<sup>85</sup>

Darüber hinaus hat das Gericht den besonderen Gleichheitssatz nicht symmetrisch interpretiert, sondern enge Grenzen gerade für die Ungleichbehandlung von Frauen und sozial marginalisierten Gruppen formuliert: »Wollte man dem Gesetzgeber im Wirkungsbereich des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG eine ähnliche Gestaltungsfreiheit zugestehen wie im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes, so würde dies zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß »eine einfache gesetzgebende Mehrheit und eine ihr sekundierende der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts eben doch Diskriminierungen z. B. der Frauen, der Juden, der Angehörigen irgendeiner politischen Partei oder Religionsgesellschaft einführen« könnten, sofern die Mitglieder jener Verfassungsorgane nur der Meinung sind, unter den gegebenen Umständen sei diese Diskriminierung »reasonable« und also »gerecht« (...).«<sup>86</sup>

Im Folgenden soll dieses materiale Diskriminierungsverständnis rekonstruiert werden. Dafür werden zunächst die Entscheidungen zum Rentenalter (1.) und zur Nachtarbeit (2.) dargestellt und anschließend verschiedene dogmatische Konkretisierungen, die seit dem erfolgt sind, herausgearbeitet (3.).

## 1. Rentenalter

Als vorbereitende Entscheidung für die Nachtarbeits-Rechtsprechungslinie gilt der Beschluss zum Rentenalter von 1987. In diesem ging es um die unterschiedlichen Renteneintrittsalter für Frauen und Männer. Da weibliche Versicherte aufgrund ihrer traditionellen Zuständigkeit für Haushalt, Kinder und Alte typischerweise doppelt mit Arbeit belastet sind, wurde ihnen zur Kompensation des »stärkeren Kräfteverbrauchs« und der schlechteren Stellung im Erwerbsleben ermöglicht, bereits im Alter von 60 Jahren einen Antrag auf Altersruhegeld zu stellen.<sup>87</sup> Männliche Versicherte konnten, entsprechend der gesellschaftlichen Normalität einer lebenslangen Vollerwerbstätigkeit, die von Sorgearbeit freigestellt ist, diesen Antrag erst mit Erreichen von 65 Jahren stellen. In dem Fall

Gleichberechtigung, S. 49 ff.

85 BVerfGE 11, 277 (280 f.), *Unterhaltspflicht* (1960).

86 BVerfGE 10, 59 (73 f.), *Stichentscheid* (1959).

87 BVerfGE 74, 163 (165), *Rentenalter* (1987).

sah sich daher ein Witwer mit drei Kindern aufgrund seines Geschlechts diskriminiert.

Das Bundesverfassungsgericht wies diese formale Interpretation des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts mit Verweis auf den gesellschaftlichen Kontext ungleicher Geschlechterbeziehungen jedoch zurück:<sup>88</sup> »Prüfungsmaßstab ist Art. 3 Abs. 2 GG. Der darin enthaltene Gleichberechtigungsgrundsatz entspricht dem in Absatz 3 geregelten Diskriminierungsverbot, wonach niemand ›wegen seines Geschlechts‹ benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Er ist in der Rechtsprechung strikt angewendet worden, namentlich dort, wo es sich um Benachteiligungen von Frauen handelte; zum Abbau dieser Benachteiligungen sollte das Grundrecht bevorzugt dienen.«<sup>89</sup>

Als Nachteil identifizierte das Gericht die mit der Übernahme von Reproduktionsarbeit zusammenhängende schlechtere ökonomische Positionierung, von der Ausbildung, über die Entlohnung bis hin zu kürzeren Versicherungszeiten in der Rentenversicherung: »So weist die Bundesversicherungsanstalt zutreffend darauf hin, daß das Ausbildungsdefizit der Frauen, welches ihre berufliche Stellung und damit ihr Arbeitsentgelt sowie ihre Rentenerwartung in der Vergangenheit maßgeblich beeinträchtigt hat, in typischen Fällen durch eine Antizipierung der erwarteten Stellung der Frau als spätere Mutter verursacht worden ist. Ähnliche Ursachen dürften auch vielfach die Beschäftigung in unteren Lohngruppen und die geringeren Aufstiegschancen der Frau im Beruf haben. Die typischen Unterbrechungen einer entgeltlichen Tätigkeit durch Zeiten von Schwangerschaft, Geburt und Kindererziehung haben zudem bei Frauen häufig zur Folge, daß sie im Gegensatz zu Männern von der Inanspruchnahme des flexiblen Altersruhegeldes bei Vollendung des 63. Lebensjahres deswegen keinen Gebrauch machen können, weil sie die besondere Voraussetzung einer 35jährigen Versicherungszeit nicht erfüllen.«<sup>90</sup>

Daran anschließend argumentierte das Gericht erstmals anhand von Art. 3 Abs. 2 GG, dass die Gesetzgebung zum Ausgleich typisierbarer Nachteile berechtigt sei: »Insoweit gibt das Ausgangsverfahren Anlaß, die bisherige Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 2 GG dahingehend zu ergänzen, daß der Gesetzgeber zu einer Ungleichbehandlung auch dann befugt ist, wenn er einen sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen anordnet, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede

88 Auch der EGMR hatte solche Fälle zu entscheiden. Er konnte wegen ähnlicher Gründe keinen Verstoß gegen die Geschlechtergleichheit feststellen, EGMR, Urteil v. 12.4.2006 (GC), 65731/01, 65900/01, *Stec u. a.*, Rn. 66; Urteil v. 22.8.2006, 42735/02, *Barrow*, Rn. 38 f.; Urteil v. 22.8.2006, 37212/02, *Walker*, Rn. 38 f.; Urteil v. 22.8.2006, 8374/03, *Pearson*, Rn. 26 f.; Urteil v. 17.2.2011, 6268/08, *Andrle*, Rn. 60 f.

89 BVerfGE 74, 163 (179), *Rentenalter* (1987).

90 Ebenda, S. 177 f.

zurückgehen. Darin liegt keine Ungleichbehandlung ›wegen des Geschlechts‹ (...), sondern eine Maßnahme, die auf eine Kompensation erlittener Nachteile zielt.«<sup>91</sup> Die Kompensation typischer geschlechtsbedingter Nachteile ist hiernach also im Sinne eines materialen Diskriminierungsverständnisses keine Geschlechtsdiskriminierung männlicher Subjekte. Biologische Unterschiede setzt das Gericht dabei mit der tradierten Zuständigkeit für reproduktive Tätigkeiten gleich und argumentiert, dass, weil sich die erhebliche ökonomische Schlechterstellung von Frauen aus der Übernahme von Hausarbeit und Kindererziehung ergebe, die Position als Ehefrau und Mutter ein biologischer Umstand sei.<sup>92</sup>

## 2. Nachtarbeit

Detaillierter ausbuchstabiert wurde das materiale Diskriminierungsverständnis im vieldiskutierten Urteil zum Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen von 1992.<sup>93</sup> In dem Fall wehrten sich Arbeitgeber\*innen gegen das bußgeldversehene Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen aus § 19 Abs. 1, 1. Alt. Arbeitszeitordnung. Während der Bundesgerichtshof argumentiert hatte, dass dieses Verbot Frauen als Mütter vor der Doppelbelastung durch tägliche Sorgearbeit und nächtliche Erwerbsarbeit sowie vor den Gefahren sexualisierter Gewalt auf dem nächtlichen Nachhauseweg schütze, erklärte das Bundesverfassungsgericht die Norm für verfassungswidrig. Dabei machte es drei dogmatische Feststellungen, die für eine materiale Perspektive relevant sind: Es interpretierte das Gleichberechtigungsgebot von Männer und Frauen in Art. 3 Abs. 2 GG als staatlichen Gleichberechtigungsauftrag, der sich auf die soziale Wirklichkeit bezieht (2.1), es formulierte einen neuen, stereotypensensiblen Maßstab für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts (2.2) und konstatierte, dass staatlicher Schutz nicht in Paternalismus umschlagen darf (2.3).

### 2.1 Soziale Wirklichkeit und Nachteilsausgleich

In dem Urteil reformuliert das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlichen Maßstab für die Bewertung von Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts. Dabei geht es auf die Bedeutung des Gleichheitsgebots von Männern und Frauen in Art. 3 Abs. 2 GG ein und argumentiert erstmals – und noch vor der Einfügung des Satzes 2 –, dass

91 Ebenda, S. 180.

92 Ebenda, S. 181.

93 BVerfGE 85, 191, *Nachtarbeitsverbot* (1992).

sich der Regelungsgehalt von Absatz 2 auf die soziale Wirklichkeit und die zukünftige Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter erstreckte. So gehe Absatz 2 über das Diskriminierungsverbot in Absatz 3 hinaus: »Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer (...). Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden (...).« Aus dem staatlichen Gleichstellungsauftrag folge, wie schon im Rentenalterfall festgestellt, dass es verfassungsrechtlich zulässig sei, »(f)aktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen« durch sozialstaatliche Maßnahmen auszugleichen.<sup>94</sup> Damit bestätigt das Bundesverfassungsgericht die materiale Deutung des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts. Darüber hinaus zielt der neue Maßstab, nach dem staatliche Maßnahmen nicht zur Verfestigung von Rollen beitragen dürfen, auf kulturelle Deutungsmuster, die die geschlechtliche Arbeitsteilung stützen, und ist daher als Ansatz für einen geschlechterstereotypensensiblen Maßstab zu verstehen.<sup>95</sup>

## 2.2 Biologisch zwingende Gründe und Geschlechterstereotype

Nach der Feststellung, dass das Nachtarbeitsverbot eine Ungleichbehandlung von Arbeiterinnen im Vergleich zu Arbeitern aufgrund des Geschlechts darstellt, prüft das Bundesverfassungsgericht verschiedene Rechtfertigungsgründe. Dabei leitet es einen Rechtsprechungswechsel ein. Es gibt seinen alten Maßstab der »objektiven biologischen und funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede« auf und stellt fest, dass nur noch zwingende biologische Gründe (z. B. eine Schwangerschaft), nicht aber Geschlechterstereotype oder tradierte Geschlechterrollen eine rechtliche Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts rechtfertigen können.<sup>96</sup>

Das Gericht weist die Annahme des Nachtarbeitsverbots zurück, dass Arbeiterinnen generell körperlich schwächer als Arbeiter konstituiert seien und daher staatlichen Schutz vor Nachtarbeit benötigen. Dafür, dass Nachtarbeit für Frauen schädlicher als für Männer sei, gäbe es keine

94 Ebenda, beide Zitate S. 207.

95 Baer kritisierte diese Rollenanalyse. Nicht die Rollenverteilung, sondern die Rollen müssten sich ändern. Daher solle das BVerfG geschlechtshierarchisierende Strukturen kritisch in den Blick nehmen und nicht von Angleichung, sondern Gleichwertigkeit sprechen, *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 225 ff.

96 »Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.« BVerfGE 85, 191 (207), *Nachtarbeitsverbot* (1992).

medizinischen Anhaltspunkte. Nachtarbeit sei grundsätzlich für jeden Menschen schädlich.<sup>97</sup>

Auch die typische Doppelbelastung von Arbeiterinnen durch tägliche Hausarbeit und nächtliche Erwerbsarbeit akzeptiert das Gericht nicht als Rechtfertigung, da es sich hierbei um einen sozialen und keinen biologischen Grund handle. Die Gleichsetzung der weiblichen Zuständigkeit für reproduktive Arbeit mit biologischen Umständen, wie sie noch im Rentenalterfall argumentiert wurde, wird durch eine nicht naturalisierende Argumentation abgelöst und auf die Möglichkeit einer geschlechtslosen Regelung verwiesen: »Dem nicht zu leugnenden Schutzbedürfnis für Nachtarbeiterinnen und Nachtarbeiter, die zugleich Kinder zu betreuen und einen Mehrpersonenhaushalt zu führen haben, kann sachgerechter durch Regelungen Rechnung getragen werden, die an diesen Tatbestand anknüpfen.«<sup>98</sup>

Außerdem führe das Verbot, so das Bundesverfassungsgericht, zu erheblichen ökonomischen Nachteilen. Der vermeintliche Schutz von Arbeiterinnen führe z. B. zu schlechteren Arbeits- und Verdienstmöglichkeiten und reproduziere auf diese Weise die überkommene geschlechtliche Rollenverteilung: »Frauen werden [durch das Verbot, CR] bei der Stellensuche benachteiligt. Arbeit, die mindestens zeitweise auch nachts geleistet werden muß, können sie nicht annehmen. In einigen Branchen hat das zu einem deutlichen Rückgang der Ausbildung und des Einsatzes von weiblichen Arbeitskräften geführt. Darüber hinaus werden Arbeiterinnen daran gehindert, über ihre Arbeitszeit frei zu disponieren. Nachtarbeitszuschläge können sie nicht verdienen.«<sup>99</sup> Das Nachtarbeitsverbot erschwere daher den Abbau von gesellschaftlichen Nachteilen für Frauen. Die Gefahr sexualisierter Übergriffe rechtfertige ein pauschales Nachtarbeitsverbot ebenso wenig.<sup>100</sup>

### 2.3 *Paternalismus und staatlicher Schutz*

Das Bundesverfassungsgericht erkennt zwar die gesellschaftliche Realität an, in der Frauen weiterhin ganz überwiegend für Haus- und Sorgearbeit zuständig und daher in besonderer Weise durch Nachtarbeit belastet sind. Staatlicher Schutz, so das Gericht, dürfe jedoch nicht in Benachteiligung umschlagen: »Die besondere Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmerfamilien mit kleinen Kindern darf aber nicht zum Anlaß für ein frauenspezifisches Verbot, etwa für Mütter kleiner Kinder, genommen

97 Ebenda, S. 207 f.

98 Ebenda, S. 209.

99 Ebenda, S. 209 f.

100 Ebenda, S. 209.

werden.«<sup>101</sup> An die Handelsvertreter-Entscheidung anschließend betont es, dass aber ein geschlechtsloser Schutz vor Nachtarbeit und den strukturellen Asymmetrien im Arbeitsleben grundrechtlich geboten sein können.<sup>102</sup>

#### 2.4 Zusammenfassung

Methodisch erörtert das Gericht detailliert die konkrete Situation von Arbeiterinnen und zeigt auf diese Weise einerseits die benachteiligenden ökonomischen Effekten des Nachtarbeitsverbots und andererseits die maskuline Perspektivität dieser Regelung auf. Dabei qualifiziert es Geschlechterstereotype – die überkommene Rollenverteilung – als gleichheitsgefährdend und macht den Zusammenhang zwischen der kulturell weiblich codierten Zuständigkeit für Sorgearbeit und der ökonomisch schlechteren Position von Arbeiterinnen sichtbar. Über diesen stereotypensensiblen, relationalen Maßstab werden die Geschlechterrollen verfassungsrechtlich problematisch, sodass auf diese Weise die kulturelle Grundlage der ungleichen Reproduktionsordnung zu einer Verfassungsfrage wird.

### 3. Nach der Nachtarbeit

Seit der Nachtarbeits-Entscheidung wurde das materiale Diskriminierungsverständnis in der Verfassungspraxis weiter konkretisiert. Danach umfasst ein solches Diskriminierungsverständnis ein Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund von Mutterschutz und Schwangerschaft (3.1) sowie ein Gleichberechtigungsgesetz, das sowohl als Schutzpflicht (3.2) als auch als Rechtfertigung (3.3) für Gleichstellungsrecht dient. Zum virulenten Thema Frauenquote hat das Bundesverfassungsgericht noch keine Entscheidung getroffen, weshalb diese Thematik unter Bezugnahme der europarechtlichen Rechtsprechung diskutiert wird (3.4).

#### 3.1 Unmittelbare Diskriminierung wegen Mutterschutz und Schwangerschaft

Nach der Nachtarbeits-Entscheidung sind rechtliche Differenzierungen aufgrund des Geschlechts nur zulässig, soweit sie zwingend zur Lösung von Problemen, die nur bei einem Geschlecht auftreten, erforderlich sind oder sich durch kollidierendes Verfassungsrecht – insbesondere Art. 3

101 Ebenda, S. 213.

102 Ebenda; BVerfG 81, 242 (254 f.), *Handelsvertreter* (1990).

Abs. 2 GG – rechtfertigen lassen.<sup>103</sup> Mit diesem Maßstab der zwingenden Gründe rücken insbesondere Normen, die an die Erfahrung von Schwangerschaft anknüpfen oder mit dieser begründet werden, in das verfassungsrechtliche Interesse.

### 3.1.1 Mutterschaftsgeld und Arbeitsmarktzugang

Nach dem Mutterschutzgesetz dürfen Frauen sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt eines Kindes nicht arbeiten. Um ihnen in dieser Zeit die Existenz zu sichern, wird als Lohnersatz ein Mutterschaftsgeld gezahlt, das der Staat, die gesetzlichen Krankenkassen und die Arbeitgeber\*innen tragen müssen. Das Bundesverfassungsgericht bekam bereits 1974 und erneut 1985 die Regelungen zum Mutterschaftsgeld vorgelegt, um der Frage nachzugehen, ob die gesetzlich vorgesehene Zuschusspflicht der Arbeitgeber\*innen zum Mutterschaftsgeld eine verfassungswidrige finanzielle Belastung darstellt.<sup>104</sup> Während damals das Mutterschutzgebot gem. Art. 6 Abs. 4 GG und Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstäbe für die Feststellung einer verfassungskonformen Belastung der Arbeitgeber\*innen herangezogen wurden, schloss das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2003 an die Nachtarbeits-Entscheidung an, um nun mit Art. 3 Abs. 2 GG zu argumentieren, dass sich Schutzvorschriften nicht diskriminierend auf Frauen auswirken dürfen.<sup>105</sup>

In dem Fall ging es um die Verfassungsbeschwerde einer Arbeitgeberin, die sich durch die Zuschusspflicht in ihrer Freiheit aus Art. 12 GG beeinträchtigt sah. Das Gericht nahm diese Beschwerde zum Anlass, um sich inzident mit der Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung auseinanderzusetzen. Das Bundesverfassungsgericht hielt die Zahlungspflicht der Arbeitgeberin zwar grundsätzlich für eine zulässige Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, denn das Mutterschutzgesetz ziele

103 »Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, läßt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren (...).« BVerfGE 92, 91 (109), *Feuerwehrrabgabe* (1995). Eine Differenzierung zuungunsten von Männern ist z. B. gleichheitswidrig, wenn das Aufenthaltsrecht von Kindern nur von der Mutter nicht aber vom Vater abgeleitet werden kann, BVerfGE 114, 357 (364, 367), *Aufenthalts-erlaubnis von Kindern* (2005). Zum Sorgerecht von Vätern BVerfGE 107, 150 (170 f.), *Sorgeerklärung* (2003), überprüft und als Gleichheitsverstoß gewertet, EGMR, Urteil v. 3.12.2009, 22028/04, Z.

104 BVerfGE 37, 121, *Mutterschaftsgeld I* (1974); 70, 242, *Mutterschaftsgeld II* (1985).

105 BVerfGE 109, 64 (90), *Mutterschaftsgeld III* (2003); Krause, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Schutzvorschriften und faktische Diskriminierung; Buchner, NZA 2004, 1121.



darauf, die in einem Arbeitsverhältnis stehende Frau und ihr neugeborenes Kind vor Arbeitsplatz indizierten Belastungen zu schützen, in diesem Sinne komme die Gesetzgebung mit der Zuzahlungspflicht ihrem Schutzauftrag gem. Art. 6 Abs. 4 GG nach. Da aber die konkrete Ausgestaltung einer faktischen Diskriminierung von Frauen Vorschub leiste, könne sie nicht als rechtfertigende Einschränkung der Berufsfreiheit der Arbeitgeberin gewertet werden.<sup>106</sup>

Im Einzelnen stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, dass das zur Entlastung von Kleinunternehmen eingeführte Ausgleichs- und Umlagesystem, das die Kostenlast nicht mehr an die Beschäftigung von Frauen bindet, wegen seiner Begrenzung auf Kleinunternehmen nicht ausreichend sei, um nachteilige Effekte für Frauen zu verhindern. Da auch in mittleren und größeren Unternehmen eine geschlechtsspezifische Teilung des Arbeitsmarktes bestehe und diese 50 Prozent weniger Frauen als Männer beschäftigen, würden für diese Anreize gesetzt, keine Frauen im »gebärfähigen Alter« einzustellen. Eine Einbeziehung aller Unternehmen würde demgegenüber alle Arbeitgeber\*innen gleichmäßig mit Beiträgen belasten und zwar unabhängig davon, ob und wie viele Frauen sie einstellen. In den negativen Anreizen für mittlere und große Unternehmen sieht das Gericht eine faktische Diskriminierung von Frauen und daher eine diskriminierende Ausgestaltung des Mutterschutzes.<sup>107</sup>

Eine Diskriminierung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 GG ergibt sich nach dieser Entscheidung also nicht allein aus einer frauenbenachteiligenden Regelung, sondern auch aus dem Zusammenwirken von gesetzlicher Regulierung mit gesellschaftlichen Strukturen und den sich daraus ergebenden negativen Effekte, nämlich geminderter Einstellungschancen wegen »Risikovermeidung« durch (private) Arbeitgeber\*innen. Erneut argumentiert hier das Gericht mit der konkreten ungleichen Situation von Frauen auf dem Arbeitsmarkt und den benachteiligenden Effekte der rechtlichen Regelung.

Auch wenn das Gericht den Begriff der faktischen Benachteiligung in einigen Entscheidungen zur Bezeichnung einer mittelbaren Diskriminierung verwendet, liegt hier ein Fall der unmittelbaren Diskriminierung vor, da die Regelung an das Kriterium des Mutterschutzes anknüpft, das allein auf die weibliche Erfahrung von Schwangerschaft verweist und sich daher nicht negativ auf eine kleinere Anzahl von Männern auswirken kann.<sup>108</sup>

106 BVerfGE 109, 64 (89 ff.), *Mutterschaftsgeld III* (2003).

107 Ebenda, S. 92 ff.

108 So auch EuGH, Urteil v. 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*. Langenfeld nennt dies verdeckte Diskriminierung, da die Regelung auf ein Merkmal abstellt, das nur, aber nicht stets beim verpönten Merkmal vorkommt, *Langenfeld*,

## 3.1.2 Schwangerschaft in der Alterssicherung

In einem Kammerbeschluss von 2011 wird die spezifische Erfahrung von Schwangerschaft und Mutterschutz erneut unter einer antidiskriminierungsrechtlichen Perspektive thematisiert. Das Bundesverfassungsgericht sah in der Nichtberücksichtigung von Mutterschutzzeiten für die Berechnung der Umlagemonate für die betriebliche Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst durch die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.<sup>109</sup> Zuvor hatte es bereits die Nichtberücksichtigung des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots bei der Berechnung der Anwartschaftszeit für die gesetzliche Arbeitslosenversicherung wegen des Schutzes von Müttern gemäß Art. 6 Abs. 4 GG für verfassungswidrig erklärt.<sup>110</sup> In dem Kammerbeschluss von 2011 hob es demgegenüber die Geschlechtergleichheitsdimension hervor und stellte auf das Verbot der geschlechtsbedingten Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ab. Während Art. 6 Abs. 4 GG vorwiegend einen positiven Schutzauftrag enthalte, der Eingriffe in Rechte Dritter legitimiere, diene Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG der Abwehr von Benachteiligungen von Müttern.<sup>111</sup>

Die Beschwerdeführerin hatte 59 Monate angesammelt und kam daher nicht auf die für die Auszahlung der Betriebsrente erforderlichen 60 Monate, wie sie die Satzung der VBL vorsah. Ihre Mutterschutzzeit wurde nicht einberechnet, da sie während dieser Zeit entsprechend des Beschäftigungsverbots kein zusatzversorgungspflichtiges Entgelt bzw. keinen steuerpflichtigen Arbeitslohn erhalten und daher auch keine Beiträge eingezahlt hatte. Dies hängt damit zusammen, dass das Mutterschaftsgeld als Lohnersatzleistung ausgestaltet und daher steuerfrei gestellt ist.

Das Bundesverfassungsgericht sieht darin eine Ungleichbehandlung von Frauen mit Mutterschutzzeiten gegenüber männlichen Arbeitnehmern, »deren Erwerbsbiografien im öffentlichen Angestelltenverhältnis nicht durch die gesetzlich zwingend vorgegebenen Mutterschutzzeiten unterbrochen wurden und auch nicht werden können.«<sup>112</sup>

Darüber hinaus ergebe sich aus der Regelung eine zweite Ungleichbehandlung im Vergleich zu männlichen und weiblichen Versicherten,

Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 32.

109 BVerfG, Kammerbeschluss v. 28.4.2011, 1 BvR 1409/10, Rn. 50, Bezug nehmend auf § 3 Abs. 1 S. 2 AGG, Art. 2 Abs. 2 lit. c RL 2006/54 und EuGH, Urteil v. 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*; Urteil v. 13.1.2005, C-356/03, *Mayer*.

110 BVerfGE 115, 259 (270 ff.), *Mutterschutzzeiten in der Arbeitslosenversicherung* (2006).

111 BVerfG, Kammerbeschluss v. 28.4.2011, 1 BvR 1409/10, Rn. 54.

112 Ebenda, Rn. 56.

die für Krankheitszeiten das ebenfalls steuerfreie Krankengeld erhalten. Während Krankheitszeiten auf Grundlage eines fiktiven Urlaubslohns für die Wartemonate der VBL angerechnet werden, fehle eine entsprechende Regelung für die Mutterschutzzeit.<sup>113</sup>

Auf der Ebene der Rechtfertigung greift das Gericht auf den Maßstab aus der Nachtarbeitsrechtsprechung zurück und stellt fest, dass es für die Nichtberücksichtigung von Mutterschutzzeiten in der VBL keinen zwingenden biologischen Grund gibt. Die Freistellung der Arbeitgeberseite von der Lohnzahlung und der Lohnersatz durch das Mutterschaftsgeld sollen dazu dienen, keine negativen Anreize zu setzen, Frauen im gebärfähigen Alter zu beschäftigen. Diese gleichstellungsorientierte Ausgestaltung des Mutterschutzes dürfe aber nicht zu Lasten von Müttern bei der Altersvorsorge gehen.<sup>114</sup>

Hinsichtlich der Rechtsfolgenseite erklärt das Gericht, dass sich ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Anrechnung der Wartezeiten ergebe und die Diskriminierung nur durch Ausweitung der Begünstigung aufgehoben werden könne. Daran anschließend diskutiert es eine zeitliche Begrenzung dieses Anspruchs, gerade im Hinblick auf eine mögliche »schwerwiegende Störung des finanziellen Gleichgewichts im Versicherungssystem« und den Eigentumsschutz der Versicherten gemäß Art. 14 Abs. 1 GG. Eine solche Gefahr nimmt das Bundesverfassungsgericht aber nicht an, sondern konstatierte knapp, dass eine Berücksichtigung von Mutterschutzzeiten wegen der Ausschlussfristen in der VBL-Satzung nur begrenzt in Betracht kommen werde.<sup>115</sup>

Die rechtliche Leerstelle »Schwangerschaft« wird in dieser Entscheidung durch die Figur der unmittelbaren Diskriminierung erfolgreich adressiert und auf diese Weise Schwangerschaft in das historisch maskulin geprägte Alterssicherungsrecht akkommodiert. Die maskuline Perspektivität der VBL-Satzung wird offengelegt und als Gleichheitsproblem thematisiert: Unmittelbare Diskriminierung liegt also nicht nur dann vor, wenn ausdrücklich an das Geschlecht angeknüpft wird, sondern auch wenn die geschlechtsspezifische Erfahrung der Schwangerschaft nicht berücksichtigt wird und daraus ökonomische Nachteile entstehen. Entgegen der Rechtsprechung zum materialisierten Eigentumsschutz stuft das Gericht Finanzierungsargumente als weniger relevant ein und sieht einen Vorrang des Diskriminierungsschutzes und der Betroffenenperspektive.

113 Ebenda, Rn. 57.

114 Ebenda, Rn. 59.

115 Ebenda, Rn. 63.

## 3.1.3 Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete

Die maskuline Perspektivität rechtlicher Regelungen thematisiert das Bundesverfassungsgericht auch anhand des unmittelbaren Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts in einer Entscheidung zum Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete.<sup>116</sup> In diesem Fall ging es u. a. um die Frage, ob ausländische Frauen, denen der Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen erlaubt ist und die ihre Kinder stillen, rechtlich vom Erziehungsgeld bzw. Elterngeld ausgeschlossen werden dürfen, weil sie nicht in den Arbeitsmarkt integriert sind. Der Bezug von Erziehungs- bzw. Elterngeld wurde für Geflüchtete nämlich von der Voraussetzung der Erwerbstätigkeit, dem Beziehen von Arbeitslosengeld I oder der Elternzeit – also von der Arbeitsmarktintegration – abhängig gemacht. Die Arbeitsmarktintegration sei jedoch eine Voraussetzung, so das Bundesverfassungsgericht, die Frauen schwerer erfüllen könnten als Männer, weil Frauen nach der Geburt eines Kindes nach dem Mutterschutzgesetz gerade nicht arbeiten dürfen. Da nicht alle betroffenen Frauen Mutterschaftsgeld nach dem Mutterschutzgesetz erhalten und weil dieses auch nicht notwendigerweise so hoch wie das Erziehungs- oder Elterngeld ist, werde der Ausschluss nicht durch das Mutterschaftsgeld kompensiert.<sup>117</sup>

Auch nach der Mutterschutzzeit benachteilige diese Regelung Frauen, weil im Falle des Stillens die Erwerbstätigkeit nur erschwert oder gar nicht möglich sei. Deswegen stellt das Gericht fest: »Grundsätzlich müssen sich Mütter nicht entgegenhalten lassen, sie stillten ihr Kind freiwillig und hätten, wenn sie auf das Stillen verzichteten, (nach der Mutterschutzfrist) die gleichen Möglichkeiten, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen wie Männer.«<sup>118</sup> Dem stehe Art. 6 Abs. 4 GG entgegen, der stillenden Müttern einen Anspruch auf Schutz gewähre.

Die Ungleichbehandlung sei an Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu messen. Es handele sich bei der Arbeitsmarktintegration zwar um ein geschlechtsneutral formuliertes Erfordernis, jedoch sei die daraus resultierende Benachteiligung von Frauen »aufs Engste mit den rechtlichen und biologischen Umständen der Mutterschaft verbunden« und komme »darum einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts besonders nahe.«<sup>119</sup> Es scheint sich also um einen Grenzfall zu handeln, bei dem die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung sich nicht trennscharf

116 BVerfGE 132, 72 (96 ff.), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012); Sachs, JuS 2013, 474; Wallrabenstein, KritV 2012, 433 (448 f.).

117 BVerfGE 132, 72 (96), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012).

118 Ebenda, S. 97.

119 Ebenda.

abgrenzen lassen.<sup>120</sup> Die Anspruchsvoraussetzung knüpft nicht an Mutterschaft, sondern ein vermeintlich neutrales Kriterium an, wirkt sich aber dennoch ausschließlich negativ auf Frauen als Mütter aus. Entsprechend der ausschließlich einseitigen Betroffenheit von Frauen zieht das Bundesverfassungsgericht in dieser Konstellation auch bei geschlechtsneutral formulierten Regelungen den Rechtfertigungsmaßstab der zwingenden Gründe heran und erklärt die Regelung mangels erkennbarer rechtfertigender Gründe für nichtig.<sup>121</sup> Methodisch argumentiert das Gericht wie bei der zuvor dargestellten Entscheidung mit der konkreten sozialen Situation von Müttern und den wirtschaftlichen Nachteilen, die sich aus der Nichtberücksichtigung von geschlechtsspezifischen Erfahrungen ergeben.

### 3.2 Gleichberechtigungsgesetz als Schutzpflicht im Arbeitsleben

Das Recht auf Gleichberechtigung gemäß Art. 3 Abs. 2 GG wurde vom Bundesverfassungsgericht zu einer antidiskriminierungsrechtlichen Schutzpflicht der Fachgerichte weiterentwickelt. Dabei steht nicht der Vergleich von Frauen und Männern, sondern, im Anschluss an die Lüth-Rechtsprechungslinie, die Maßstabsbildung der Fachgerichte im Fokus, die im Sinne einer staatlichen Schutzpflicht dem Antidiskriminierungsschutz aus Art. 3 Abs. 2 GG auch im Privatrecht zur Durchsetzung verhelfen müssen. Durch die antidiskriminierungsrechtlich gedeutete Schutzpflicht, rückt das Bundesverfassungsgericht methodisch die Benachteiligungen, die Frauen im Erwerbsleben erfahren, in den Vordergrund und verfolgt auf diese Weise einen Betroffenheitsmaßstab.

Die gleichheitsorientierte Auslegung gesetzlicher Schutzvorschriften als Schutzpflicht der Fachgerichte entwickelte das Bundesverfassungsgericht erstmals in einer Entscheidung zu § 611a BGB a. F.<sup>122</sup> § 611a BGB a. F. setzte die europarechtliche Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG um und sollte Diskriminierungsschutz in privaten Arbeitsverhältnissen, insbesondere beim Zugang zu Arbeitsverhältnissen, gewährleisten.<sup>123</sup> In dem

120 Dies zeigt sich darin, dass die in dieser Entscheidung entwickelte Definition später für die Prüfung einer mittelbaren Diskriminierung herangezogen wird, BVerfGE 138, 296 (353), *Kopftuch II* (2015).

121 BVerfGE 132, 72 (97 f.), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012).

122 BVerfGE 89, 276 (285), § 611a (1993); *Sachs*, JuS 1994, 704.

123 Richtlinie des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG), ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40; Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am

Fall ging es um eine Maschinenschlosserin, die sich neben vierzig anderen männlichen Bewerbern auf eine Stelle in einem Forschungsprojekt beworben hatte und trotz der Erfüllung der formalen Voraussetzungen nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde, weil, wie man ihr telefonisch später mitteilte, die Arbeit im Technikum Frauen physisch überfordere. Im anschließenden Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht Frankfurt änderte der Arbeitgeber die Begründung dahingehend, dass der eingestellte Bewerber über eine bessere Qualifikation und mehr Berufserfahrung verfüge und die telefonische Begründung nur dazu gedient habe, die Absage möglichst schonend beizubringen. Das Landesarbeitsgericht sah in der objektiv besseren Qualifikation den Grund dafür, dass eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts in Wirklichkeit nicht gegeben sei.

Das Bundesverfassungsgericht stellte demgegenüber eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 2 GG der Beschwerdeführerin fest: »Bei Vorschriften, die grundrechtliche Schutzpflichten erfüllen sollen, ist das maßgebende Grundrecht dann verletzt, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehlt.«<sup>124</sup> Daher müssten die Fachgerichte § 611a BGB a.F. dem antidiskriminierungsrechtlichen Ziel, Geschlechtsdiskriminierung bei der Arbeitsplatzsuche zu verhindern, entsprechend auslegen und anwenden. Das Landesarbeitsgericht habe diesen Schutzzweck aber verkannt, weil es das Vorliegen einer geschlechtsbedingten Benachteiligung im Einstellungsverfahren nicht ausreichend geprüft habe. Zwar sei das Gericht zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Klägerin Tatsachen glaubhaft gemacht habe, die eine mögliche Benachteiligung vermuten lassen, dennoch sei es nicht ausreichend der Frage nachgegangen, ob eine Diskriminierung festzustellen ist, weil die Beschwerdeführerin trotz vorheriger Ankündigung nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Zum Diskriminierungsschutz des § 611a BGB a.F. gehöre auch ein diskriminierungsfreies Verfahren, ansonsten könnten sachliche Gründe nachgeschoben und damit eine diskriminierende Verfahrensgestaltung folgenlos gemacht werden.<sup>125</sup>

Außerdem habe das Landesarbeitsgericht die Beweislastregel des § 611a Abs. 1 S. 3 BGB a.F. nicht dem antidiskriminierungsrechtlichen

Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz), BGBl. I 1980, S. 1308.

124 BVerfGE 89, 276 (286), § 611a (1993). Der EuGH sah die in § 611 a BGB a. F. vorgesehene Schadensersatzhöhe von drei Monatsgehältern als zu gering an, um einen wirksamen Diskriminierungsschutz durch abschreckende Sanktionierung zu gewährleisten, EuGH, Urteil v. 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, Rn. 25 ff.

125 BVerfGE 89, 276 (287 ff.), § 611a (1993). In einer aktuelleren Entscheidung zu § 611a BGB a. F. ging es um die Ausschreibung einer Ausbildungsstelle als Eurokauffrau über die Seite des Arbeitsamtes, die fälschlicherweise mit

Schutzzweck entsprechend ausgelegt. Wird die Vermutung für das Vorliegen einer geschlechtsbedingten Benachteiligung ausreichend durch Betroffene argumentiert, dann findet eine Beweislastumkehr statt: Die Arbeitgeber\*innen müssen nun darlegen, dass keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Indem das Landesarbeitsgericht das Vorbringen eines Kriteriums akzeptiert habe, das zwar die Einstellung begründen könne, aber weder in der Ausschreibung noch im Einstellungsverfahren genannt worden war, ermögliche es eine nachträgliche Entlastung der Arbeitgeberseite in nahezu jedem Fall. Bei nachträglich vorgebrachten Gründen bestünde daher eine erhöhte Rechtfertigungslast, um die vorgebrachten Gründe glaubhaft zu machen. Dabei müssten Kriterien, die typischerweise nur oder ganz überwiegend das männliche Geschlecht erfüllen, besonders kritisch gewürdigt werden. Im Fall des Schlossereiberufs als einem männlich dominierten Beruf hätte daher der nachgeschobene Grund der längeren Berufserfahrung näher erörtert werden müssen.<sup>126</sup>

### 3.3 Gleichberechtigungsgebot als Rechtfertigung: aktive Vaterschaft

Zu einem materialen Diskriminierungsverständnis gehört auch die Rechtfertigung von gesetzlichen Maßnahmen, die auf die Transformation der ungleichen Geschlechterbeziehungen zielen. Das Gleichberechtigungsgebot in Art. 3 Abs. 2 GG wird in diesem Sinne in der Verfassungspraxis herangezogen, um Maßnahmen zur verbesserten Vereinbarkeit von Familie und Beruf bzw. zur Umverteilung von Sorgearbeit zu rechtfertigen.

Schon in einem Beschluss von 1998 stellte das Bundesverfassungsgericht auf die Schutz- und Förderpflicht aus Art. 3 Abs. 2 GG als einen rechtfertigenden Grund für einkommensgestaffelte Kindergartengebühren ab. Mit der Schaffung von Kindergartenplätzen unterstütze der Staat die Gleichstellung von Frauen im Arbeitsleben. Kindergärten eröffneten für viele Frauen gerade erst die Möglichkeit berufstätig zu sein. Aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG folge die Verpflichtung dafür Sorge zu tragen, dass

dem Zusatz versehen war, dass männliche Bewerber bevorzugt gesucht seien. Das Landesarbeitsgericht habe seine Schutzpflicht verletzt, weil es den Ausbildungsbetrieb nicht in der Pflicht sah, die Ausschreibung zu überprüfen und damit Arbeitgeber\*innen ermögliche, die Verantwortung für die Inhalte einer Ausschreibung auf Dritte abzuwälzen. Darin sah die Zweite Kammer des Ersten Senats eine unzureichende Prüfung einer möglicherweise vorliegenden Diskriminierung wegen des Geschlechts, BVerfG, Kammerbeschluss v. 21.9.2006, 1 BvR 308/03, Rn. 11 ff.

126 BVerfGE 89, 276 (289 f.), § 611a (1993).

»Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt (...).«<sup>127</sup> Durch die sozial gestaffelten Tarife werde auch einkommenschwächeren Eltern – und gerade einkommenschwachen Frauen und Alleinerziehenden müsste präzisiert werden – Kinderbetreuung ermöglicht.

In zwei aktuellen Kammerbeschlüssen greift das Bundesverfassungsgericht diese Argumentation erneut auf, um das Bundeselterngeld als Gleichstellungsmaßnahme zu rechtfertigen.<sup>128</sup> Während im ersten Verfahren um die Partnermonate (sogenannte »Vätermonate«), die nur dann zusätzlich zu den zwölf regulären Bezugsmonaten gewährt werden, wenn auch das andere Elternteil – regelmäßig die Väter – Elternzeit nehmen, gestritten wurde, wurde im zweiten Verfahren die ungleiche Bezugshöhe aufgrund der Orientierung am Nettoeinkommen angegriffen.

Im ersten Verfahren legte das Landessozialgericht Bremen-Niedersachsen dem Bundesverfassungsgericht vor, da es der Auffassung war, dass die »Vätermonate« gegen die Gestaltungsfreiheit des Ehe- und Familienlebens aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, die auch die Freiheit der innerfamiliären Aufgabenverteilung beinhalte, verstoßen würden und dieser Grundrechtseingriff nicht durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt werden könne, da die familiäre Aufgabenverteilung nicht unbedingt ein ausgleichsbedürftiger Nachteil im Sinne von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG sei.

Diese Rechtsauffassung teilte die Zweite Kammer des Ersten Senats nicht. Die Vätermonate-Regelung setze Anreize für eine partnerschaftliche Teilung von Erwerbs- und Familienarbeit. Dies sei eine zulässige Konkretisierung von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Das Landessozialgericht erkenne dies nicht, weil es methodisch weder den Gesetzeszweck noch ausreichend die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichberechtigungsgebot zur Kenntnis nehme.<sup>129</sup> Das Gleichberechtigungsgebot diene auch dazu – und hier greift die Kammer den

127 BVerfGE 97, 332 (347 f.), *Kindergartengebühren* (1998). Daher ist die Begünstigung der Alleinverdienerehe durch die steuerliche Berücksichtigung von Hausarbeit gegenüber der Doppelverdienerehe, bei der tatsächlich Kinderbetreuungskosten anfallen, wenig nachvollziehbar, BVerfGE 99, 216, *Kinderbetreuungskosten im Steuerrecht* (1998). Die Privilegierung der Alleinverdienerehe bei der Bedürftigkeitsprüfung für die Arbeitslosenhilfe gegenüber der Doppelverdienerehe hatte das BVerfG zuvor, jedenfalls knapp anhand von Art. 3 Abs. 2 GG, als Festschreibung der überkommenen Rollenverteilung kritisiert, BVerfGE 87, 234 (258), *Einkommensanrechnung Arbeitslosenhilfe* (1992). Aktuell BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.10.2010, 2 BvR 2064/08.

128 BVerfG, Kammerbeschluss v. 19.8.2011, 1 BvL 15/11; Kammerbeschluss v. 9.11.2011, 1 BvR 1853/11.

129 BVerfG, Kammerbeschluss v. 19.8.2011, 1 BvL 15/11, Rn. 19 ff.



stereotypensensiblen Maßstab der Nacharbeits-Entscheidung wieder auf – die traditionelle Rollenverteilung zu transformieren: »Der Verfassungsauftrag will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen (...). Dies verpflichtet den Gesetzgeber auch dazu, einer Verfestigung überkommener Rollenverteilung zwischen Mutter und Vater in der Familie zu begegnen, nach der das Kind einseitig und dauerhaft dem ›Zuständigkeitsbereich‹ der Mutter zugeordnet würde (...).«<sup>130</sup> So sieht die Kammer in den Partnermonaten etwa die Chance, dass Väter sich in ihrem Wunsch ermutigt sehen, entgegen der Geschlechterstereotype, ebenso ihre Kinder zu versorgen und auf diese Weise kulturelle Vorurteile gegen aktive Vaterschaften in der Arbeitswelt abzubauen. Auch erwägt die Kammer, dass die Regelung sich positiv auf die Aufstiegschancen von Frauen auswirken könne, da Arbeitgeber\*innen nun nicht mehr davon ausgehen könnten, dass immer nur Frauen ihr Erwerbsleben zugunsten der Kindererziehung unterbrechen, sondern auch Männer nicht kontinuierlich verfügbar sind. Schließlich setze sich das Landessozialgericht weder mit dem legislativen Gesetzgebungsspielraum, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG bestehe, noch mit der einschlägigen Spezialliteratur, noch mit der leicht zugänglichen Kommentarliteratur zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG auseinander.<sup>131</sup> Aufgrund dieser Schwächen wies die Kammer die Vorlage zurück.

In der zweiten Kammerentscheidung ging es um die Zulässigkeit der Umstellung des bedarfsorientierten Bundeserziehungsgeldes auf das einkommensorientierte Bundeselterngeld und die damit einhergehende Schlechterstellung von Einkommenslosen, also Hausfrauen, Arbeitssuchenden und Studierenden sowie von Eltern mit geringem Einkommen. Keine andere Sozialleistung, so die Beschwerdeführerin, gewähre bei einem höheren Einkommen eine höhere Leistung ohne rechtfertigenden Grund; junge Eltern mit geringem Einkommen seien nicht weniger finanziell belastet als junge Eltern mit einem höheren Einkommen; dennoch sei sie als einkommenslose Hausfrau, die nur den Mindestbetrag erhalte, übermäßig schlechter gestellt. Um dies zu verdeutlichen, zieht sie folgendes Beispiel heran: »Erhalte ein Elternteil heute bei Inanspruchnahme des Mindestbetrags von 300 € monatlich insgesamt 3.600 €, so konnte ein bezugsberechtigtes Elternteil bei zweijährigem Bezug 7.200 € Bundeserziehungsgeld erhalten. Demgegenüber erhielten

130 Ebenda, Rn. 19; auch Kammerbeschluss v. 26.10.2011, 2075/11; Kammerbeschluss v. 9.11.2011, 1 BvR 1853/11; Kammerbeschluss v. 6.6.2011, 1 BvR 2712/09, Rn. 5.

131 BVerfG, Kammerbeschluss v. 19.8.2011, 1 BvL 15/11, Rn. 20 ff.

Eltern bei Bezug des Höchstbetrags von 1.800 € monatlich insgesamt 21.600 € Elterngeld (25.200 € bei Inanspruchnahme der Partnermonate).«<sup>132</sup>

Die Ungleichbehandlung von Eltern nach dem Einkommen sieht die Zweite Kammer des Ersten Senats als gerechtfertigt an. Zwar berühre die Differenzierung nach dem Einkommen das Schutz- und Fördergebot aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, dennoch komme im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit dem Gesetzgeber ein weiter Entscheidungsspielraum zu, weshalb keine strenge verfassungsrechtliche Kontrolle angezeigt sei. Sachlich ausreichend gewichtige Gründe für die Ungleichbehandlung lägen vor.<sup>133</sup> Zum einen dürfe die Gesetzgebung sich typisierend auf die Förderung von Berufstätigen konzentrieren und ökonomische Hürden für Kinderwünsche abbauen. Dabei habe die Gesetzgebung zwar auf einen sozialen Ausgleich verzichtet, sie habe aber Einkommenslose auch nicht gänzlich ohne Förderung gelassen.<sup>134</sup> Zum anderen sei im Gleichberechtigungsauftrag eine Rechtfertigung zu erblicken. Die Kammer stellt erneut auf Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ab, da das Elterngeld auch für Gutverdienende (regelmäßig Väter) finanzielle Anreize zur Übernahme von Sorgearbeit setzen solle: »Um Vätern und Müttern gleichermaßen eine aktive Elternrolle zu erlauben, wolle das Elterngeld die Übernahme der Elternzeit auch durch jenen Elternteil, meist den Vater, ermöglichen, der das höhere Einkommen erziele (...). Daten des Statistischen Bundesamts zeigen, dass sich die Zahl der Väter, die Elternzeit und Elterngeld in Anspruch nehmen, seit der Einführung des Elterngelds zum 3. Quartal 2009 auf 23,9 Prozent erhöht hat. Väter erhalten auch häufig ein höheres Elterngeld als Mütter. So erhielten von Januar 2007 bis Juni 2008 21,7 Prozent der Väter über 1.500 € Elterngeld, während dies nur auf 4,4 Prozent der Mütter zutrif (...).«<sup>135</sup> Dies zeige, dass die Umstellung auf eine Einkommensersatzleistung dazu in der Lage sei, Anreize für eine aktive Vaterschaft und die Neuverteilung von Sorgearbeit zu setzen. Aus diesen Gründen nahm die Kammer die eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.

In diesen Entscheidungen wird die kulturelle Aufwertung und Umverteilung von Sorgearbeit als eine Dimension der ungleichen Geschlechterbeziehungen über einen stereotypensensiblen Maßstab verhandelt, der die traditionellen Geschlechterrollen als gleichheitswidrig qualifiziert. Betreuungsarbeit soll nicht mehr allein in den Zuständigkeitsbereich von Müttern fallen, sondern zwischen den Geschlechtern umverteilt

132 Kammerbeschluss v. 9.11.2011, 1 BvR 1853/11, Rn. 5; *Lenze*, NVwZ 2015, 1658 (1659).

133 Ebenda, Rn. 13.

134 Ebenda, Rn. 15 ff.

135 Ebenda, Rn. 19.

werden, und durch die Entkopplung von Sorgearbeit und Weiblichkeit auch Frauen bessere ökonomische Chancen bieten. Das Gleichberechtigungsgebot stellt daher ein Instrument dar, das es ermöglicht, die einseitige Verteilung von Sorgearbeit als eine Quelle asymmetrischer Geschlechterbeziehungen zu adressieren.

Darüber hinaus wird erneut ersichtlich, dass ökonomische Ungleichheit ohne Bezug zu einer Identitätskategorie nur schwer erfolgreich verhandelbar ist, verweist doch das Gericht in seiner zweiten Entscheidung, wie in seiner sozialverfassungsrechtlichen Rechtsprechungspraxis üblich, auf den weiten Gestaltungsspielraum der Legislative für die Rechtfertigung von als unsozial kritisierten Sozialleistungen.<sup>136</sup>

### 3.4 Frauenquote

Die wesentliche Pointe eines materialen Diskriminierungsverständnisses ist, dass proaktives Gleichstellungsrecht, und insbesondere Frauenquoten, nicht als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts, sondern als Gleichheitsdurchsetzung aufgefasst werden. Frauenquoten gelten in dieser Perspektive als ein Instrument, um geschlechtsspezifische sowie geschlechterstereotypenbasierte Nachteile im Berufsleben auszugleichen und auf diese Weise die Präsenz von Frauen in qualifizierten Positionen zu gewährleisten und zu erhöhen. Aus einer formalen Perspektive steht aber weiterhin zur Diskussion, ob Frauenquoten gegen die Gleichheit männlicher Bewerber verstoßen.

Nach dem das Thema rechtspolitisch länger nicht diskutiert wurde, hat es im Jahr 2016 wieder Aufwind erfahren. Seit dem 1. Januar 2016 gilt eine Quote von 30 Prozent für Aufsichtsräte in börsendotierten und mitbestimmungspflichtigen Unternehmen.<sup>137</sup> Damit reagiert die gesetzliche Änderung des Aktiengesetzes auf die anhaltende massive Unterrepräsentanz von Frauen in der Führungsebene deutscher Unternehmen. Erste Zahlen deuten darauf hin, dass der Anteil von ca. 10 Prozent im Jahr 2011 auf knapp 26 Prozent im September 2016 angestiegen ist.<sup>138</sup>

Obwohl es sich um ein Instrument zur Frauenförderung handelt, formuliert § 25 Abs. 2 EGAktG die Quote geschlechtsneutral: Es muss ein Mindestanteil von 30 Prozent an Frauen und Männern bestehen. Das

136 Zur Kritik *Martinek*, in: Auth/Buchholz/Janczyk, Die Einführung des Elterngeldes; *Farahat u. a.*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2006, 985.

137 Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, BGBl. I 2015, S. 642.

138 *FidAR – Frauen in die Aufsichtsräte e. V.*, Women-on-Board-Index (WoB 160), S. 16.

zeigt, dass beim Thema Quote weiterhin ein formales Gleichheitsverständnis dominiert, das konträr zu einem materialen Diskriminierungsverständnis nicht die Privilegien, die in der geschlechtlichen Arbeitsteilung und in Geschlechterstereotypen gründen, adressiert, sondern die Befürchtung zu implizieren scheint, dass Frauenförderung in eine massive Unterrepräsentanz des männlichen Geschlechts umzuschlagen könne.<sup>139</sup> Geschlechtsneutrale Formulierungen können zudem Unklarheit über das Ziel der Frauenförderung stiften und verschleiern, dass es im Arbeitsleben Frauen sind, die Nachteile wegen Kindererziehung und Altenpflege erfahren.<sup>140</sup>

In Deutschland ist die verfassungsrechtliche Diskussion bisher rein akademischer Natur gewesen. Diese Debatte soll hier nicht in ihrer Breite aufgemacht werden, in der Literatur wurde schon viel dazu gesagt.<sup>141</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Sache noch nicht geäußert, es ist jedoch zu vermuten, dass es aufgrund des Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, der Nachtarbeitsrechtsprechung, die Nachteilsausgleich zur Kompensation geschlechtsspezifischer Nachteile ermöglicht, sowie der europarechtlichen Spruchpraxis Quotenregelungen unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachten würde.

### 3.4.1 Rechtliche Grundlagen

Neben dem verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsgebot fordern europarechtliche und völkerrechtliche Normen die Gewährleistung der Geschlechtergleichheit und erlauben proaktive Gleichstellungsmaßnahmen.

- 139 Zur Befürchtung, dass Frauenförderung in die Benachteiligung von Männern umschlagen kann, *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 217 f.
- 140 Dazu die Landesverfassungsbeschwerde eines Landesbeamten, der sich erfolglos dagegen wehrte, dass im öffentlichen Dienst seines Landes nur Frauen Gleichstellungsbeauftragte werden können, Landesverfassungsgericht Meck.-Vorp., Urteil v. 10.10.2017, LVerfG 7/16.
- 141 Zur Diskussion der 1980er/90er Jahre *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 374 ff., insbes. 378 f., 405 ff.; *Richelmann*, Gleichstellungsstellen, Frauenförderung, Quotierung, S. 109 ff.; *Maidowski*, Umgekehrte Diskriminierung; *Ebsen*, Verbindliche Quotenregelungen für Frauen und Männer in Parteistatuten; *Raasch*, Frauenquoten und Männerrechte; rechtsvergleichend *Peters*, Women, Quotas, and Constitutions; aktuell *Sacksofsky*, in: *Mau/Schöneck*, Frauenquoten; *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG; *Papier/Heidebach*, DVBl. 2015, 125; politikwissenschaftlich *Davidson-Schmich*, Gender Quotas and Democratic Participation.

Im Europarecht werden in Art. 157 Abs. 4 AEUV und Art. 23 GR-Ch, »spezifische Vergünstigungen« für »das unterrepräsentierten Geschlecht« zur Erleichterung der Berufstätigkeit bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen im Arbeitsleben geschlechtsneutral für möglich erklärt. Die neugefasste Genderrichtlinie sieht in Art. 3 RL 2006/54 ebenso positive Maßnahmen zur »Gewährleistung der vollen Gleichstellung« vor.

Völkerrechtlich werden in Art. 4 Abs. 1 CEDAW »zeitweilige Sondermaßnahmen« zur »beschleunigten Herbeiführung der Defacto-Gleichberechtigung« als kein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot qualifiziert.<sup>142</sup> In der allgemeinen Empfehlung Nr. 25 hat der CEDAW-Fachausschuss Art. 4 Abs. 1 CEDAW in der Art konkretisiert, dass die Vertragsstaaten nach der Konvention auch zum Ergreifen positiver Maßnahmen verpflichtet sein können, um Geschlechtergleichheit effektiv durchzusetzen.<sup>143</sup>

Verfassungsrechtlich, europarechtlich und völkerrechtlich scheinen die Grenzen für Quoten, und Bevorzugungsregeln als deren Variante, dahingehend konkretisierbar zu sein, dass solche Maßnahmen nur bei Unterrepräsentanz des weiblichen Geschlechts sowie zeitlich bis zur Herstellung von Parität zulässig sind.<sup>144</sup>

### 3.4.2 EuGH: Erfordernis der Öffnungsklausel

In der für die grundgesetzliche Ordnung relevanten Rechtspraxis wurden Frauenquoten durch den Europäischen Gerichtshof bereits mehrfach

142 Allgemeiner formuliert Art. 3 CEDAW, dass die Vertragsstaaten dazu verpflichtet sind, alle geeigneten Maßnahmen »zur Sicherung der vollen Entfaltung und Förderung der Frau« zu ergreifen, »damit gewährleistet wird, dass sie die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt mit dem Mann ausüben und genießen kann.«

143 CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, Rn. 24.: »Consequently, the Committee considers that States parties are obliged to adopt and implement temporary special measures in relation to any of these articles if such measures can be shown to be necessary and appropriate in order to accelerate the achievement of the overall, or a specific goal of women's de facto or substantive equality.« Dazu *Raday*, Art. 4 CEDAW, in: Rudolf u. a., *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*. Die Bundesregierung teilt die Rechtsauffassung des CEDAW-Fachausschusses nicht *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. 12.

144 *Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, S. 378 f.; *Sacksofsky*, *ZESAR* 2004, 208; *Sacksofsky*, in: *Mau/Schöneck, Frauenquoten*.

verhandelt. In den 1990er Jahren hat der Europäische Gerichtshof mehrere Vorlagefragen zur Unionsrechtskonformität von deutschen Bevorzugungsregelungen für den öffentlichen Dienst nach Artikel 2 Abs. 1 und Abs. 4 der alten Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207 beantwortet.

In der ersten Rechtssache Kalanke beurteilte der Europäische Gerichtshof eine Regelung aus dem Landesgleichstellungsgesetz für den öffentlichen Dienst des Landes Bremen, nach der Frauen bei Unterrepräsentation und gleicher Qualifikation vorrangig einzustellen und zu befördern waren. Damit wollte das Land Bremen die traditionelle Zuordnung von Frauen zu unteren Positionen im öffentlichen Dienst überwinden und einen größeren Frauenanteil im höheren Dienst erreichen. Zwar zitiert der Europäische Gerichtshof die dritte Begründungserwägung der Richtlinie, nach der positive Maßnahmen zur Überwindung faktischer Benachteiligung im Arbeitsleben erforderlich sind, dennoch sieht er in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207 vor allem eine Ausnahme vom individuellen Recht auf Gleichbehandlung und stützt auf diese formale Perspektive einer Ausnahme seine Entscheidungsbegründung. Da die Bremer Regelung auf Ergebnisgleichheit ziele, stelle sie eine Überschreitung der zulässigen Chancengleichheit dar und sei nicht mit der Richtlinie vereinbar.<sup>145</sup>

Während in Kalanke eine individualisierend-abstrakte Gleichheitsinterpretation überwiegt und die Deutung von Leistung und Qualifikation nicht zum Thema gemacht wurde, setzte sich der Europäische Gerichtshof im folgenden Urteil zu Marshall im Jahr 1997 mit benachteiligenden Beförderungskriterien und Geschlechterstereotypen auseinander und verfolgte auf diese Weise eine relational-konkrete Argumentation. In dem Fall ging es um das Beamtengesetz aus Nordrhein-Westfalen, das bei gleicher Qualifikation und Unterrepräsentation ebenfalls einen Vorrang für Frauen vorsah, aber nur insofern in der Person des männlichen Mitbewerbers keine Gründe liegen, die den Vorrang entfallen lassen. Das Land Nordrhein-Westfalen begründete diese Regelung mit den traditionellen beamtenrechtlichen und frauenbenachteiligenden Beförderungskriterien, darunter das Lebens- und Dienstalter sowie die Erwägung, dass der Bewerber alleinverdienender Familienvater sei und daher Ehefrau und Kinder zu versorgen habe. Die Vorrangregel solle dazu ein Gegengewicht bilden.<sup>146</sup>

Der Europäische Gerichtshof erklärte diese Regelung für richtlinienkonform, da sie konträr zu Kalanke keinen automatischen Vorrang von Frauen vorsehe und durch eine Öffnungsklausel sicherstelle, dass

145 EuGH, Urteil v. 17.10.1955, C-450/93, *Kalanke*, Rn. 21 ff. Kritisch zur Disqualifizierung von Erfolgsquoten, da Art. 2 Abs. 4 RL 76/207 nicht ausreichend gewürdigt worden sei, *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 407 ff.

146 EuGH, Urteil v. 11.11.1997, C-409/95, *Marshall*, Rn. 4, 15.

männliche Bewerber objektiv betrachtet werden und der Vorrang im Einzelfall auch entfallen könne.<sup>147</sup>

In der Begründung problematisiert der Europäische Gerichtshof beachteilende, in der weiblichen Zuständigkeit für Sorgearbeit gründende Geschlechterstereotype und stellt auf deren diskriminierende Effekte im Erwerbsleben ab: »Es zeigt sich jedoch, (...) daß selbst bei gleicher Qualifikation die Tendenz besteht, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern; dies hängt vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben und z. B. mit der Befürchtung zusammen, daß Frauen ihre Laufbahn häufiger unterbrechen, daß sie ihre Arbeitszeit aufgrund häuslicher und familiärer Aufgaben weniger flexibel gestalten oder daß sie durch Schwangerschaften, Geburten und Stillzeiten häufiger ausfallen. Aus diesen Gründen bedeutet allein die Tatsache, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, nicht, daß sie gleiche Chancen haben.«<sup>148</sup> Die Vorrangregel diene dazu, diese Einstellungen und Verhaltensmuster auszugleichen und bestehende faktische Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit zu verringern. Die Kriterien, die für das Entfallen des Vorrangs im Einzelfall herangezogen werden, dürften, so das Gericht, aber selbst nicht geschlechtsdiskriminierend sein.<sup>149</sup>

Um Einstellungs- und Beförderungskriterien ging es auch in der Rechtssache Badeck, in der der Europäische Gerichtshof das Hessische Gleichstellungsgesetz für den öffentlichen Dienst verhandelte. Dieses Gesetz sah verschiedene Zielvorgaben für verschiedene Bereiche vor. Während für den regulären öffentlichen Dienst Zielvorgaben über Frauenförderpläne mit einer Öffnungsklausel formuliert wurden, wurde für die Wissenschaft eine absolute Erfolgsquote dem Absolventinnenanteil entsprechend, für wissenschaftliche Mitarbeiterinnen, Hilfskräfte und für Ausbildungsstellen, für die der Staat kein Monopol hält, eine starke Erfolgsquote von 50 Prozent definiert. Da es sich bei letzteren um Ausbildungs- und Qualifikationsphasen handelt, erklärte der Europäische Gerichtshof diese für mit der Chancengleichheit vereinbar. Für die Zielvorgaben für den regulären öffentlichen Dienst wurden erneut Entscheidungskriterien, die die Qualifikation von Bewerber\*innen bestimmen, relevant. Nach dem Hessischen Gleichstellungsgesetz sollten Familienarbeit positiv und Teilzeit und Unterbrechungen nicht negativ berücksichtigt werden, demgegenüber wurden die traditionellen Kriterien wie Einkommen der Ehepartner\*innen ausgeschlossen und das Lebens- und Dienstalster nur für insofern als zulässig erklärt, als diese für

147 Ebenda, Rn. 24.

148 Ebenda, Rn. 29 f.

149 Ebenda, Rn. 31 ff.

die Stelle relevant waren. Der Europäische Gerichtshof argumentierte im Anschluss an die Rechtssachen Marshall, dass diese Kriterien zwar Frauen begünstigen und Männer benachteiligen würden, dass diese aber dazu dienen, materiale Gleichheit herzustellen und gegebene Ungleichheiten zu verringern; wegen der Öffnungsklausel seien keine Bedenken hinsichtlich der Richtlinienkonformität feststellbar.<sup>150</sup>

### 3.4.3 Rezeption in der Kommentarliteratur

Der europarechtliche Maßstab gehört heute zum deutschen verfassungsrechtlichen Mainstream und wird zur Interpretation des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG in der Kommentarliteratur herangezogen. In dieser scheint jedoch trotz des verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsgebots und des materialen Diskriminierungsverständnisses aus der Nachtarbeitsrechtsprechung ein formales Gleichheitsverständnis zu dominieren, nach dem Quoten als engbegrenzte und nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtfertigbare Ausnahme zum individuellen Gleichheitsrechts anzusehen sind.<sup>151</sup> Quoten werden in der Kommentarliteratur daher überwiegend als Gleichheitsgefährdung und nicht als Gleichheitsdurchsetzung verstanden. Dies zeigt, dass proaktives Gleichstellungsrecht nicht nur Schutz vor Diskriminierung im Sinne von gleicher Anerkennung, sondern potentiell auch die Umverteilung von begrenzten ökonomischen Chancen, Ressourcen und Macht zwischen den Geschlechtern bedeuten kann und daher Widerstände hervorruft. Besonders deutlich tritt dies in der Diskussion um gesetzliche Quoten im Wahlrecht hervor.

Susanne Baer und Nora Markard schlagen in ihrer Kommentierung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG ein alternatives Modell vor, das Gleichstellungsmaßnahmen nicht als Ausnahme von einem individuellen Recht,

150 EuGH, Urteil v. 28.3.2000, C-158/97, *Badeck*, Rn. 30 ff. Für Entscheidungen zu Quoten in anderen europäischen Ländern EuGH, Urteil v. 6.7.2000, C-407/98, Rn. 50 ff., *Abrahamsson und Anderson*; Urteil v. 19. 3.2002, C-476/99, *Lommers*; Urteil v. 30.9.2004, C-319/03, *Briheche*.

151 *Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 89 ff., insbes. 98; *Kischel*, Art. 3 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Rn. 200, 201.1; *Papier/Heidebach*, DVBl. 2015, 125 (129). Einen differenzierenden Vorschlag machen Osterloh und Nußberger, die eine leistungsabhängige 50-Prozent-Quote für möglichen halten, sofern diese auf das Ziel der Chancengleichheit bzw. dem Schutz der Diskriminierung gerichtet sei. Dafür ziehen sie den Frauenanteil im qualifizierten Bewerber\*innenpool heran. Die Quote begreifen sie daher als Hilfsmaßstab, um zu quantifizieren, welcher Frauenanteil bei einer diskriminierungsfreien Auswahl aus dem qualifizierten Bewerber\*innenpool vorliegen müsste, *Osterloh/Nußberger*, Art. 3 GG, in: Sachs, Grundgesetz, Rn. 288.



sondern als regulären Teil des Diskriminierungsschutzes denkt. Dafür entwerfen sie ein Tatbestandsmodell, das die gleichheitsrechtliche Prüfung an die Struktur der Freiheitsrechte anpasst und im Schutzbereich das Vorliegen einer Diskriminierung dann verneint, wenn die Maßnahme historisch gewachsene Nachteile ausgleichen soll und sich nicht nachteilig auf Dritte auswirkt. Sie richten ihr Augenmerk auf gewachsene Privilegien und setzen Nachteilsausgleich nicht mit der Erfahrung struktureller Diskriminierung gleich: »Maßnahmen, die historische Benachteiligung ausgleichen, sich gegen Stigmatisierung wenden oder sonst Gleichstellung fördern, sind nicht so zu behandeln wie die Benachteiligung selbst.«<sup>152</sup> Soweit eine positive Maßnahme bzw. eine Quotenregelung Dritte nachteilig trifft, müsse dies gerechtfertigt und gefragt werden, ob die Maßnahme erforderlich und zumutbar ist.<sup>153</sup> Die Anforderungen an eine Rechtfertigung werden daher im Vergleich zu einer engbegrenzten Ausnahme weniger streng formuliert. Eine solche Perspektive ist vor allem bei der streng formal verstandenen Wahlrechtsgleichheit weiterführend (dazu mehr im Abschnitt zur relationalen Demokratie in Kapitel § 4).

#### 4. Drei Potentiale des materialen Diskriminierungsverständnisses

Zusammenfassend lassen sich aufgrund der dargestellten Entscheidungen drei Potentiale eines materialen Diskriminierungsverständnisses für die Adressierung von Geschlechterungleichheit in der Verfassungspraxis herausstreichen.

Erstens können mit einer materialen Deutung des Gleichberechtigungsggebots gemäß Art. 3 Abs. 2 GG und des unmittelbaren Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG die kulturelle Abwertung oder Nichtberücksichtigung weiblicher Subjekte und Lebenserfahrungen sowie die daraus resultierenden ökonomischen Nachteile adressiert werden. Damit können insbesondere geschlechtsspezifische Erfahrungen, für die es bei der männlichen Vergleichsgruppe keine Entsprechung gibt – wie Schwangerschaft, Mutterschutz und Stillen –, im Recht akkommodiert werden. Darüber hinaus stellt die antidiskriminierungsrechtliche Schutzpflichtenkonstruktion sicher, dass die Fachgerichte Antidiskriminierungsrecht als Verwirklichung der Geschlechtergleichheit im Privatrecht zur Geltung bringen. Über das Diskriminierungsverbot bzw. die Gleichberechtigung der Geschlechter können also sowohl die Anerkennungsdimension – z. B. die Aufwertung von Sorgearbeit – als auch die

152 *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Zitat Rn. 422, auch Rn. 422 f., 435 (7. Aufl. i.E.).

153 *Ebenda*, Rn. 372, 435.

Umverteilungsdimension – z. B. verbesserte Einstellungs- und Aufstiegschancen sowie gleiche Alterssicherung – als Verfassungsfragen thematisiert werden.

Zweitens können stereotype Annahmen, auf denen rechtliche Regelungen und Rechtsanwendungen basieren, als hierarchisierende und damit gleichheitswidrige Deutungsmuster dekonstruiert werden. Das Bundesverfassungsgericht spricht hier von überkommenden Geschlechterrollen. Über einen solchen stereotypensensiblen Maßstab können kulturelle Deutungsmuster als Quelle der (ökonomischen) Geschlechterungleichheit problematisiert und sowohl staatlicher Paternalismus disqualifiziert als auch Gleichstellungsmaßnahmen, die auf die kulturelle Entkopplung von Sorgearbeit und Weiblichkeit zielen, gerechtfertigt werden.

Drittens stellt proaktives Gleichstellungsrecht, einem materialen Diskriminierungsverständnis folgend, nicht zwingend einen Verstoß gegen das unmittelbare Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts dar, sondern kann durch das Gleichberechtigungsgebot gerechtfertigt werden. Dafür muss es als Kompensation typischer geschlechtsbedingter Nachteile ausgestaltet sein. Bevorzugungs- und Quotenregelungen können über die Anerkennungs- und Umverteilungsdimension hinaus die Dimension der Repräsentation adressieren und die Präsenz von Frauen in attraktiven Positionen in der öffentlichen Verwaltung, Wissenschaft und Privatwirtschaft stärken. Während der Europäische Gerichtshof eine Öffnungsklausel für geboten hält, um die Gleichheit männlicher Subjekte zu gewährleisten, begreifen Susanne Baer und Nora Markard solche Regelungen als Gleichheitsdurchsetzung sowie Privilegienabbau und legen daher für deren verfassungsrechtliche Überprüfung allein ein Erforderlichkeits- und Zumutbarkeitskriterium an.

Methodisch wird ein materiales Diskriminierungsverständnis, dies sollte die Darstellung der Entscheidungen verdeutlicht haben, durch eine relationale Argumentationsweise ermöglicht, die die konkret-historischen Geschlechterbeziehungen zum Thema macht, die sozioökonomische Lage der dominierten Gruppe der Frauen ausführlich erörtert, eine Betroffenenperspektive einnimmt sowie die maskuline Perspektivität rechtlicher Regelungen offenlegt. Eine Argumentation über die Privilegien der Vollerwerbstätigen bzw. eines Privilegienabbaus durch die Umverteilung von Sorgearbeit oder Gleichstellungsmaßnahmen ist bisher nicht zu beobachten und könnte ein Ansatzpunkt für zukünftige Argumentationsstrategien sein. Dies würde sichtbar machen, dass ökonomische Sicherheit durch Vollerwerbsarbeit nur möglich ist, weil andere ökonomisch prekär die notwendigerweise anfallende Reproduktionsarbeit übernehmen.

## IV. Mittelbare Diskriminierung

Ein weiteres im deutschen Verfassungsrecht noch vergleichsweise junges Werkzeug zur Adressierung ökonomisch-geschlechtlicher Ungleichheit ist die mittelbare Diskriminierung.<sup>154</sup> Eine mittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine Regelung in ihrer Formulierung zwar an kein Merkmal anknüpft und daher neutral formuliert ist, wenn aber die Effekte dieser Regelung ganz überwiegend in negativer Weise die Mitglieder einer sozialen Gruppe treffen; auf eine Diskriminierungsabsicht kommt es dabei nicht an.

Mit der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung lassen sich insbesondere benachteiligende Effekte neutral formulierten Rechts problematisieren. Damit ist die mittelbare Diskriminierung in die dritte Phase der Gleichheitsentwicklung einzuordnen. Idealtypisch werden drei Phasen rechtlicher Diskriminierung unterschieden.<sup>155</sup> In der ersten Phase wird rechtliche Anerkennung vollständig durch den Ausschluss aus der Rechtssubjektivität oder dem Bürgerschaftsstatus verwehrt. Gegen solche Ausschlüsse haben sich historisch Differenzierungsverbote gerichtet, um formal-rechtliche Inklusion von Versklavten, Besitzlosen und Frauen zu erreichen. In der zweiten Phase werden rechtliche Ungleichbehandlungen, stereotype Ausschlüsse aus Berufsfeldern und paternalistische Schutzvorschriften als Verstoß gegen das unmittelbare Diskriminierungsverbot angegriffen. Dagegen richten sich unmittelbare Diskriminierungsverbote. Die dritte Phase ist auf die tatsächliche Durchsetzung von Gleichheit durch die Transformation diskriminierender Strukturen gerichtet. Dafür müssen die scheinbar neutralen Institutionen hinsichtlich ihrer diskriminierenden Effekte analysiert werden. Die mittelbare Diskriminierung setzt hier an: Sie nimmt die benachteiligenden Effekte rechtlicher Regelungen als potentielle Gleichheitsverstöße in den Blick und kann auf diese Weise die in der kulturellen Geschlechterordnung wurzelnden Verteilungseffekte des Rechts sichtbar machen.<sup>156</sup> Indem sie den Fokus auf benachteiligende Effekte legt, basiert sie auf einer relationalen Argumentationsmethodik. Sie dient ebenso dazu, die Berufung auf starke Identitäten,

154 *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben; *Fuchsloch*, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung; *Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts; *Spangenberg*, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht.

155 *Sacksofsky*, in: Opfermann, Diskriminierung und Gleichheit, S. 37 f.; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 133 ff.

156 Aktuell zur geringeren Besoldung von Grundschullehrer\*innen mit A12 im Vergleich zu Gymnasiallehrkräften und die geschlechtsstereotype Rechtfertigung über die Differenz von »pädagogischer« und »fachlicher« Arbeit siehe

etwa im Sinne eines strategischen Essentialismus, wie sie für die erste und zweite Phase typisch ist, zugunsten von weniger homogenisierenden Subjektverständnissen aufzugeben und die mittelbare Diskriminierung von Subgruppen zu thematisieren (dazu im Abschnitt V. zu Intersektionalität mehr).

Auf das Ziel der mittelbaren Diskriminierung, die benachteiligenden Effekte rechtlicher Regelungen als Gleichheitsproblem sichtbar zu machen, soll nun näher eingegangen werden. Dafür wird zunächst die Genese der mittelbaren Diskriminierung skizziert (1.). Anschließend wird rekonstruiert, wie die Verfassungspraxis dieses Instrumentarium nutzt, um die kulturelle Lücke der Sorgearbeit im Recht der Alterssicherung zu adressieren (2.).

## 1. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung

### 1.1 Genese: US *disparate impact* und EG Gleichstellungsrecht

Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung wurde zunächst vom U.S. *Supreme Court* mit dem Begriff des *disparate impact* in den 1970er Jahren formuliert.<sup>157</sup> Als Geburtsentscheidung gilt *Griggs v. Duke Power Co.* von 1971. In dieser setzte sich der U.S. *Supreme Court* mit Bildungskriterien als Einstellungsvoraussetzung in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis auseinander (Schulabschluss, IQ-Test). Aufgrund von *Title VII Civil Rights Act* von 1964 entschied das Gericht, dass es sich bei den Einstellungsvoraussetzungen um eine rassistische Diskriminierung handele: »The Act proscribes not only overt discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited.«<sup>158</sup> Unabhängig davon, ob Arbeitgeber\*innen die Absicht haben aus rassistischen Gründen zu diskriminieren, komme es auf die tatsächlichen Nachteile an, die nicht durch Erfordernisse der Tätigkeit gerechtfertigt werden können (*business necessity*).<sup>159</sup> Ersatzkriterien, die dazu dienen unmittelbare Diskriminierungsverbote

die Expertise *Kocher u. a.*, Mittelbare Geschlechtsdiskriminierung bei der Besoldung von Grundschullehrkräften nach A 12.

157 *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 225 ff.

158 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 431 (1971).

159 In *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976) wurde mittelbare Diskriminierung zum ersten Mal verfassungsrechtlich unter dem *Equal Protection Clause* erörtert; hier forderte das Gericht entgegen *Griggs discriminatory intent*

zu umgehen, können daher über die mittelbare Diskriminierung problematisiert werden.<sup>160</sup>

Auf europäischer Ebene, beeinflusst durch den angelsächsischen Diskurs um *disparate impact*, wurde die mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erstmals 1976 in Art. 2 Abs. 1 der Gleichberechtigungsrichtlinie 76/207 für den Bereich des Arbeitslebens untersagt, aber noch nicht definiert.<sup>161</sup> Ab Ende der 1970er Jahre befasste sich der Europäische Gerichtshof aufgrund der Gleichberechtigungsrichtlinie sowie aufgrund des seit 1957 bestehenden Gebots der Entgeltgleichheit (ex-Art. 119 EWGV, ex-Art. 141 EGV, Art. 157 AEUV) mit dem Phänomen der mittelbaren geschlechtsbedingten Diskriminierung im Arbeitsleben anhand von benachteiligenden Teilzeitregelungen.<sup>162</sup>

Als erste Leitentscheidung gilt die Rechtssache Jenkins. Jeanette Pauline Jenkins arbeitete als Teilzeitkraft und erhielt daher einen geringeren Stundenlohn als Vollzeitarbeitende. Dem Arbeitgeber zufolge sollte diese Differenzierung Anreize für eine Vollzeitbeschäftigung setzen. Daher gründe die Differenzierung nicht in einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, sondern basiere auf wirtschaftlichen Erwägungen. Da in dem Unternehmen die Teilzeitkräfte bis auf einen Mann, der gerade in Rente gegangen war und nur noch übergangsweise in Teilzeit arbeitete, ausschließlich Frauen waren, argumentierte Jenkins mit Verweis auf *Griggs v. Duke Power Co.*, dass dies ein Verstoß gegen die Entgeltgleichheit in Form der mittelbaren Diskriminierung sei.<sup>163</sup> Im europäischen Kontext wurde die Figur der mittelbaren Diskriminierung also erstmals anhand des paradigmatischen Falls der Teilzeit verhandelt. Der Gerichtshof beantwortete die Vorlagefrage damit, dass es entscheidend sei, ob prozentual erheblich weniger Frauen als Männer die erforderliche

und erhöhte damit die Hürde für einen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz.

160 Mangold differenziert drei Funktionen der mittelbaren Diskriminierung: Umgehungsverhinderung, Beweislast erleichterung und Adressierung struktureller Diskriminierung, *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 176 ff.

161 »Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand – erfolgen darf.«, Art. 2 Abs. 1 RL 76/207.

162 Als Vorläufer gilt EuGH, Urteil v. 8.4.1976, 43/75, *Defrenne II*; als erste wichtige Leitentscheidungen gelten EuGH, Urteil v. 31.3.1981, 96/80, *Jenkins*; Urteil v. 16.5.1986, 170/84, *Bilka*. Zur mittelbaren Diskriminierung im europäischen Recht *Tobler*, *Indirect discrimination*, S. 99 ff., 141 ff., 279 ff.

163 EuGH, Urteil v. 31.3.1981, 96/80, *Jenkins*, S. 916; ähnliche EuGH, Urteil v. 16.5.1986, 170/84, *Bilka*, Rn. 6 ff.

Wochenarbeitszeit für den besseren Stundenlohn erreichen würden und ob die daraus resultierende Ungleichbehandlung durch andere Gründe als das Geschlecht gerechtfertigt werden könne.<sup>164</sup>

In der Entscheidung Seymour-Smith und Perez verallgemeinert der Europäische Gerichtshof diese Formulierung: Die primärrechtlich garantierte Entgeltgleichheit stehe der »Anwendung von Vorschriften (entgegen), die Ungleichbehandlungen von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern aufgrund von Kriterien aufrechterhalten, die nicht auf dem Geschlecht beruhen, sofern sich diese Ungleichbehandlungen nicht mit objektiv gerechtfertigten Faktoren erklären lassen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.«<sup>165</sup> Dabei komme es darauf an, ob eine neutral formulierte Regelung prozentual wesentlich mehr Frauen als Männer benachteilige und dies nicht durch Gründe, die nicht an das Geschlecht anknüpfen, gerechtfertigt werden könne.<sup>166</sup>

In den jüngeren Antidiskriminierungsrichtlinien existiert inzwischen eine Legaldefinition, die neben einem rechtfertigenden Grund auch die Angemessenheit und Erforderlichkeit vorsieht. So liegt nach der neuen Gleichberechtigungsrichtlinie eine mittelbare Diskriminierung vor, »wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.«<sup>167</sup>

### 1.2 Rezeption in der Verfassungsrechtsprechung

Über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wurde die Rechtsfigur erstmals 1997 in der deutschen Verfassungsrechtsprechung

<sup>164</sup> EuGH, Urteil v. 31.3.1981, 96/80, *Jenkins*, Rn. 13 ff.; ähnlich EuGH, Urteil v. 16.5.1986, 170/84, *Bilka*, Rn. 31. Diese Rechtsprechung hat sich in der ersten europarechtlichen mittelbaren Diskriminierungsdefinition in Art. 2 Abs. 2 Beweislastrichtlinie bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts 97/80/EG v. 15.12.2007, ABL. L 14 v. 20.1.1998, S. 6, niedergeschlagen: »Im Sinne des in Absatz 1 genannten Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt.«

<sup>165</sup> EuGH, Urteil v. 9.2.1999, C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Rn. 52.

<sup>166</sup> Ebenda, Rn. 59 f.

<sup>167</sup> Art. 2 lit. b RL 2004/113.

aufgegriffen und wird nun regelmäßig, wenn auch nicht immer einheitlich, als faktische Benachteiligung bezeichnet:<sup>168</sup> »Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann nach der Rechtsprechung auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist (...).«<sup>169</sup> Zwar scheint die Figur inzwischen anerkannt zu sein, es fehlt jedoch eine Konturierung und dogmatische Ausarbeitung.<sup>170</sup> So spricht das Gericht mal von faktischer Benachteiligung, mal von mittelbarer Diskriminierung oder mittelbarer Benachteiligung. Sie wird zum Teil in Absatz 2<sup>171</sup>, zum Teil auch in Absatz 3<sup>172</sup> verortet und es existiert keine einheitliche Definition. In jüngeren Entscheidungen hat das Gericht eine Diskriminierung bei geschlechtsneutral formulierten Regelungen beispielsweise dann angenommen, wenn diese den Zugang zum Beruf von Voraussetzungen abhängig machen, die Frauen schwerer erfüllen können als Männer.<sup>173</sup> Auch wurden unterschiedliche Rechtfertigungsmaßstäbe – sachliche Gründe ohne Geschlechterbezug, Güter von Verfassungsrang (kollidierendes Verfassungsrecht) und die Verhältnismäßigkeit – formuliert.<sup>174</sup>

Darüber hinaus fällt auf, dass das Bundesverfassungsgericht die mittelbare Diskriminierung bisher allein für die Kategorie des Geschlechts

- 168 Für einen vergleichenden Rechtsprechungsüberblick zur mittelbaren Diskriminierung des EGMR, BVerfG und EuGH *Peters/König*, in: Grote/Marauhn/Meljnik, Das Diskriminierungsverbot, Rn. 78 ff., 135 ff.
- 169 BVerfGE 97, 35 (Zitat S. 43, faktische Benachteiligung S. 44), *Hamburger Ruhegeld* (1997), mit Verweis auf die Teilzeit-Fälle *Bilka*, *Rinner-Kühn*, *Kowalska*, *Enderby*. Auch EuGH, Urteil v. 23.10.1993, C-4/02, C-5/02, *Schönheit und Becker*. Aktuell zur Teilzeit: EuGH, Urteil v. 14.4.2015, C-527/13, *Cachaldora Fernández*; Beschluss v. 17.11.2015, C-137/15. Diese Definition auch verwendend BVerfGE 104, 373 (393), *Doppelname* (2002); allgemeiner definiert BVerfGE 121, 241 (254 f.), *Teilzeitbeamten-tum* (2008).
- 170 BVerfGE 97, 35 (43), *Hamburger Ruhegeld* (1997); 104, 373 (393), *Doppelname* (2002); 113, 1 (15), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005); 121, 241 (254 f.), *Teilzeitbeamten-tum* (2008); 126, 29 (53), *Hamburger Kliniken* (2010).
- 171 BVerfGE 113, 1 (15 f.), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005).
- 172 BVerfGE 97, 35 (43), *Hamburger Ruhegeld* (1997); 121, 241 (254 f.), *Teilzeitbeamten-tum* (2008).
- 173 BVerfGE 138, 296 (353), *Kopftuch II* (2015); 132, 72 (96 f.), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012).
- 174 Sachliche Gründe: BVerfGE 113, 1 (20), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005); 126, 29 (54), *Hamburger Kliniken* (2010); Güter von Verfassungsrang und Verhältnismäßigkeit: BVerfGE 121, 241 (257 ff.), *Teilzeitbeamten-tum* (2008).

geprüft hat. Während die Ungleichheitsachse Rasse die antidiskriminierungsrechtlichen Auseinandersetzungen in den USA bestimmt, ist in Europa und auch in Deutschland das Geschlecht die primäre Kategorie. Eine Ausdehnung auf andere Merkmale ist im deutschen Verfassungsrecht durchaus denkbar.<sup>175</sup> So hat das Bundesverfassungsgericht die mittelbare Diskriminierung in einer Entscheidung in Art. 3 Abs. 3 GG verortet und unabhängig vom Geschlecht definiert: »Wenn der Gesetzgeber eine Gruppe nach sachlichen Merkmalen bestimmt, die nicht in Art. 3 Abs. 3 GG genannt sind, so ist diese Regelung an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Etwas anderes gilt, wenn der vom Gesetzgeber gewählte, durch Art. 3 Abs. 3 GG nicht verbotene sachliche Anknüpfungspunkt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft, oder die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 GG strikt verboten ist (mittelbare Diskriminierung).«<sup>176</sup> Die Konflikte um das Kopftuch sowie die instanzgerichtlichen Entscheidungen zu *racial profiling* und zu den Diskothekenfällen weisen darauf hin, dass in pluralen, multireligiösen Gesellschaften Diskriminierungserfahrungen jenseits des Geschlechts an Bedeutung gewinnen werden.<sup>177</sup>

Für die Geschlechterbeziehungen hat das Bundesverfassungsgericht Fälle zu ökonomischen Nachteilen in der Altersversorgung wegen Erziehungsarbeit und Teilzeit entschieden. Zukünftig böten sich auch das Einkommensteuerrecht, die Lehramtsbesoldung und auch das Strafrecht an.<sup>178</sup>

Für den einfachgesetzlichen und europarechtlichen Diskriminierungsschutz werden Fragen zur Intentionalität von Diskriminierung, zur

175 *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 421 (7. Aufl. i.E.); *Osterloh/Nußberger*, Art. 3 GG, in: Sachs, Grundgesetz, Rn. 255 ff.; *Jarass*, Art. 3 GG, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 119; *Koch/Nguyen*, EuR 2010, 364 (371); *Fehling*, in: Heckmann/Würtenberger, Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG.

176 BVerfGE 121, 241 (254 f.), *Teilzeitbeamtenum* (2008).

177 BVerfGE 108, 282, *Kopftuch I* (2003); 138, 296, *Kopftuch II* (2015); BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.6.2017, 2 BvR 1333/17; *El Idrissi*, Der juristische Umgang mit religiöser Fremdheit; *Arndt*, Das Problem der Diskriminierung.

178 *Spangenberg*, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht; *Wersig*, Der lange Schatten der Hausfrauenehe; *Sacksofsky*, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern; *Kocher u. a.*, Mittelbare Geschlechtsdiskriminierung bei der Besoldung von Grundschullehrkräften nach A 12; *Oberlies*, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen, S. 130 ff.



Kausalität (wegen des Geschlechts)<sup>179</sup>, zum Nachweis der erheblichen einseitigen Betroffenheit<sup>180</sup>, zur Rechtfertigung<sup>181</sup> sowie zur Abgrenzung von unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung diskutiert,<sup>182</sup> die im Verfassungsrecht bisher so nicht aufgeworfen worden sind.

Das Kriterium der erheblichen einseitigen Betroffenheit führt zum Beispiel zur Frage nach den geeigneten Vergleichsgruppen, Teilgruppen und Relationen für die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung.<sup>183</sup> Zwei Fälle aus Hamburg, die das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden hatte, zeigen die damit verbundenen Schwierigkeiten. Der erste Fall stammt aus dem Jahr 1997. In dieser Entscheidung prüfte das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf die europarechtliche Rechtsprechung zum ersten Mal eine mögliche mittelbare Diskriminierung und bezeichnete diese als faktische Benachteiligung. In dem Fall wendete sich die Klägerin, die im öffentlichen Dienst der Hansestadt Hamburg mit

179 *Rebhahn/Kietaibl*, Rechtswissenschaft 2010, 373 (4).

180 *Hoffmann*, AcP 2014, 822. Der wesentliche Nachteil kann durch statistisch-empirische Daten, was natürlich die Existenz belastbaren Datenmaterials voraussetzt, oder durch normative Typisierungen, die berücksichtigen, dass bestimmte Voraussetzungen von bestimmten Gruppen einfach schwerer erfüllt werden können, argumentiert werden. Im letzteren Fall geht es weniger um die konkreten Effekte als um die abstrakte Eignung zur mittelbaren Diskriminierung.

181 Für einen abgesenkten Rechtfertigungsmaßstab bei der mittelbaren Diskriminierung *Kischel*, JZ 2008, 1110; *Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 46; differenzierend *Fehling*, in: Heckmann/Würtenberger, Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG, S. 685 ff. Für einheitliche Rechtfertigungsanforderungen *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 434 (7. Aufl. i.E.).

182 Zu den umstrittenen Fragen im U.S.-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht *Mangoldt*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 151 ff., 175 ff., 183 ff.; *Tobler*, Indirect discrimination, S. 214 ff.; *Fehling*, in: Heckmann/Würtenberger, Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG, S. 671 ff.

183 Der EuGH hat in der Entscheidung *Seymour-Smith und Perez* z. B. für jede Genus-Gruppe bestimmt, wie hoch in diesen jeweils die Anteile der Begünstigten und Benachteiligten sind, EuGH, Urteil v. 9.2.1999, C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Rn. 59. Seit 2011 stellt das BAG die Gesamtheit der Personen, die von einer Regelung betroffen sind, der Gesamtheit der Personen gegenüber, die von dieser benachteiligt werden und prüft, ob dafür ein Diskriminierungsmerkmal relevant ist, BAG, NZA 2011, 1361 (1364). Der EGMR hat in der Entscheidung *Hoogendijk* die Geschlechterverteilung innerhalb der Gruppe der durch eine Regelung Benachteiligten als Hinweis für eine mittelbare Diskriminierung gewertet (i.E. aber für gerechtfertigt angesehen), EGMR, Urteil v. 6.1.2005, 58641/00, *Hoogendijk*, S. 21 f.

nur 17 Arbeitsstunden die Woche und daher unterhalbzeitig beschäftigt war, gegen den Ausschluss dieser Gruppe aus der zusätzlichen Altersversorgung für Angestellte der Hansestadt durch das Ruhegeldgesetz. Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts konnte das Gericht hier nicht feststellen, weil der Frauenanteil in der benachteiligten Gruppe nicht höher sei als in den begünstigten Gruppen der Teilzeit- und Vollzeitangestellten der Hansestadt Hamburg. Diese Regelung treffe daher nicht überwiegend Frauen in negativer Weise.<sup>184</sup> Das Gericht verglich also den Frauenanteil in der benachteiligten mit dem Frauenanteil in der begünstigten Gruppe, gab aber keine konkreten Zahlen dazu an.

Die Segregierung des Arbeitsmarktes und die auf Vergleichsgruppen gerichtete Dogmatik zeigen sich hier als Schwierigkeit.<sup>185</sup> Es könnte beispielsweise eingewendet werden, dass der öffentliche Dienst ein für Frauen attraktives Berufsfeld darstellt und daher der öffentliche Dienst der Hansestadt möglicherweise eine Vergleichsgruppe ist, die nicht in den Blick bekommt, dass es dennoch überwiegend Frauen sind, die unterhalbzeitig beschäftigt sind. So könnte möglicherweise die Geschlechterverteilung innerhalb der von der Regelung negativ betroffenen Gruppe die einseitige Betroffenheit begründen. Im Ergebnis ist dies weniger wichtig, da das Gericht eine willkürliche Ungleichbehandlung von Unterhalbzeitig- und Teilzeitbeschäftigten feststellte und daher den Ausschluss aus der zusätzlichen Altersversorgung als gleichheitswidrig im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG bewertete.<sup>186</sup>

Dreizehn Jahre später ging es erneut um eine mittelbare Diskriminierung von Frauen durch die Landesgesetzgebung in Hamburg. Bei der Privatisierung der öffentlichen Krankenhäuser beschränkte diese die Rückkehrmöglichkeit in den öffentlichen Dienst und schloss die Gruppe der Reinigungskräfte aus. Da die Reinigungskräfte zu 93,5 Prozent Frauen waren, schlussfolgerte das Bundesverfassungsgericht bereits aus der Zusammensetzung der Berufsgruppe – und damit aus der Geschlechterverteilung der benachteiligten Gruppe – eine überwiegende Benachteiligung von Frauen und stütze dies erst im zweiten Schritt durch einen Vergleich mit dem Frauenanteil im Klinikbereich, der bei etwa 70 Prozent lag, ab.<sup>187</sup>

184 BVerfGE 97, 35 (44), *Hamburger Ruhegeld* (1997); *Sachs*, JuS 1998, 1172.

185 Zur Segregierung des Arbeitsmarktes EuGH, Urteil v. 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*.

186 BVerfGE 97, 35 (48), *Hamburger Ruhegeld* (1997).

187 BVerfGE 126, 29 (54), *Hamburger Kliniken* (2010). Auf den Frauenanteil in der benachteiligten Gruppe scheint das Gericht auch in BVerfGE 121, 241 (256 f.), *Teilzeitbeamtentum* (2008) abzustellen.

## 2. Akkommodierung von Sorgearbeit in der Alterssicherung

Wie die bereits dargestellten Fälle zeigen, wird die ökonomische Dimension der Geschlechterbeziehungen im Gleichheitsrecht virulent, wenn es um Mutterschaft, Kindererziehung und Beschäftigungsverhältnisse jenseits der Vollzeit geht. Dabei ist insbesondere die Vorsorge für die spätere Rente an der maskulin codierten Normalbiografie der Vollerwerbstätigkeit orientiert, welche von Sorgearbeit freigestellt ist und keinerlei zeitliche Einschränkungen oder Unterbrechungen aufgrund dieser erfährt. Gegen die sich daraus ergebenden ökonomischen Nachteilen haben zwei Beschwerdeführerinnen – eine Rechtsanwältin und eine Beamtin – Verfassungsbeschwerden eingelegt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese mithilfe der mittelbaren Diskriminierung entschieden.

### 2.1 Alterssicherung

#### 2.1.1 Anwaltsversorgung

Im ersten Fall ging es um Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung.<sup>188</sup> Eine Rechtsanwältin wehrte sich gegen ihre Beitragspflicht im berufsständischen Versorgungswerk während ihrer einkommenslosen Kindererziehungszeit in den ersten drei Jahren nach der Geburt. Für die freien Berufe wird die Altersversorgung über die Zwangsmitgliedschaft in den berufsständischen Versorgungswerken, die landesrechtlich als öffentlich-rechtliche Körperschaften ausgestaltet sind, organisiert. In Baden-Württemberg sah § 5 RAVG grundsätzlich die Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk für Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer vor. Eine Freistellung von der Beitragspflicht während der gesetzlichen Kindererziehungszeit existierte in Baden-Württemberg nicht. Das Bundesverfassungsgericht stellte daher fest, dass die Beitragsregelung in § 11 Abs. 3 RAVWS zu einer faktischen Benachteiligung von Frauen führt und mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar ist, denn sie »bürdet Mitgliedern des Versorgungswerks, die aufgrund von Kindererziehungszeiten vorübergehend einkommenslos sind, erhebliche Nachteile auf (...), die typischerweise Frauen treffen.«<sup>189</sup>

188 BVerfGE 113, 1, *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005); Wallrabenstein, NJW 2005, 2426; Pötz-Neuburger, STREIT 2006, 44.

189 BVerfGE 113, 1 (16), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005). Daran anschließend die Verfassungsmäßigkeit von § 48b Bundesnotarordnung anzweifelnd, da nach der vorübergehenden Amtsniederlegung

Dabei sieht das Gericht drei wesentliche Nachteile ökonomischer Natur und begründet mit dem gesellschaftlichen Umstand, dass Frauen weiterhin ganz überwiegend die Kindererziehung übernehmen, eine faktische Benachteiligung von Frauen. Dies zeige sich erstens darin, dass die Beitragszahlungspflicht eine besondere Belastung während der inkommenslosen Zeit der Kindererziehung darstelle. Besonders schwerwiegend sei die Belastung für Alleinerziehende. Von der Beitragspflicht könnte sich derzeit, zweitens, nur durch den Verzicht auf die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft entzogen werden. Dies führe jedoch zu dem ökonomischen Nachteil, dass Versorgungsansprüche für den Fall der Berufsunfähigkeit entfallen können. Drittens könne sich das Ausscheiden aus der Rechtsanwaltschaft auf die berufliche Karriere negativ auswirken, da für die Zulassung zum Oberlandesgericht die Dauer der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft entscheidend sei.<sup>190</sup>

Diese Nachteile wirken sich, so das Gericht, überwiegend auf Frauen negativ aus, da diese trotz gestiegener Erwerbstätigkeit die Kindererziehung übernehmen und dafür, jedenfalls vorübergehend, auf die Erwerbstätigkeit verzichten. Dies belegt das Gericht mit verschiedenen Sozialdaten. So zeige sich die traditionelle Arbeitsteilung »nachdrücklich durch den verschwindend geringen Anteil der Erziehungsgeldzahlungen an Männer«, der nach den Zahlen des Statistischen Bundesamtes in den Jahren 2000 und 2001 nur 2,6 Prozent bzw. 2,1 Prozent betragen habe. Die »überkommene Aufgabenverteilung zwischen den Geschlechtern« werde zudem durch die geringeren Löhne und Gehälter von Frauen befördert. Daher sei der Verzicht der Berufstätigkeit der Frauen für die Familie ökonomisch besser zu tragen: »So blieb etwa im produzierenden Gewerbe im Jahr 2002 der durchschnittliche Bruttoverdienst von Frauen um 21 Prozent hinter dem der Männer zurück, während im Dienstleistungsbereich das Durchschnittsgehalt der weiblichen Angestellten um 25 Prozent geringer war als das männlicher Angestellter (...).«<sup>191</sup> Es gebe keine Hinweise dafür, dass dies bei Rechtsanwaltsfamilien anders sei, vielmehr spreche die geringere Anzahl von Rechtsanwältinnen gegenüber Rechtsanwälten sowie die niedrigere Wochenarbeitszeit von Rechtsanwältinnen dafür, »dass auch in dieser Berufsgruppe typischerweise Frauen die Aufgaben der Kinderbetreuung und -erziehung übernehmen.«<sup>192</sup>

Schließlich weist das Gericht darauf hin, dass auch die unzureichenden Betreuungsmöglichkeiten während der ersten drei Jahren nach der

aus familiären Gründen eine Wiederkehr in das Amt für nur ein Jahr sichergestellt ist, BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.11.2013, 1 BvR 63/12, Rn. 24 ff.

190 BVerfGE 113, 1 (17 ff.), *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005).

191 Alle drei Zitate ebenda, S. 19.

192 Ebenda, S. 20.

Geburt dazu beitragen, dass die ökonomischen Nachteile der Sorgeverantwortung von Frauen getragen werden: »Zum Jahresende 2002 standen in Deutschland für 2,2 Millionen Kinder im Krippenalter nur 190.000 Krippenplätze zur Verfügung. Hieraus errechnet sich ein seit 1998 kaum verändertes Verhältnis zwischen Kinderzahl und Krippenplätzen von knapp 9 Prozent.«<sup>193</sup>

Zusammenfassend ist dieses Urteil deswegen besonders hervorzuheben, weil es sich ausführlich mit der gesellschaftlich-ökonomischen Situation von Frauen auseinandersetzt und die Strukturen in den Blick nimmt, die Frauen in ihrer ökonomischen Situation benachteiligen: die einseitige Verteilung von Erziehungsarbeit, das *Gender Pay Gap* und fehlende Kinderbetreuungsstrukturen. Methodisch verfolgt das Gericht daher eine die maskuline Perspektivität der abstrakten Mitgliedschaft des Versorgungswerkes offenlegende Betroffenenperspektive sowie eine kontextuelle-konkrete Argumentationsweise, die umfassend auf Sozialdaten zurückgreift. Durch die detaillierte Erörterung der benachteiligenden Effekte können rechtfertigende Gründe sich nicht durchsetzen. Gerade weil es der Rechtsanwältin nur um den Erhalt der Anwartschaften und der Mitgliedschaft ging, konnte das Gericht keine sachlichen Gründe, insbesondere keine überzeugenden Finanzierungsgründe, erkennen.<sup>194</sup>

### 2.1.2 Teilzeitbeamtentum

Im zweiten Fall ging es erneut um die Berücksichtigung weiblicher Lebenserfahrungen in der Altersvorsorge.<sup>195</sup> Dieses Mal wurde die Regelung des Versorgungsabschlags nach dem Beamtenversorgungsgesetz im Falle von Teilzeit auf ihre diskriminierenden Effekte überprüft. Vor 1992 wurde das Ruhegeld für teilzeitbeschäftigte Beamt\*innen nach einem Modell berechnet, das einen Versorgungsabschlag um 0,5 für jedes Jahr vorsah, das die Beamtin oder der Beamte ohne Teilzeitbeschäftigung hätte erreichen können.<sup>196</sup> Die Differenz entstand erst ab einer Dienstzeit von zehn Jahren, stieg jedoch umso stärker an, je länger die Dienstzeit dauerte.

<sup>193</sup> Ebenda.

<sup>194</sup> Ebenda, S. 20 ff.

<sup>195</sup> BVerfGE 121, 241, *Teilzeitbeamtentum* (2008); *Borth*, FamRZ 2008, 1598; *Kischel*, JZ 2008, 1110; *Sachs*, JuS 2008, 1014.

<sup>196</sup> Für die Zeit ab dem 17.5.1990 hatte der EuGH bereits entschieden, dass die Übergangsregelung zum alten Versorgungsabschlag nicht mehr berücksichtigt werden dürfe, EuGH, Urteil v. 23.10.2003, C-4/02, C-5/02, *Schönheit und Becker*. Im Urteil des BVerfG geht es daher um die Zeiten vor 17.5.1990.

Da hier um diskriminierende Strukturen, die sich in einer rechtlichen Ungleichbehandlung manifestieren, gestritten wurde, zog das Gericht dieses Mal Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG heran und verwendete den Begriff der mittelbaren Diskriminierung anstatt wie zuvor den der faktischen Benachteiligung. Die Regelung benachteilige mittelbar Frauen, »da von der Möglichkeit der Teilzeitbeschäftigung in weitaus überwiegendem Maße Frauen Gebrauch machen«, der Frauenanteil der Teilzeitbeamt\*innen betrage nämlich etwa 78 Prozent. Daher sei der Versorgungsabschlag nach dem Beamtenversorgungsgesetz in der bis zum 31. Dezember 1991 geltenden Fassung nichtig.<sup>197</sup>

Zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung führte die Gesetzgebung die zusätzliche finanzielle Belastung an, die durch das Abweichen vom Leitbild eines vollzeittätigen Beamten entstehe; daran müssten sich diejenigen, die davon profitieren, auch beteiligen. Dem entgegnet das Bundesverfassungsgericht, dass die Legislative nicht erst den Zugang für Frauen durch die Möglichkeit einer Teilzeitbeamtenschaft eröffnen und sie dann mit einer Kostenbeteiligung benachteiligen könne.<sup>198</sup> Daher stellt es die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung durch fiskalische Interessen infrage: »Unabhängig von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen fiskalische Gründe in diesem Zusammenhang überhaupt einen Belang von Verfassungsrang darstellen, ist es nicht gerechtfertigt, zur Erreichung der Kostenneutralität der Beamtenversorgung gerade die überwiegend weiblichen Teilzeitbeschäftigten heranzuziehen. (...) Die Schutzfunktion des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG liefe ins Leere, wollte man das Verbot der Ungleichbehandlung von fiskalischen Erwägungen abhängig machen.«<sup>199</sup> Zwar komme der Gesetzgebung bei der Ausgestaltung der angemessenen Alimentierung aus Art. 33 Abs. 5 GG eine Gestaltungs- und Typisierungsbefugnis zu. Diese ende aber dort, wo sie sich geschlechtsdiskriminierend auswirke.<sup>200</sup>

Schließlich verfolge die Ermöglichung der Teilzeit nicht nur das arbeitsmarktpolitische Ziel mehr Arbeitsplätze im öffentlichen Dienst zu schaffen, sondern auch die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern: »Auf der Basis tradierter Rollenvorstellungen ursprünglich zur Ermöglichung und Erleichterung der Pflichterfüllung der Beamtin gedacht (...), dient diese Form der Teilzeit verstärkt der

197 Ebenda, S., 255 ff., 266.

198 Dem könnte noch hinzugefügt werden, dass das Vollzeitbeamtentum überhaupt nur bei Freistellung von Sorgearbeit möglich ist.

199 BVerfGE 121, 241 (258), *Teilzeitbeamtentum* (2008). So auch der in EuGH in Bezug auf das Ruhegeld von Teilzeitbeamt\*innen: Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts könne nicht durch die Begrenzung öffentlicher Ausgaben gerechtfertigt werden, EuGH, Urteil v. 23.10.1993, C-4/02, C-5/02, *Schönheit und Becker*, Rn. 84 f.

200 BVerfGE 121, 241 (260 ff.), *Teilzeitbeamtentum* (2008).

Vereinbarkeit von Familie und Beruf und damit der effektiven Wahlfreiheit in der Entscheidung über Rollenwahl und Rollenverteilung in Ehe, Familie und Beruf.«<sup>201</sup> Dies folge aus der Schutzpflicht für die Familie aus Art. 6 GG: »Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass es Eltern gleichermaßen möglich ist, teilweise oder zeitweise auf eine eigene Erwerbstätigkeit zugunsten der persönlichen Betreuung ihrer Kinder zu verzichten wie auch Familienaufgaben und Erwerbstätigkeit miteinander zu verbinden (...).«<sup>202</sup>

Anstatt einer Perspektive der Rechtfertigung dominiert hier methodisch erneut die Betroffenenperspektive, die einen im konkreten Kontext verorteten Diskriminierungsschutz eröffnet. Während der Europäischen Gerichtshof in den 1980er Jahren es nicht als Aufgabe des mittelbaren Diskriminierungsverbots ansah, ökonomische Nachteile wegen der Übernahme von Familienarbeit zu unterbinden oder auf die traditionelle Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern einzuwirken, sieht das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben als ein Problem der Geschlechtsdiskriminierung an, die in der weiblichen Zuständigkeit für Sorgearbeit gründet. Daher umfasse der Schutz der mittelbaren Diskriminierung auch den Schutz vor ökonomischen Nachteilen in der Altersversorgung aufgrund von Teilzeit.<sup>203</sup>

Konträr zur sozialverfassungsrechtlichen Rechtsprechung verneint das Bundesverfassungsgericht bei ökonomischen Nachteilen, die sich als geschlechtsdiskriminierend erweisen, aber die legislative Differenzierungs- und Typisierungsfreiheit und gibt Finanzierungsargumenten keinen Vorzug vor grundrechtlicher Gleichheit. Der Diskriminierungsschutz zieht vielmehr enge Grenzen und führt in dieser Entscheidung nicht nur zu einer Unvereinbarkeits-, sondern zu einer Nichtigkeitserklärung.

201 Ebenda, S. 263.

202 Ebenda, S. 264.

203 Der EuGH hat in den 1980er Jahren verneint, dass die familiäre Arbeitsteilung für die Auslegung der Entgeltgleichheit bzw. der Gleichberechtigungsrichtlinie relevant ist: »Die Frage 2 b des vorlegenden Gerichts ist somit dahin zu beantworten, daß der Arbeitgeber nach Artikel 119 nicht verpflichtet ist, die für seine Beschäftigten vorgesehene Versorgungsordnung so auszugestalten, daß die für Arbeitnehmer mit familiären Verpflichtungen bestehenden besonderen Schwierigkeiten, die Voraussetzungen für die Gewährung einer Betriebsrente zu erfüllen, berücksichtigt werden.«, EuGH, Urteil v. 16.5.1986, 170/84, *Bilka*, Rn. 43. »Aus alledem folgt, daß die Richtlinie nicht zum Gegenstand hat, die internen Verhältnisse der Familie zu regeln oder die Aufgabenteilung zwischen den Eltern zu ändern.«, EuGH, Urteil v. 12.7.1984, 184/83, *Hofmann*, Rn. 24.

## 2.2 Exkurs: Schutz der Ehe und Familie

In den 1990er und Anfang der 2000er Jahre formulierte das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen anhand von Art. 6 Abs. 1 GG, in denen es um die Anrechnung von Kindererziehungszeiten in der Sozialversicherung und das Eherecht ging.<sup>204</sup> In diesen Entscheidungen wurden Kinder, Ehe und die traditionelle Arbeitsteilung als ökonomische Dimension der Ungleichheitsachse Geschlecht verfassungsrechtlich diskutiert. Obwohl es in diesen Entscheidungen überwiegend um die Gerechtigkeit zwischen den Geschlechtern geht, werden die Rechtskonflikte in ein geschlechtsloses Vokabular übersetzt und Eltern mit Kinderlosen und Familienarbeit mit Erwerbsarbeit abstrakt zueinander in Beziehung gesetzt. Die besonders einschlägigen Fälle zur gesetzlichen Rentenversicherung (2.2.1) und zum nahehelichen Unterhalt (2.2.2) sollen nun dargestellt werden. Diese Fälle würden heute, so die These, wahrscheinlich treffender als Fall der mittelbaren Diskriminierung gelöst werden. Hier zeigt sich einerseits ein Wandel in der Verfassungspraxis und andererseits, dass die mittelbare Diskriminierung hilft, Rechtskonflikte um Sorgearbeit als Problem ungleicher Geschlechterbeziehungen zu verstehen.

## 2.2.1 Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung

Im Jahr 1992 erörterte das Bundesverfassungsgericht anhand von Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG, ob es für die Gesetzgebung eine verfassungsrechtliche Pflicht gibt, kindererziehungszeitenbedingte Nachteile in der gesetzlichen Rentenversicherung auszugleichen.<sup>205</sup>

Zunächst stellte das Gericht fest, dass der weite sozialrechtliche Gestaltungs- und Differenzierungsspielraum nach Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund der Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 1 GG hinsichtlich der Benachteiligung von Familien deutlich begrenzter als in anderen Bereichen sei. Zwar würden die Regelungen nicht an den familiären Status, sondern an der individuellen Beitragszahlung anknüpfen, dennoch würden Personen, die sich um die Familie kümmern und damit um die Erziehung zukünftiger Beitragszahler\*innen, genauso behandelt wie aus anderen Gründen Nichterwerbstätige. Dies führe zu einer Benachteiligung von Familien, insbesondere von Familien mit mehreren Kindern, in der ein Elternteil zugunsten der Kindererziehung aus dem Erwerbsleben

204 BVerfGE 87, 1, *Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung* (1992); 87, 234, *Einkommensanrechnung Arbeitslosenhilfe* (1992); 99, 216, *Kinderbetreuungskosten im Steuerrecht* (1998); 105, 1, *naheliegender Unterhalt und Familienarbeit* (2002).

205 BVerfGE 87, 1 (34 ff.), *Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung* (1992); Binne, FamRZ 1993, 516; Veil, STREIT 1993, 63.



ausscheide; daher bestehe die legislative Pflicht die bestehenden Nachteile »in weiterem Umfang als bisher auszugleichen.«<sup>206</sup> Die bisherigen Leistungen über das Hinterbliebenen- und Erziehungszeitengesetz sowie über das Kinderleistungsgesetz seien nicht ausreichend, vielmehr gelte »Kindererziehung als Privatsache, die Alterssicherung dagegen als gesellschaftliche Aufgabe.«<sup>207</sup> Konkrete Kriterien dafür, dass die gesetzlichen Regelungen zum Familienlastenausgleich nicht genügen, gibt das Bundesverfassungsgericht nicht an, vielmehr scheint der unverhältnismäßig geringe Umfang für das Gericht offensichtlich zu sein.

Für diese Ungleichbehandlung gäbe es, so das Bundesverfassungsgericht, keinen hinreichend sachlichen Grund. Weder das auf Erwerbsarbeit basierende Versicherungsprinzip noch die Lohnersatzfunktion seien hinreichende Gründe um »Erzieher von Kindern« gegenüber »Kinderlosen« erheblich zu benachteiligen.<sup>208</sup> Weil das Umlagesystem auf die Regeneration von zukünftigen Arbeitnehmer\*innen angewiesen sei, trage Kindererziehung zur Bestandssicherung der gesetzlichen Rentenversicherung bei und sei mit der monetären Beitragsleistung gleichwertig. Es bestehe jedoch keine Pflicht, Beitragszahlung und Kindererziehung vollkommen gleichzustellen, da es sich aufgrund deren unterschiedlichen Funktionen um zwei ungleichartige Sachverhalte handele; zudem könne bei zukünftigen Verbesserungen auch die finanzielle Lage der gesetzlichen Rentenversicherung berücksichtigt werden. Dennoch sieht das Bundesverfassungsgericht konträr zum sonstigen Sozialverfassungsrecht den Einsatz »beträchtliche(r) finanzielle(r) Mittel« nicht als Hinderungsgrund für seine Forderung, die Benachteiligung von Familien abzubauen. Dafür komme sogar eine maßvolle Umverteilung innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung in Betracht.<sup>209</sup>

In der Argumentation des Gerichts wird die Benachteiligung von Personen, »die sich innerhalb der Familie der Kindererziehung widmen« gegenüber kinderlosen Personen konstatiert, »die durchgängig einer Erwerbstätigkeit nachgehen können«; das kindererziehende Elternteil nehme Einkommenseinbußen gegenüber Kinderlosen hin und habe eine geringere Rente zu erwarten.<sup>210</sup>

Zwar würdigt das Gericht damit Kindererziehung als gesellschaftlich relevante Tätigkeit und deutet diese entgegen der traditionellen rentenversicherungsrechtlichen Perspektive nicht als versicherungsexternes

206 BVerfGE 87, 1 (Zitat S. 34, 36), *Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung* (1992).

207 Ebenda, S. 37. »Die Benachteiligung von Familien, in denen ein Elternteil sich der Kindererziehung widmet, wird weder durch staatliche Leistungen noch auf andere Weise ausgeglichen.«, Ebenda.

208 Ebenda, S. 38.

209 Ebenda, S. 39 f.

210 Ebenda, Zitat S. 36, S. 37.

Phänomen. Dennoch überraschen die gewählten Vergleichsgruppen und die geschlechtslose Sprache, da es bei der Anrechnung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung offensichtlich um die ökonomischen Konsequenzen der geschlechtlichen Arbeitsteilung, um die unzureichende Absicherung von Hausfrauen, Zuverdienerinnen und Alleinerziehenden in der erwerbsbasierten Sozialversicherung und um die damit einhergehende einseitige ökonomische Risikoverteilung geht. Elternteile, die die Rolle als Hauptnährer oder Alleinverdiener übernehmen, erleiden im Vergleich zu den kindererziehenden – weiterhin ganz überwiegend weiblichen – Elternteilen gerade keine Unterbrechungen in der Erwerbstätigkeit und auch keine Einbußen in der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Gerechtigkeitsfrage stellt sich daher nicht primär zwischen Familien mit Kindern und Kinderlosen, sondern ganz zentral innerhalb von Familien zwischen den Geschlechtern.<sup>211</sup> Diese Dimension der Geschlechtergerechtigkeit wird im Urteil nur knapp thematisiert, um aufgrund der »deutlich höheren Betroffenheit von Frauen« pauschal auf die Pflicht der Legislative aus Art. 3 Abs. 2 GG hinzuweisen, die Lebensverhältnisse von Frauen und Männern anzugleichen, der Festschreibung traditioneller Rollenverteilungen entgegenzuwirken und dies bei der erforderlichen Gesetzesreform zu berücksichtigen.<sup>212</sup>

Durch die Dethematisierung der Geschlechterdimension und die Fokussierung auf Kinderlose als vermeintliche Gefahr für die Rentenversicherung scheint das Gericht traditionelle Geschlechterbeziehungen anstatt die eigenständige Alterssicherung von Frauen stärken zu wollen. Das Gericht fokussiert durch die gewählten Vergleichsgruppen allein traditionelle Hausfrauen, die vollständig aus dem Erwerbsleben zugunsten der Kindererziehung ausgeschieden sind, und nicht etwa erwerbstätige Alleinerziehende oder Zuverdienerinnen, die ebenso kinderbedingt Nachteile in der gesetzlichen Rentenversicherung erfahren.<sup>213</sup>

211 Überzeugender ist der Vergleich zwischen Eltern und Kinderlosen bei der Beitragsbemessung für die Sozialversicherung, da hier die finanzielle Mehrbelastung von Familien tatsächlich relevant wird, BVerfGE 103, 242, *Beitragsbemessung Pflegeversicherung* (2001); Lenze, NVwZ 2015, 1658 (1660 f.).

212 BVerfGE 87, 1 (41), *Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung* (1992).

213 Damit folgt das Gericht weniger den Stellungnahmen des Deutschen Juristinnenbundes oder dem Verband Alleinstehender Mütter und Väter, sondern der Arbeitsgemeinschaft der Deutschen Familienorganisationen. Veil sieht darin eine konservative Position, die sich implizit gegen die gestiegene Berufstätigkeit von Frauen richtet und das traditionelle Familienbild bewahren will, Veil, STREIT 1993, 63 (66).

## 2.2.2 Nachehelicher Unterhalt und Familienarbeit

Im Jahr 2002 stellte das Bundesverfassungsgericht auf Art. 6 Abs. 1 GG ab, um über die Berücksichtigung von Familienarbeit bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts zu entscheiden. Es zog ergänzend Art. 3 Abs. 2 GG heran, um zu argumentieren, dass die Ehe als eine Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner zu betrachten sei und sich dies auch auf die gemeinschaftliche Bestimmung über die innerfamiliäre Aufgabenteilung und gemeinsame Sicherung der Existenz beziehe. Daraus folge die Gleichwertigkeit von Familienarbeit mit der Erwerbsarbeit: »Kommen den Ehegatten gleiches Recht und gleiche Verantwortung bei der Ausgestaltung ihres Ehe- und Familienlebens zu, so sind auch die Leistungen, die sie jeweils im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbringen, als gleichwertig anzusehen (...). Haushaltsführung und Kinderbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen. Gleichermaßen prägen sie die ehelichen Lebensverhältnisse und tragen zum Unterhalt der Familie bei.«<sup>214</sup>

Bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts hatten die Fachgerichte die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit unterhaltsmindernd angerechnet. Dies würde aber, so das Bundesverfassungsgericht, einseitig die Ehegatten, die auch während der Ehe erwerbstätig waren (also die Haupternährer), bevorzugen und die Ehegatten, die sich während der Ehe um die Familienarbeit gekümmert haben (also Hausfrauen oder Zuverdienerinnen), benachteiligen.<sup>215</sup>

Das Bundesverfassungsgericht sieht das wesentliche Gerechtigkeitsproblem darin, dass dies eine Missachtung der in der Ehe geleisteten Familienarbeit darstelle und wendet sich damit gegen die kulturelle Abwertung von Haus- und Sorgearbeit. Anhand von Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 GG argumentiert das Gericht hier ähnliche Zusammenhänge wie bei einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, dabei wird die dogmatische Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 GG aber nicht erörtert. Über eine stärker antidiskriminierungsrechtliche Argumentation würde man »Familienarbeit« in Geschlechtsdiskriminierung übersetzen und die Geschlechtergerechtigkeitsdimension besser sichtbar machen können. Zwar kann die geschlechtsneutrale Argumentation auch progressiv gedeutet werden, da Sorgearbeit von Weiblichkeit entkoppelt wird, dennoch wird damit nur unzureichend die aktuelle gesellschaftliche Realität erfasst, in der eben nur zu einem

214 BVerfGE 105, 1 (10 f., Zitat 11), *nachehelicher Unterhalt und Familienarbeit* (2002); Ewers, FamRZ 2002, 1437; Beunings, NJW 2003, 568.

215 BVerfGE 105, 1 (13 f.), *nachehelicher Unterhalt und Familienarbeit* (2002).

sehr kleinen Prozentsatz auch Männer die Kindererziehung und die Altenpflege übernehmen.

In einem aktuellen Beschluss hat die Dritte Kammer des Ersten Senats in diesem Sinne argumentiert, dass auch nachteilhafte Regelungen, die an »Elternschaft« anknüpfen, sich als mittelbare Diskriminierung von Frauen darstellen können, »weil Elternzeit jedenfalls bislang in evident höherem Maß von Frauen in Anspruch genommen wird.«<sup>216</sup>

### 3. Zusammenfassung

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung kann die maskuline Perspektivität rechtlicher Regelungen offenlegen und als Problem ungleicher Geschlechterbeziehungen thematisieren. Die einseitige Übernahme von Sorgearbeit liegt quer zu den Voraussetzungen der Alterssicherung, die eine ungebrochene Erwerbsbiografie für eine gute Rente vorsehen.

Methodisch sticht die Entscheidung zur Anwaltsversorgung hervor, in der die Erwerbsorientierung des Beitragszahlungserfordernisses offengelegt, Sozialdaten umfangreich einbezogen und die ökonomische Situation von Frauen ausführlich erörtert und auf diese Weise eine starke Betroffenenperspektive verfolgt werden. Auffällig ist zudem, dass in den skizzierten Entscheidungen Finanzierungsargumenten keine durchschlagende Bedeutung zukommt und konträr zum sonstigen Sozialverfassungsrecht der Gesetzgebung ein nur engbegrenzter Spielraum bei Differenzierung und Typisierung gelassen wird.

Schließlich hat der Exkurs zum Schutz der Ehe und Familie gezeigt, dass die mittelbare Diskriminierung eine Alternative bietet, um Konflikte um gleiche Alterssicherung und die Aufwertung von Familienarbeit nicht als abstraktes geschlechtsloses Phänomen, sondern als Problem ungleicher Geschlechterbeziehungen zu adressieren.

Wie die materiale Deutung des unmittelbaren Diskriminierungsverbots und des Gleichberechtigungsgebots, so ermöglicht auch die mittelbare Diskriminierung die Thematisierung der Ungleichheitsachse Geschlecht als ein verschränktes Phänomen. Mit ihr kann ebenfalls sowohl die Anerkennungsdimension (Aufwertung von Teilzeit und Sorgearbeit) als auch die Umverteilungsdimension (verbesserte Alterssicherung) adressiert werden.

Kritisch ist anzumerken, dass in den Entscheidungen Vollerwerbstätigkeit nur unzureichend als Privileg gedeutet wird. Stattdessen bleibt die Argumentation auf »die Anderen« fokussiert. Eine an Privilegien orientierte Perspektive kann diesen Fokus verschieben und zeigen, dass die

<sup>216</sup> BVerfG, Kammerbeschluss v. 8.6.2016, 1 BvR 3634/13, Rn. 23.

Institution der Vollerwerbstätigkeit eine privilegiert ist, die durch unbezahlte und unversicherte Hausarbeit ermöglicht wird, und daher ein strukturelles Problem der gesellschaftlichen Ordnung von Sozialbeziehungen vorliegt.

## V. Intersektionalität

Wohl kaum ein anderes Bekleidungsstück hat in den letzten Jahren derart für öffentliche Auseinandersetzungen gesorgt wie das religiöse Kopftuch.<sup>217</sup> Das Kopftuch, so argumentiert Asmaa El Idrissi, sei zum Symbol religiöser Fremdheit geworden, ein Symbol mittels der Musliminnen in öffentlichen Diskursen zu Anderen gemacht und nicht als Teil einer multireligiösen deutschen Gesellschaft imaginiert werden.<sup>218</sup> Seit einigen Jahren fordern Musliminnen, die das Kopftuchtragen für sich als religiöse Pflicht definieren, gesellschaftlich und rechtlich gleiche Anerkennung. Sie wenden sich insbesondere dagegen, allein aufgrund ihrer Bekleidungsweise von der Arbeitswelt ausgeschlossen oder in ihrem Berufsalltag benachteiligt zu werden.<sup>219</sup>

Man könnte nun das Kopftuch unter der Maßgabe religiöser Freiheit und Gleichheit diskutieren und fragen, ob nicht eine »Gleichheit ohne Angleichung«<sup>220</sup> die Akkommodierung von religiöser Differenz und nicht die Assimilierung an eine hegemonial-christliche Normalität erfordert.<sup>221</sup> In diesem Abschnitt soll das Kopftuch aber allein als Beispiel

217 *Berghahn u. a.*, Der Stoff, aus dem Konflikte sind; *El Idrissi*, Der juristische Umgang mit religiöser Fremdheit; *Frankenberg*, Comparative Law as Critique; *Steinberg*, Kopftuch und Burka; allgemeiner zur Religionsfreiheit und Geschlechternormkonflikten aus völkerrechtlicher Perspektive *Lembke*, in: dies., Religionsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter.

218 *El Idrissi*, Der juristische Umgang mit religiöser Fremdheit.

219 Zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: BAG, Urteil v. 10.10.2002, 2 AZR 472/01 (kein willkürliches Kopftuchverbot durch Arbeitgeber\*innen); EuGH, Urteil v. 14.3.2017 (GC), C-157/15, *Achbita*; Urteil v. 14.3.2017 (GC), C-188/15, *Bouagnaoui*. Zum kirchenrechtlichen Arbeitsverhältnis: BAG, Urteil v. 24.9.2014, 5 AZR 611/12, (Kopftuchverbot am Arbeitsplatz als hinnehmbare funktionale, zeitliche und räumliche Beschränkung). Zum Beamtenrecht: HessStGH, Urteil v. 10.12.2007, P.St.2016, siehe Sondervotum von Hess-StGH-Richter Lang, das die Toleranz als Erziehungsziel der Hessischen Verfassung in den Vordergrund rückt (Art. 56 Abs. 4 HV, Duldsamkeit); BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.6.2017, 2 BvR 1333/17 (Eilentscheidung zu § 45 HessBeamtG und dem Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen in Hessen); VG Augsburg, Urteil v. 30.6.2016, Au 2 K 15.457 (Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen ohne gesetzliche Grundlage unzulässig); KG Berlin, Urteil v. 9.10.2012, (3) 121 Ss 166/12 (120/12) (kopftuchtragende Schöffin zulässig); VG Düsseldorf, Urteil v. 8.11.2013, 26 K 5907/12 (kein Hindernis für Beamtenstelle im allgemeinen Verwaltungsdienst).

220 *Gerhard*, Gleichheit ohne Angleichung.

221 Mangold stellt zwei Lösungswege gegenüber: Assimilierung an das Normalmodell oder Akkommodierung unterschiedlicher Bedürfnisse für einen

dienen, um vertiefter dem Instrument einer intersektionalen Rechtsanalyse und damit multidimensionalen Anerkennungskämpfen nachzugehen. Da die Beschränkung der Religionsfreiheit durch Neutralitätsgebote nicht von den konkreten ökonomischen Ungleichheiten, Geschlechterbeziehungen und Migrationserfahrungen trennbar ist, soll eine intersektionale Perspektive die ökonomische, geschlechtliche und rassifizierende Dimension der Kopftuchdiskussion sichtbar machen und plausibilisieren, dass es um verschiedene Anerkennungsformen, um Umverteilung beruflicher Chancen und die Repräsentation bzw. Sichtbarkeit in der Öffentlichkeit geht. Methodisch geht es bei Intersektionalität also um eine Adressierungsweise, die gesellschaftliche Ungleichheit in ihrer Komplexität zu einer Verfassungsfrage macht.

Das Kopftuch wurde im Kontext der Schule zweimal von den Senaten des Bundesverfassungsgerichts anhand der Religionsfreiheit verhandelt.<sup>222</sup> Im Juli 2017 erging zudem eine Kammerentscheidung im Eilrechtsschutz, mit der sich eine hessische Rechtsreferendarin gegen ihre Benachteiligung erfolglos wehrte.<sup>223</sup> Nachdem im ersten Kopftuchurteil das Bundesverfassungsgericht entschieden hatte, dass es in den Entscheidungsspielraum der Landesgesetzgebungen falle, die Religionsfreiheit von Lehrpersonal mit dem staatlichen Neutralitätsgebot und den Rechten von Schüler\*innen und Eltern in Einklang zu bringen, dass für ein Verbot jedoch in jedem Fall eine gesetzliche Grundlage erforderlich sei,<sup>224</sup> haben einige Länder Neutralitätsvorschriften erlassen. Die Regelung aus Nordrhein-Westfalen, die Gegenstand der zweiten Kopftuch-Entscheidung wurde, verbot religiöse Bekundungen, die dazu geeignet sind, den Schulfrieden zu gefährden und sah gleichzeitig eine Privilegierung abendländisch-christlicher Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen – also der christlichen und jüdischen Religionen – vor.<sup>225</sup>

Zwar bildet in dieser zweiten Entscheidung die Religionsfreiheit der zwei Beschwerdeführerinnen den zentralen Maßstab für die verfassungsrechtliche Frage, ob Lehrerinnen und pädagogischen Angestellten das Tragen des Kopftuchs im Unterricht versagt werden darf,<sup>226</sup> dennoch finden sich kurze Hinweise auf eine intersektionale Analyse, die den Zusammenhang von Religion, Klasse (1.) und Geschlecht (2.) sichtbar

diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt, *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 203 ff.

222 BVerfGE 108, 282, *Kopftuch I* (2003); 138, 296, *Kopftuch II* (2015).

223 BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.6.2017, 2 BvR 1333/17.

224 BVerfGE 108, 282, *Kopftuch I* (2003).

225 BVerfGE 138, 296, *Kopftuch II* (2015).

226 Und kommt zum Schluss, dass das Kopftuch nicht mit einer abstrakten Gefährdung des Schulfriedens gleichgesetzt werden könne, sondern eine konkrete Gefährdung erforderlich ist, ebenda, S. 327; für eine kommunale KiTa, BVerfG, Kammerbeschluss v. 18.10.2016, 1 BvR 354/11, Rn. 55.

macht. In der folgenden Darstellung werden diese Hinweise aufgegriffen und um die Kategorie der Rasse (3.) ergänzt. Schließlich wird auf den Einwand staatlicher Neutralität eingegangen (4.).

## 1. Klasse: Zugang zu qualifizierten Berufen

In der zweiten Kopftuch-Entscheidung gibt das Bundesverfassungsgericht einen Hinweis auf die ungleichen ökonomischen Konsequenzen des Neutralitätsgebots in der Schule. Die Schwere des Eingriffs in die Religionsfreiheit wird mit der Berufsfreiheit von muslimisch gläubigen Lehrerinnen und Pädagoginnen untermauert, denn ein Kopftuchverbot hätte ein absolutes Zugangshindernis zum Lehramtsberuf zur Folge: »Dass auf diese Weise derzeit faktisch vor allem muslimische Frauen von der qualifizierten beruflichen Tätigkeit als Pädagoginnen ferngehalten werden, steht zugleich in einem rechtfertigungsbedürftigen Spannungsverhältnis zum Gebot der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG).«<sup>227</sup> Es wird zwar nicht weiter ausgeführt, jedoch ist die ökonomische Dimension des Kopftuchverbots nicht zu unterschätzen, da es sich beim Lehramt um einen Beruf handelt, der sozialen und wirtschaftlichen Aufstieg, finanzielle Sicherheit und Eigenständigkeit (auch jenseits der Ehe) sowie die Vereinbarkeit von Familie und Beruf bedeuten kann. Daher ist das Lehramt gerade für Frauen ökonomisch attraktiv. Wird durch neutral formulierte gesetzliche Regelungen faktisch das Tragen von religiösen Symbolen bzw. Kopftüchern in der Schule verboten – denkbar wären auch Verbote für das Richterinnenamt oder andere Beamtinnenstellen –, dann bedeutet dies den effektiven Ausschluss von Musliminnen, die das Kopftuchtragen für sich als verpflichtende Glaubensregel verstehen, aus qualifizierten Berufsfeldern. Das Kopftuch ist daher nicht nur eine Frage der Religionsfreiheit, sondern auch eine vergeschlechtlichte Klassenfrage. Dass das Kopftuch erst zu einem Zeitpunkt gesellschaftspolitisch relevant und als patriarchal-fundamentalistisches Symbol kritisiert wird, zudem Musliminnen nicht mehr überwiegend als Reinigungskräfte tätig sind, sondern in qualifizierte Berufsfelder aufstreben und dort Sichtbarkeit erlangen wollen, mag dies unterstreichen.<sup>228</sup> Die verschiedenen Ungleichheitsdimensionen des Kopftuchverbots werden daher erst sichtbar, wenn das faktische Kopftuchverbot nicht nur aus religiöser Anerkennungsperspektive, sondern auch aus der Perspektive der Umverteilung beruflicher Chancen und der Repräsentation in qualifizierten gesellschaftlichen Positionen betrachtet wird.

227 BVerfGE 138, 296 (332 f.), *Kopftuch II* (2015).

228 *Balibar*, in: ders./Wallerstein, *Der »Klassen-Rassismus«*.



## 2. Geschlecht: die andere Geschlechterperformance

Ausführlicher geht das Bundesverfassungsgericht in der zweiten Kopftuch-Entscheidung auf die faktische Benachteiligung von Frauen ein. Das landesrechtliche Verbot führe zu einer Benachteiligung von Frauen, weil die pädagogische Tätigkeit im Schuldienst von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die faktisch ganz überwiegend Frauen nicht erfüllen können. Indem die geschlechtsneutrale Formulierung eine Ausnahme für die christliche und jüdische Religion vom Bekundungsverbot vorsehe, würde das Verbot derzeit nur sehr wenige Männer, wie etwa turbantragende Sikhs, treffen.<sup>229</sup> Während der Hessische Staatsgerichtshof hinsichtlich einer ähnlich formulierten hessischen Regelung, trotz ausführlicher Darlegung durch die damalige Landesanwältin Ute Sacksofsky, das Vorliegen einer mittelbare Diskriminierung von Frauen nicht prüfte (also dethematisierte), stattdessen einfach knapp feststellte, dass es eine solche nicht erkennen könne<sup>230</sup> und auch die Erste Kammer des Zweiten Senats in der Eilentscheidung zur hessischen Rechtsreferendarin keine mittelbare Diskriminierung thematisierte,<sup>231</sup> hebt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts konträr dazu die hierarchisierenden Effekte einer solchen Regelung hervor.<sup>232</sup> Er führt dafür eine Perspektive ein, die nicht allein auf das Merkmal Geschlecht abstellt, sondern die aufzeigt, dass eine ganz bestimmte Gruppe von Frauen die Voraussetzungen für den Schuldienst nicht erfüllen können. Würde man nur das Merkmal Frauen betrachten, dann könnte argumentiert werden, dass Frauen im Schuldienst stark vertreten sind und daher das Kopftuchverbot diese Gruppe nicht mittelbar diskriminieren könne. Erst wenn die spezifische Benachteiligungserfahrung von muslimischen Frauen, die das Kopftuch für sich als verpflichtend ansehen, also die Überkreuzung von Geschlecht und Religion, in den Blick genommen wird, dann kann die mittelbare Diskriminierung plausibel sichtbar gemacht werden.

229 BVerfGE 138, 296 (353 f.), *Kopftuch II* (2015).

230 »Die angefochtene Norm ist nicht auf den Anwendungsbereich spezifisch weiblicher Kleidungsstücke, Symbole oder sonstiger Merkmale beschränkt (...). Davon abgesehen kann es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, Bestimmungen zu treffen, die darauf abzielen, Gefahren abzuwehren, die durch ein spezifisch weibliches (umgekehrt auch männliches) Verhalten begründet werden.«, HessStGH, Urteil v. 10.10.2007, P.St.2016, S. 31. Zwei Sondervoten sehen in der Privilegierung der christlichen Religionssymbole und Kleidungsstücke in § 86 Abs. 3 HessSchulG einen Verstoß gegen die staatliche Neutralität, S. 53 ff., 56 ff.

231 BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.6.2017, 2 BvR 1333/17.

232 Die dissidierenden BVerfG-Richter Schluckebier und Hermanns können keine faktische Benachteiligung von Frauen erkennen, weil auch Männern die religiöse Bekundung untersagt sei, BVerfGE 138, 296 (374 f.), *Kopftuch II* (2015).

Aus einer Geschlechterperformance-Perspektive könnte man überlegen, ob es sich bei den Neutralitätsregeln nicht sogar um eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handelt. Die Neutralitätsgesetze sind zwar geschlechtsneutral formuliert, sie richten sich ihrer Entstehungsgeschichte und auch der Verwaltungspraxis nach jedoch ausdrücklich gegen das Kopftuch.<sup>233</sup> Das Kopftuch hat in der öffentlichen Debatte gerade deswegen Irritationen ausgelöst, weil dieses Stück Stoff die Normalität christlich-westlicher Geschlechterperformances herausfordert und eine alternative Weiblichkeit inszeniert. Das Kopftuchtragen ist also eine durch und durch weibliche Praxis. Einige Musliminnen interpretieren das Kopftuch daher als Ausdruck ihrer sexuellen Selbstbestimmung.<sup>234</sup> Kopftuchverbote in der Arbeitswelt und die daraus resultierende Benachteiligung basieren demgegenüber auf der Ablehnung auf diese Art und Weise Weiblichkeit auszudrücken.<sup>235</sup> Auf diesen Aspekt geht das Bundesverfassungsgericht nur mittelbar ein als es die pauschale Gleichsetzung des Kopftuches mit einer Nichtanerkennung der Gleichberechtigung von Mann und Frau zurückweist und im Anschluss an die Nacharbeits-Entscheidung wiederholt, dass staatlicher Schutz nicht in Benachteiligung umschlagen dürfe.<sup>236</sup>

### 3. Rasse: antimuslimische Hierarchisierung

Die Einbeziehung der ökonomisch-geschlechtlichen Effekte eines Kopftuchverbots ist weiterführend, weil sie erst die vielfältigen Dimensionen von Ungleichheitserfahrungen sichtbar macht. Da Musliminnen oft als Migrantinnen und »Nicht-Deutsche« wahrgenommen werden, sind Kopftuchkritiken nicht nur mit Geschlecht und Klasse, sondern auch mit rassistischen Zuschreibungen verbunden.<sup>237</sup> Die Dimension der rassistischen Hierarchisierung bleibt in der zweiten Kopftuch-Entscheidung

233 Das Verbot des Kopftuchs wurde in NRW und Hessen als die wesentliche Gesetzesbegründung genannt, Gesetzentwurf der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP, Erstes Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen, LTDrucks. 14/569, 31.10.2005, S. 1; Gesetzentwurf der Fraktion der CDU für ein Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität, Drucks. 16/1897 neu, 10.2.2004, S. 1.

234 *El Idrissi*, Der juristische Umgang mit religiöser Fremdheit.

235 *Holzleithner*, in: Homel/Scherr, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, S. 110.

236 BVerfGE 138, 296 (354), *Kopftuch II* (2015)

237 Zu rassistischen Zuschreibungen in verschiedenen Gerichtsentscheidungen und zu kopftuchtragenden, weißen Konvertitinnen, *Barskanmaz*, in: Berghahn/Rostock/Nöhring, Das Kopftuch als das Andere, S. 374 ff., 376 ff.

zwar unberücksichtigt, die verfassungsrechtliche Adressierung des Kopftuchs ist jedoch mit hierarchisierenden Argumentationsmustern durchzogen.

Wer die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts liest, mag diese nicht als rassistisch argumentierend lesen, da es weder um nationalsozialistische Positionen noch um körperliche Merkmale oder ähnliches, sondern um Religion geht. In der Rassismusforschung wird jedoch argumentiert, dass es sich bei Rassismus um eine soziale Praxis handelt, die die Ungleichbehandlung, den Ausschluss oder die Abwertung von Menschen legitimiert, obwohl die Gesellschaft von einer prinzipiellen Gleichheit aller Menschen ausgeht. Es handelt sich dabei also um kein biologisch definiertes Phänomen. Vielmehr weisen rassistische Zuschreibungen kulturelle, ethnisierende, religiöse und geschlechtliche Dimensionen auf und plausibilisieren auf diese Weise den Ausschluss bestimmter Gruppen von materiellen und symbolischen Ressourcen.<sup>238</sup>

In der gegenwärtigen Form des Rassismus geht es weniger um Gene und Vererbung als um die Kulturalisierung und Ethnisierung von Gruppenzugehörigkeiten. Étienne Balibar und Stuart Hall sprechen daher von einem Rassismus ohne Rassen bzw. von einem Kulturrassismus. Dieser artikuliere eine kulturell begründete Abwertung von Menschen durch die Konstatierung einer unaufhebbaren kulturellen Differenz zur Mehrheitskultur. Diese Markierung einer unüberbrückbaren kulturellen Differenz diene in westlichen Einwanderungsgesellschaften dazu, Zugehörigkeit und Identität über ein kulturelles *Othering* zu verhandeln.<sup>239</sup>

Über die Anrufung einer gemeinsamen abendländisch-christlichen Identität findet die Abgrenzung zu Migrant\*innen oder Nachfahren von Migrant\*innen statt, die seit den 1980er Jahren in Deutschland weniger über »Gastarbeiter«, »Ausländer« oder »Südländer«, sondern zunehmend über die religiöse Kategorie der »Muslime« funktioniert.<sup>240</sup> Die Kulturalisierung des Islams wird von der Rassismusforschung daher als antimuslimischer Rassismus beschrieben, der in der Kultur des Islams den Grund für eine fundamentale Differenz zur Mehrheitskultur sieht und diese auch auf die persönlichen – bei Lehrerinnen und Rechtsreferendarinnen auch intellektuellen – Eigenschaften von Muslim\*innen bezieht.<sup>241</sup> In diesem Rassismus wird »der Islam« zum Diffe-

238 Hall, in: Rätzl, Rassismus als ideologischer Diskurs, S. 7; Rommelsbacher, in: Melter/Mecheril, Was ist eigentlich Rassismus?

239 Balibar, in: ders./Wallerstein, Gibt es einen »Neo-Rassismus«?, S. 28, 31 f.; Hall, in: Rätzl, Rassismus als ideologischer Diskurs, S. 11, 13 ff.

240 Zu den historischen Brüchen und Kontinuitäten Shooman, ... weil ihre Kultur so ist, Kap. 2.

241 Zum Begriff des antimuslimischen Rassismus Attia, Die »westliche Kultur« und ihr Anderes, S. 11 ff.

renzierungsmerkmal, das das »Wesen« aller Muslime zu durchdringen und sich wie eine biologische Eigenschaft von einer Generation auf die andere weiter zu vererben scheint; die naturalisierte Andersheit als in der Natur eingeschrieben wird zur Legitimationsgrundlage für gesellschaftliche und rechtliche Hierarchisierungen.<sup>242</sup> Diese kulturelle Abwertung geht zudem mit einer Ethnisierung von Muslim\*innen einher: Muslim-Sein bedeutet ungleich Deutsch-Sein, also eine andere »Ethnie«, zu sein.<sup>243</sup>

Der antimuslimische Rassismus zeichnet sich durch die Verknüpfung verschiedener Narrative um die unüberbrückbare Andersartigkeit von Muslim\*innen aus. Das Kopftuch ist dafür zum Symbol geworden. Mit dem Kopftuch wird im deutschen Diskurs ein frauenunterdrückender, rückschrittlicher und antidemokratischer Islam, der zum Fundamentalismus und Terrorismus neigt, verbunden und auf diese Weise ein Bild einer geschlechtergerechten, fortschrittlichen und demokratischen Mehrheitsgesellschaft gezeichnet.<sup>244</sup> Leila Ahmed zeigt die kolonialen Wurzeln dieses westlichen Kopftuch-Diskurses auf. Schon zu Kolonialzeiten diente das Kopftuch dazu, die arabische Welt als frauenfeindlich und rückschrittlich zu charakterisieren und mit der Befreiung der verschleierte Frau durch deren Entschleierung einen Legitimationsnarrativ für die britische Kolonialmacht zu generieren. Die auch heute geforderte Entschleierung der »anderen Frau« als zivilisatorische Politik blickt also auf eine koloniale Entstehungsgeschichte zurück.<sup>245</sup> Damit geht einher, dass die christliche Kultur als »Vorbild für Modernisierung und Säkularisierung« gedeutet wird und der Islam einer Religionskritik bedarf.<sup>246</sup> Als Religionskritik formuliert bleibt der Ausschluss und die Hierarchisierung von Muslim\*innen nachvollziehbar und erscheint in der öffentlichen Wahrnehmung als wenig problematisch. Die binäre Gegenüberstellung einer fortschrittlichen, christlich-abendländischen und einer rückschrittlichen, muslimisch-morgenländischen Kultur ist somit konstitutiv für den antimuslimischen Rassismus. Dass diese Gegenüberstellung regelmäßig nicht als rassistisch kritisiert wird, verweist darauf, wie sehr hierarchische

242 *Rommelsbacher*, in: Melter/Mecheril, Was ist eigentlich Rassismus?, S. 28.

243 *Shooman*, ... weil ihre Kultur so ist, S. 67.

244 *Attia*, in: Ucar, Islamkritik zwischen Orientalismus, Postkolonialismus und Postnationalsozialismus.

245 *Ahmed*, Women and Gender in Islam, S. 144 ff.; einen kurzen Überblick zur Entschleierungspolitik gibt *Barskanmaz*, in: Berghahn/Rostock/Nöhning, Das Kopftuch als das Andere, S. 368 ff. Spivak hat dies auf den prägnanten Satz gebracht: »white men are saving brown women from brown men«, *Spivak*, in: Chrisman/Williams, Can the Subaltern Speak?, S. 92.

246 *Attia*, in: Ucar, Islamkritik zwischen Orientalismus, Postkolonialismus und Postnationalsozialismus, S. 113.

Deutungsmuster zum selbstverständlichen Bestandteil der westlichen Gesellschaften geworden sind.<sup>247</sup>

Untersucht man die Verfassungspraxis, dann zeigen sich rassistische Argumentationsmuster bei den Konflikten um das Kopftuch in der Schule und im Gerichtssaal darin, dass einer kopftuchtragenden Muslima die erforderliche Professionalität für die Berufsausübung bzw. die Eignung und Befähigung für das öffentliche Amt (Art. 33 Abs. 2 GG) allein wegen der Sichtbarkeit ihrer Religionszugehörigkeit abgesprochen und sie daher weder in gleicherweise als handlungsfähig-kompetentes Subjekt noch in gleicherweise als Teil der Allgemeinheit bewertet wird. Die sichtbare muslimische Religionszugehörigkeit wird als fundamentaler Widerspruch zur demokratischen Ordnung dargestellt.

In schwächerer Form zeigt sich dies in der Mehrheitsmeinung der ersten Kopftuch-Entscheidung, weil hier das Kopftuch jedenfalls auch als »politisches Symbol des islamischen Fundamentalismus« beschrieben wird, »das die Abgrenzung zu Werten der westlichen Gesellschaft, wie individuelle Selbstbestimmung und insbesondere Emanzipation der Frau, ausdrückt«<sup>248</sup> und die Bewertung darüber, ob im Kopftuch ein Eignungsmangel für das Lehramt zu sehen ist, mit dem polizeilichen Gefahrenbegriff und dem objektiven Empfängerhorizont konkretisiert wird.<sup>249</sup> Das Kopftuch wird daher in unhinterfragter Weise als potentiell gefährlich und konfliktträchtig charakterisiert und die Deutungshoheit über die Symbolik des Kopftuchs von der Kopftuchträgerin auf die Schulbehörde, die Schulkinder und die Eltern verschoben, denn es liege im objektiven Empfängerhorizont, welche Wirkung das Kopftuch entfalte.<sup>250</sup>

In deutlich stärkerer Form zeigt sich die Hierarchisierung von kopftuchtragenden Lehrerinnen in der abweichenden Meinung der Richter Hans-Joachim Jentsch, Udo Di Fabio und Rudolf Mellinghoff zur ersten Kopftuch-Entscheidung. Darin argumentieren sie, dass kopftuchtragende

247 *Shooman*, ... weil ihre Kultur so ist, S. 61; *Attia*, in: Ucar, *Islamkritik zwischen Orientalismus, Postkolonialismus und Postnationalsozialismus*; ein Beispiel für ein kulturelles *Othering* aus dem Rechtsdiskurs liefern *Ladeur/Augsberg*, *Toleranz – Religion – Recht*, S. 124 ff.

248 BVerfGE 108, 282 (304), *Kopftuch I* (2003).

249 Ebenda, S. 305 ff.

250 *Barskanmaz*, in: Berghahn/Rostock/Nöhring, *Das Kopftuch als das Andere*, S. 378 ff. Der Maßstab des BVerfG hat sich teilweise in den später erlassenen Neutralitätsnormen niedergeschlagen, z. B. § 83 Abs. 6 S. 2 HessSchulG: »Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden in der Schule zu gefährden.« Fast wortgleich § 45 Abs. 2 S. 2 HessBeamtG.

Lehrerinnen allgemein keine Gewähr für eine neutrale Amtsführung bieten und daher generell nicht die Eignung nach Art. 33 Abs. 2 GG für den Schuldienst aufweisen.<sup>251</sup>

Um dies zu begründen, gehen die Bundesverfassungsrichter zunächst von der demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung aus, in der das gesetzgebundene Beamtentum den demokratischen Volkswillen verwirklichte und die Freiheit der Bürger\*innen achte. Die demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung erfordere eine neutrale Amtsführung und verpflichte die Beamt\*innen zu Mäßigung und Zurückhaltung. Die Beamt\*innen müssen daher die persönliche Gewähr dafür bieten, ein »neutrales, nicht provozierendes oder herausforderndes Verhalten« an den Tag zu legen; ein Verhalten, das »objektiv geeignet ist, zu Konflikten oder Behinderungen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu führen«, stelle daher einen Verstoß gegen die Dienstpflicht dar.<sup>252</sup>

Das von der Beschwerdeführerin begehrte »kompromisslose Tragen des Kopftuchs« überschreite aber diese Neutralitäts- und Mäßigungspflicht.<sup>253</sup> Es sei objektiv dazu geeignet, Hindernisse im Schulbetrieb und grundrechtliche Konflikte zu provozieren. Zum einen lasse es Zweifel an der persönlichen Eignung zu: Aus der »Rigidität«, also der Weigerung auf das Kopftuch zu verzichten, entstünden »Zweifel an der vorrangigen Loyalität (...) zu den politischen Zielen des Dienstherrn und der Werteordnung des Grundgesetzes auch in einem möglichen Konflikt mit religiösen Überzeugungen des Islams«. <sup>254</sup> Das Kopftuch lasse daher an der »professionellen Distanz in politisch, religiös oder kulturell umstrittenen Themen« zweifeln.<sup>255</sup> Zum anderen sei das Kopftuch eine objektiv naheliegende Konfliktquelle im Schulalltag: »Dies ist der Fall, weil das Kopftuch offenkundig (...) auch als Symbol des politischen Islamismus mit starkem Symbolgehalt aufgeladen ist« und konträr zum Gleichberechtigungsgesetz auf die untergeordnete Rolle von Frauen gegenüber Männern verweise.<sup>256</sup> Daher ginge die vom Grundgesetz vorgegebene Akzeptanz religiös-weltanschaulicher Pluralität nicht so weit, dass die grundgesetzliche »Offenheit und Toleranz (...) solchen

251 BVerfGE 108, 282 (320 ff.), *Kopftuch I* (2003). »Zur Eignung zählt nicht nur die Gewähr, dass der Beamte den fachlichen Aufgaben gewachsen ist, sondern auch, dass er in seiner Person die grundlegenden Voraussetzungen erfüllt, die für die Wahrnehmung eines übertragenen öffentlichen Amtes unabdingbar sind. Zu diesen Voraussetzungen, die Art. 33 Abs. 5 GG mit Verfassungsrang schützt, rechnet die Gewähr für eine neutrale Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben des Beamten.«, S. 321.

252 Ebenda, S. 323 f.

253 Ebenda, S. 325.

254 Ebenda, S. 327.

255 Ebenda, S. 328.

256 Ebenda, S. 332 ff.

Symbolen Eingang in den Staatsdienst« eröffnen, »die herrschende Wertmaßstäbe herausfordern.«<sup>257</sup>

Im Symbol des Kreuzes sehen die dissidierenden Bundesverfassungsrichter demgegenüber keine Gefährdung der Neutralität des Staates und des Beamtentums, sondern eines der Toleranz und der zivilisierten Kulturentwicklung: »Zu sehr ist das Kreuz über seine religiöse Bedeutung hinaus ein allgemeines Kulturzeichen für eine aus jüdischen und christlichen Quellen gespeiste wertgebundene, aber offene und durch reiche, auch leidvolle historische Erfahrung tolerant gewordene Kultur.«<sup>258</sup> In dieser Binarität beschreiben die Richter auch die streitenden Parteien: Während die Schulbehörde im Eignungsgespräch durchaus Verständnis für die Glaubensüberzeugung der Beschwerdeführerin gezeigt habe, hätte diese keinerlei Verständnis für die staatliche Neutralität aufgebracht. Die Betroffene wird daher als tendenziell irrational beschrieben (Kompromisslosigkeit und Rigidität des Kopftuchtragens).

Die Richter argumentieren hier aus einer Perspektive einer deutsch-kulturellen, christlichen Mehrheitsgesellschaft, die sich gegen Anerkennungs- und Umverteilungsforderungen der Anderen stellt, indem sie die Mehrheitsgesellschaft zu einer post-patriarchalen, aufgeklärten und fortschrittlichen stilisieren und die Andersgläubigen tendenziell für rückschrittlich, frauenfeindlich, politisch radikal und somit unfähig für den öffentlichen Dienst konstruieren.<sup>259</sup> Daher wundert es nicht, dass die Erörterung des Art. 33 Abs. 3 GG schlicht fehlt. Dieser besondere Gleichheitssatz garantiert den Zugang zu öffentlichen Ämtern unabhängig vom religiösen Bekenntnis und konstatiert, dass aus der Zugehörigkeit zu einem Bekenntnis keine Nachteile erwachsen dürfen. Methodisch bleiben dieser Gleichheitssatz und die Ungleichheitserfahrung der Betroffenen dethematisiert.

Die in dem Sondervotum zum Ausdruck gebrachte ausschließende Hierarchisierung von Musliminnen lässt sich bereits in der Begründung der Neutralitätsnorm finden. So steht im Gesetzesentwurf, dass das Tragen eines muslimischen Kopftuchs im Unterricht unstatthaft sein soll, »weil zumindest ein nicht unerheblicher Teil seiner Befürworter damit eine mindere Stellung der Frau in Gesellschaft, Staat und Familie oder eine fundamentalistische Stellungnahme für ein theokratisches Staatswesen« verbindet.<sup>260</sup>

257 Ebenda, S. 333.

258 Ebenda, S. 330.

259 *Lembke/Liebscher*, in: Meier u.a., Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?, S. 273 f.

260 Gesetzesentwurf der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP, Erstes Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen, LT-Drucks. 14/569, 31.10.2005, S. 8.

Auf die dem Kopftuch scheinbar anhaftenden Gefahren stellt auch der Beschluss der Ersten Kammer des Zweiten Senats zum Eilantrag einer hessischen Rechtsreferendarin ab. Sie wendete sich gegen ihren, allein mit ihrem Tragen des Kopftuches begründeten, Ausschluss von der Richterinnenbank, der gerichtlichen Sitzungsleitung, der staatsanwaltlichen Sitzungsvertretung und der Leitung eines Anhörungsausschusses. Da sich aus diesem Ausschluss kein konkreter Nachteil ergebe, lehnte die Kammer den Eilrechtsschutz ab und wertete die staatliche Neutralität und die negative Religionsfreiheit der Prozessbeteiligten in der Folgenabwägung als gewichtiger als den räumlichen Verweis der Rechtsreferendarin auf die Zuschauerbank.<sup>261</sup> Kopftuchtragende Juristinnen, so der Beschluss wie schon in der ersten Kopftuch-Entscheidung, könnten wegen ihrer öffentlich sichtbaren Religionszugehörigkeit die staatliche Neutralität gefährden und seien daher keine geeigneten Repräsentantinnen des Staates.<sup>262</sup> Während in der zweiten Kopftuch-Entscheidung eine abstrakte Betrachtungsweise und eine Gleichsetzung von Kopftuch mit fehlender Eignung für den Schulkontext zurückgewiesen wurden, scheint dies für den repräsentativ-staatlichen Bereich der Justiz wieder plausibilisiert werden zu können. Die kopftuchlose Normalität der Mehrheitskultur scheint hier zu bestimmen, was als neutral wahrgenommen wird und was nicht.<sup>263</sup> Ironischerweise endet der Beschluss mit einem Verweis auf die fundamentale Bedeutung der Religionsfreiheit und deren Verbindung zur Menschenwürde. Diese müsse extensiv ausgelegt werden. Die extensive Auslegung bezieht sich allerdings auf die negative Religionsfreiheit der als Angehörige der Mehrheitskultur imaginierten Prozessbeteiligten – und nicht auf die positive Religionsfreiheit der muslimischen Rechtsreferendarin.

#### 4. Und die staatliche Neutralität? Inklusive – exklusive Ordnung

Eine rein auf die individuelle Glaubensfreiheit eines klassenlosen, geschlechtslosen und herkunftslosen Subjekts beschränkte Argumentation

261 Samour zieht daher eine Parallele zu Rosa Parks, *Samour*, Rechtsreferendarin mit Kopftuch.

262 BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.6.2017, 2 BvR 1333/17, Rn. 50 f.

263 Eine unzulässige Gleichsetzung von Neutralität mit Normalität kritisiert Mangold: »Als ›neutral‹ gilt in unserem Falle das, was objektiv betrachtet nicht das Vertrauen in die Neutralität beeinträchtigt, also das, was aus einer Mehrheitsperspektive ›normal‹ erscheint. Das Kopftuch erscheint nicht ›normal‹, deswegen wird es auch nicht als ›neutral‹ gelesen.«, *Mangold*, *Justitias Dresscode*.



kann die mehrdimensionale Ungleichheitserfahrung, die mit dem Kopftuch verbunden ist, schnell aus dem Blick verlieren. Ebenso verliert eine an Ordnung orientierte Perspektive gesellschaftliche Ungleichheitsverhältnisse aus dem Blick, wenn staatliche Neutralität als Institution gegen eine Subjektivierung des Religionsverfassungsrechts verteidigt und nicht die Frage nach der Inklusivität und Exklusivität der Ordnung gestellt wird.<sup>264</sup>

So kritisiert beispielsweise Karl-Heinz Ladeur, dass Religionsfreiheit nicht mehr institutionell als Kollisionsregel für gesellschaftliche Selbstorganisationsprozesse, sondern zunehmend als Anspruch Einzelner auf religiöse Identität gedeutet wird.<sup>265</sup> Diese Perspektive verkennt, dass es bei Konflikten um Religiosität in der Öffentlichkeit nicht nur um individuelle Selbstverwirklichung, sondern auch um die Exklusivität staatlicher Ordnung geht.<sup>266</sup> Denn die »Teilnahme« an ausdifferenzierten Sozialsystemen setzt einen »gleichen Zugang« zu diesen voraus. Darauf macht Helen Irving mit ihrem Konzept der *constitutional opportunity structures* aufmerksam, bei dem es gerade nicht um subjektive Rechte, sondern vielmehr um die inklusive oder exklusive Ausgestaltung von staatlichen Institutionen geht. Auch Ordnung kann institutionell inklusiver und exklusiver konzipiert werden: So kann die Institution der staatlichen Neutralität laizistisch als Unterbindung religiöser Sichtbarkeit oder aber pluralistisch als gleichberechtigte Sichtbarkeit verschiedener Religionen gedeutet werden. Art. 33 Abs. 3 GG, nachdem der Zugang zu öffentlichen Ämtern und zum öffentlichen Dienst unabhängig vom religiösen Bekenntnis besteht, sowie die vom Bundesverfassungsgericht für christliche Konfliktlagen entwickelte offene und fördernde religiös-weltanschauliche Neutralität sprechen für ein pluralistisches Verständnis staatlicher Neutralität. Aber genau diese Einsicht, dass verfassungsrechtliche Institutionen durch die Perspektive der Mehrheitskultur geprägt sind und daher nicht unabhängig von kulturellen Ungleichheitsbeziehungen bestehen, fehlt in einer Perspektive wie sie Ladeur vertritt.

264 Ein Recht auf öffentliche Sichtbarkeit postuliert z. B. Arndt, Das Problem der Diskriminierung, Kapitel zum Kopftuch.

265 Ladeur, Cardozo Law Review 2008, 2445; Ladeur, Bitte weniger Rechte!; Ladeur/Augsberg, Toleranz – Religion – Recht.

266 Ladeur, Cardozo Law Review 2008, 2445. Seine Kritik der Subjektivierung der Religionsfreiheit speist sich aus einer Kritik des Abwägungsdenkens: »The consequences of this evolution can be observed in the transformation of the legal system, whose objective abstract and universal structures are increasingly replaced or supplemented by situational ›balancing‹ on a case-by-case basis, in which individual and general elements are entangled in a horizontal network of new ›rights‹ to self-fulfillment and satisfaction of needs, instead of constitutional rights to participate in the trans-subjective networks of the differentiated social systems.«, S. 2463.

## 5. Zusammenfassung

Der Konflikt um das Kopftuch im öffentlichen Dienst, aber ebenso in privatrechtlichen und kirchenrechtlichen Arbeitsverhältnissen, geht über die Religionsfreiheit hinaus. Es geht um die Aushandlung von kultureller und ökonomischer Gleichheit, die sich um Zugehörigkeit, Privilegien der Mehrheitsgesellschaft, öffentliche Sichtbarkeit und alternative Weiblichkeit in der Migrationsgesellschaft dreht.

Methodisch fokussiert eine intersektionale Rechtsanalyse, dies zeigen die Ansätze im zweiten Kopftuch-Urteil, die vielfältigen benachteiligenden Effekte für die kopftuchtragenden Beschwerdeführerinnen. Zugleich zeigen das erste Kopftuch-Urteil und die Eilentscheidung zur Rechtsreferendarin, dass hier die Perspektive der gesellschaftlichen Normalität – der Mehrheitsgesellschaft – dominiert, die sich vor Irritationen durch die Anderen schützen will. Für die Adressierung verschränkter Ungleichheitsachsen, dies zeigt der Vergleich dieser Entscheidungen, ist also eine relationale Methodik maßgeblich, die die Perspektive der hegemonialen Normalität auf die der Betroffenen verschiebt sowie die Normen und Deutungsmuster der Mehrheitsgesellschaft in Relation zu deren exkludierenden Effekten setzt.

Der Europäische Gerichtshof hat im Jahr 2017 für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse entschieden, dass Unternehmen durch eine verhältnismäßige betriebliche Neutralitätsregelung Musliminnen untersagen können, das Kopftuch am Arbeitsplatz zu tragen, und bei Verstoß eine Kündigung aussprechen dürfen. Dabei scheint das Gericht der Generalanwältin Juliane Kokott zu folgen, die argumentiert, dass religiöse Kleidung konträr zu anderen Ungleichheitskategorien wie Geschlecht, Hautfarbe oder ethnischen Herkunft »an der Garderobe abgeben« werden und daher auf die Freizeit beschränkt werden könne.<sup>267</sup> Hier scheint einerseits eine Renaissance der privat-öffentlich-Distinktion aufzuscheinen, die unternehmerische Freiheiten gegen Gleichbehandlungsforderungen abschirmt. Hier wird andererseits die Schwäche eines religionsorientierten Antidiskriminierungsschutzes im Kontext einer kulturellen Ordnung deutlich, die den christlichen Glauben und dessen Privatisierung als Normalität voraussetzt. Denn die im Zuge der Säkularisierung und staatlichen Ordnungsbildung (jedenfalls außerhalb Deutschlands)<sup>268</sup> erfolgte Privatisierung der Religion steht quer zur öffentlichen Demonstration der Religionszugehörigkeit durch das Kopftuch. Daher könnte es eine Argumentation über

<sup>267</sup> EuGH, Urteil v. 14.3.2017 (GC), C-157/15, *Achbita*; Urteil v. 14.3.2017 (GC), C-188/15, *Bougnououi*; *Arndt*, Das Problem der Diskriminierung, Kapitel zum Kopftuch.

<sup>268</sup> Man denke nur an die Kirchensteuer und den Religionsunterricht in der staatlichen Schule.

die Religion im europarechtlichen Kontext grundsätzlich schwerer haben, sich gegenüber Arbeitgeberinteressen durchzusetzen. Möglicherweise hätte eine Argumentation über andere Ungleichheitsachsen wie das Geschlecht oder die Rasse/Ethnie, wie sie zuvor skizziert wurde, erfolgreicher die Diskriminierung von Musliminnen thematisieren und begründen können.

## VI. UN-Frauenrechtskonvention

Ein in der deutschen Verfassungspraxis noch so gut wie gar nicht genutztes Instrument für eine relationale Perspektive ist das völkerrechtliche Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau der Vereinten Nationen. Die Konvention würde sich als Interpretationsquelle jedoch anbieten, weil sie ein besonderes Augenmerk auf Geschlechterstereotype legt und daher ein Ansatzpunkt für die weitere Ausarbeitung des stereotypensensiblen Maßstabes des Bundesverfassungsgerichts sein könnte.<sup>269</sup>

Die Reproduktionsordnung basiert, wie eingangs dargestellt, ganz wesentlich auf Stereotypen von weiblicher Fürsorge, Emotionalität und Abhängigkeit. Diese Geschlechterstereotype plausibilisieren die existierende Arbeitsteilung und verfestigen die geschlechtliche Codierung von Sorge- und Erwerbsarbeit. Frauen werden durch stereotype Zuschreibungen auf unbezahlte Kindererziehung und Altenpflege sowie ihre Rolle als Teilzeit- und Zuverdienerinnen bzw. Alleinerziehende festgelegt. Genau diesen Zusammenhang zwischen Stereotypen und Geschlechterungleichheit adressiert die Konvention, indem sie Geschlechterstereotype als kulturelle Hürde für Geschlechtergerechtigkeit zum zentralen Anliegen macht. Stereotype Geschlechterrollen, insbesondere die Rollen in der Familie, werden als kulturelle Basis struktureller Frauenungleichheit betrachtet.<sup>270</sup> So steht etwa in der Präambel, dass sich die traditionellen Geschlechterrollen wandeln müssen, »wenn die Gleichstellung von Mann und Frau erreicht werden soll.« Daher soll im letzten Abschnitt dieses Kapitels auf die Konvention eingegangen werden. Dafür wird sie zuerst als Rechtsinstrument vorgestellt (1.), um dann die relevanten Artikel (2.), die Einsatzpunkte für eine konventionsorientierte Auslegung in der Verfassungspraxis (3.) und mögliche Impulse zu skizzieren (4.).

### 1. Umfassendes Diskriminierungsverständnis

Die Menschenrechtserklärungen der Vereinten Nationen reagierten nach dem Zweiten Weltkrieg auf die Gefährdungslagen für das maskuline Subjekt: »Human rights were defined by what men feared would happen to them.«<sup>271</sup> Um auf die spezifischen Diskriminierungserfahrungen

<sup>269</sup> *Rodi*, in: Lembke, Bekämpfung von Geschlechterstereotypen durch die Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen.

<sup>270</sup> *Holtmaat*, Art. 5 CEDAW, in: Rudolf u. a., The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women; *Lembke/Rodi*, *djbZ* 2017, 66; *Rodi*, in: Lembke, Bekämpfung von Geschlechterstereotypen durch die Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen, S. 68 ff.

<sup>271</sup> *Charlesworth*, in: Peters/Wolper, Human Rights as Men's Rights, S. 113.

von Frauen einzugehen und den menschenrechtlichen Schutz dahingehend zu konkretisieren, wurde die Frauenrechtskonvention 1979 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet. Sie trat 1981 völkerrechtlich und 1985 in Deutschland in Kraft.<sup>272</sup> Bis dato haben 189 Staaten die Konvention unterzeichnet.

Die Konvention gilt als Meilenstein in der »Frauenrechte sind Menschenrechte-Geschichte«,<sup>273</sup> weil sie sich nicht auf eine formale Gleichheit beschränkt, sondern die Herstellung tatsächlicher Gleichheit in allen Lebensbereichen fordert. Nach Art. 1 CEDAW ist eine Diskriminierung der Frau »jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Familienstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.« Es geht um jegliche Formen der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, weshalb nicht nur die bürgerlichen und politischen, sondern auch die kulturellen, sozialen und ökonomischen Menschenrechte in der Konvention inkludiert sind. Aufgrund des materialen Gleichheitsverständnisses der Konvention wird geschlussfolgert, dass es für die Bewertung, ob eine Diskriminierung im Sinne der Konvention vorliegt, gerade nicht auf den Vergleich mit einer männlichen Gruppe ankommt, sondern darauf, ob »beabsichtigt oder nicht – die Ausübung der in der Konvention verbrieften Rechte durch Frauen verkürzt oder verhindert wird.«<sup>274</sup>

Darüber hinaus wertet die Konvention das Ergreifen positiver Maßnahmen nicht als Gleichheitsverstoß: »zeitweilige Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der Defacto-Gleichberechtigung von Mann und Frau gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Übereinkommens« (Art. 4 Abs. 1 CEDAW).<sup>275</sup>

Der Schutz durch die Konvention erstreckt sich außerdem auch auf Diskriminierungen durch Private. Dies ist deswegen besonders beachtlich, weil sie zu einer Zeit verfasst wurde, in der sich die Schutzpflichtendimension von Grund- und Menschenrechten noch nicht durchgesetzt hatte. Die Konvention stellte daher schon früh die Trennung von Privatheit und Öffentlichkeit infrage und verpflichtete den Staat umfassend

272 BGBl. II 1985, S. 648.

273 *Rudolf*, in: Lembke, Menschenrechte und Geschlecht, S. 24 ff.

274 *König/Schadendorf*, DÖV 2014, 853 (854).

275 *CEDAW Committee*, General Recommendation No. 25; *Raday*, Art. 4 CEDAW, in: Rudolf u. a., The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women.

gegen private Diskriminierung vorzugehen.<sup>276</sup> Inzwischen ist die völkerrechtliche Schutzdimension durch die Trias *responsibility to respect, protect and fulfil* für alle Menschenrechtspakte anerkannt.

Die Durchsetzung der Konvention wird, wie bei den Menschenrechtsverträgen der Vereinten Nationen üblich, durch einen Fachausschuss überwacht. Dieser besteht aus 23 internationalen Expert\*innen. Ihnen kommt die Aufgabe der kontinuierlichen Konkretisierung der Konvention durch allgemeine Empfehlungen zu (Art. 21 CEDAW). Der Ausschuss geht bei der Interpretation der Konvention von einer kontextualisierenden Perspektive aus und argumentiert für die Reflexion der rechtlichen Maßstabsbildungen: »The lives of women and men must be considered in a contextual way, and measures adopted towards a real transformation of opportunities, institutions and systems so that they are no longer grounded in historically determined male paradigms of power and life patterns.«<sup>277</sup> Die allgemeinen Empfehlungen sind zwar rechtlich nicht verbindlich, dennoch können sie von den nationalen Gerichten als Interpretationshilfen herangezogen werden.

Die Vertragsstaaten müssen vor dem Ausschuss ihre Fortschritte zur Umsetzung der Konvention rechtfertigen. Alle vier Jahre legen sie dem Ausschuss dafür Staatenberichte vor und dieser erteilt mit abschließenden Betrachtungen Handlungsaufträge für die Zukunft (Art. 18 CEDAW). Um die Berichtspflicht zu erleichtern, wurde 2015 eine *list of issues prior to reporting* eingeführt, in denen der Fachausschuss die Themen aufzählt, zu denen die Vertragsstaaten berichten sollen.

Hinsichtlich der Geschlechterbeziehungen in Deutschland hat der Fachausschuss in der abschließenden Betrachtung zum sechsten deutschen Staatenbericht kritisiert, dass es bisher an einer umfassenden Strategie zur Bekämpfung von Stereotypen fehle.<sup>278</sup> Der Ausschuss stellt fest, »that this persistence is reflected in the disadvantaged position of women in a number of areas, including in the labour market and in access to decision-making positions, in their study and professional choices, and in the low participation of men in parental leave.«<sup>279</sup> Dementsprechend fordert der Ausschuss in der *list of reporting* von 2016, Informationen »on the measures taken to eliminate stereotypical images and attitudes regarding the roles of women and men in the mass media, in the family and in society (...), and indicate how those efforts are coordinated among the Länder. (...) Please indicate whether targeted programmes to encourage further diversification of the educational choices of boys and girls

276 Rudolf, in: Lembke, Menschenrechte und Geschlecht, S. 37.

277 CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, Rn. 10.

278 CEDAW Committee, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women – Germany, Rn. 26.

279 Ebenda, Rn. 27.

and enhanced sharing of family responsibilities exist in all *Länder*.<sup>280</sup> Außerdem sollen Informationen über Strategien für die Bekämpfung von Stereotypen über Frauen mit Migrationsgeschichte und transgener Personen geliefert werden. Hinsichtlich des deutschen Arbeitsmarktes interessiert sich der Ausschuss vor allem für das *Gender Pay Gap*, die Überrepräsentation von Frauen in Mini-Job-Verhältnissen sowie in prekären und schlecht vergüteten Arbeitsverhältnissen, für die Altersarmut, für Alleinerziehende und schließlich unbezahlte Familienarbeit.<sup>281</sup>

Der Ausschuss wiederholt seine Besorgnis über die Effekte anhaltender Geschlechterstereotype in seinen abschließenden Betrachtungen zum siebten und achten Staatenbericht Deutschlands. Dabei äußert er sich erneut kritisch zum Ernährermodell und fordert Deutschland auf, die Stereotypen, mit denen sich Mütter im Arbeitsmarkt konfrontiert sehen, zu bekämpfen, mittelbar geschlechtsdiskriminierende rechtliche Regelungen abzubauen und Kinderbetreuungsstrukturen auszubauen. Auch sieht der Ausschuss besondere Schwierigkeiten im Arbeitsmarkt für Frauen mit Migrationserfahrung und Behinderung und legt damit ein Augenmerk auf intersektionale Benachteiligungsstrukturen.<sup>282</sup>

Schließlich existiert seit der Verabschiedung des Fakultativprotokolls durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen im Jahr 1999 die Möglichkeit, nach der innerstaatlichen Rechtswegerschöpfung ein Individualbeschwerdeverfahren vor den Fachausschuss zu bringen. Dieser kann die Beschwerde prüfen, einen Verstoß gegen die Konvention feststellen und dem Vertragsstaat Maßnahmen empfehlen (Art. 2 Optional Protocol).<sup>283</sup> Auch ist es möglich, bei schweren systematischen Verletzungen der Konvention eine Untersuchung durch den Fachausschuss zu beantragen (Art. 8–10 Optional Protocol).

## 2. Geschlechterstereotype im Konventionstext

Die Konvention thematisiert Geschlechterstereotype als Quelle der Geschlechterungleichheit und kritisiert diese als diskriminierende Strukturen. Nach Art. 5 lit. a CEDAW müssen die Vertragsstaaten »alle geeigneten Maßnahmen (treffen), um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen

280 *CEDAW Committee*, List of Issues in Relation to the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Germany, Rn. 7.

281 Ebenda, Rn. 7, 15.

282 *CEDAW Committee*, Concluding Observations on the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Germany, Rn. 35.

283 BGBl. II 2001, S. 1237.

sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen. « Dies geht über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Nacharbeit hinaus, da stereotype Rollenerwartungen nicht nur als unzulässige Gesetzesbegründung bewertet werden, sondern dem Staat eine aktive Rolle in der Bekämpfung und Transformation dieser strukturell-kulturellen Dimension der Geschlechterungleichheit zugesprochen wird. Die Konvention fordert die Vertragsstaaten also nicht nur auf, geschlechtsstereotypes Recht oder geschlechtsstereotype Rechtsanwendungen zu unterlassen, sondern aktiv gegen die bestehenden Stereotypen, auch in der Privatwirtschaft und in den Medien, vorzugehen.

Diese Verpflichtung wird in Art. 5 lit. b CEDAW im Hinblick auf Sorgearbeit konkretisiert. Danach müssen die Vertragsstaaten alle geeigneten Maßnahmen treffen, um zu gewährleisten, dass Sorgearbeit geschlechtergerecht verteilt und die Erziehung in der Familie die Übernahme von Sorgearbeit nicht allein weiblich definiert.<sup>284</sup>

Für den Bildungsbereich bestimmt schließlich Art. 10 lit. c CEDAW, dass jede stereotype Auffassung hinsichtlich der Rollen von Mann und Frau zu beseitigen und insbesondere Lehrbücher, Lehrpläne und Lehrmethoden stereotypensensibel zu gestalten sind.<sup>285</sup>

### 3. Völkerrechtsfreundliches Grundgesetz

Aus der Gesamtschau der grundgesetzlichen Normen hat das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Völkerrechts-

<sup>284</sup> Art. 5 lit. b CEDAW: »um sicherzustellen, dass die Erziehung in der Familie zu einem richtigen Verständnis der Mutterschaft als einer sozialen Aufgabe und zur Anerkennung der gemeinsamen Verantwortung von Mann und Frau für die Erziehung und Entwicklung ihrer Kinder beiträgt, wobei davon ausgegangen wird, dass das Interesse der Kinder in allen Fällen vorrangig zu berücksichtigen ist.«; *Rodi*, in: Lembke, Bekämpfung von Geschlechterstereotypen durch die Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen, S. 56; *Holtmaat*, Art. 5 CEDAW, in: Rudolf u. a., The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women.

<sup>285</sup> Art. 10 lit. c CEDAW: »Beseitigung jeder stereotypen Auffassung in Bezug auf die Rolle von Mann und Frau auf allen Bildungsebenen und in allen Unterrichtsformen durch Förderung der Koedukation und sonstiger Erziehungsformen, die zur Erreichung dieses Zieles beitragen, insbesondere auch durch Überarbeitung von Lehrbüchern und Lehrplänen und durch Anpassung der Lehrmethoden«. Diese Verpflichtung findet Erwähnung bei der Auseinandersetzung um die Errichtung eines Jungengymnasiums vor dem OVG Berl.-Brand., Urteil v. 8.9.2011, OVG 3 B 24.09.



freundlichkeit und daraus abgeleitet ein Gebot zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung entwickelt.<sup>286</sup> Grundgesetzliche und einfachgesetzliche Vorschriften sollen völkerrechtskonform ausgelegt werden, dabei dürfe die Verfassungspraxis völkerrechtlichen Verpflichtungen jedenfalls nicht widersprechen. Während das Bundesverfassungsgericht die Europäische Menschenrechtskonvention anerkennt und ein Berücksichtigungsgebot für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte formuliert hat,<sup>287</sup> hat es die Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen bisher nur äußerst selten und in affirmativer Weise für die Untermauerung der eignen Position herangezogen.<sup>288</sup> Aus der Konvention selbst wurde bisher keine weiterführende Interpretation des Grundgesetzes entwickelt. Eine Differenz zur Europäischen Menschenrechtskonvention liegt darin, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte rechtskräftige Urteile spricht und der Fachausschuss allein Rechtsauffassungen bei Individualbeschwerden oder durch allgemeine Empfehlungen formuliert. Die allgemeinen Empfehlungen sollen zwar eine dynamisch-authentische Interpretation der Konvention gewährleisten, ihnen kommt aber kein rechtsverbindlicher Charakter zu. Für die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen<sup>289</sup> hat das Bundesverfassungsgericht aber mit Verweis auf die Görgülü-Entscheidung konstatiert, dass diese als »Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden kann«.<sup>290</sup> Daher wäre auch eine verstärkte Einbeziehung der Frauenrechtskonvention in die grundgesetzliche Maßstababildung grundsätzlich denkbar.

Dass dem Konventionstext und den allgemeinen Empfehlungen des Fachausschusses bisher keine Bedeutung in der deutschen Rechtspraxis zukommt,<sup>291</sup> hat der Fachausschuss kritisch beobachtet: Der »Ausschuss

286 BVerfGE 111, 307 (317), *Görgülü* (2004); 112, 1 (26 f.), *Enteignungen in der Sowjetischen Besatzungszone* (2004).

287 BVerfGE 111, 307 (319 ff.), *Görgülü* (2004). »Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung.«, ebenda, Ls. 1. Vorausgegangen war EGMR, Urteil v. 26.2.2004, 74969/01, *Görgülü*.

288 BVerfGE 109, 64 (89), *Mutterschaftsgeld III* (2003).

289 BGBl. II 2008, S. 1419.

290 BVerfGE 128, 282 (306), *Zwangsbehandlung* (2011). Da auch der EGMR inzwischen verstärkt auf Menschenrechtsverträge zurückgreift, könnte die Konvention zukünftig möglicherweise auch über die Rechtsprechung des EGMR in der deutschen Rechtsordnung rezipiert werden, *König/Schaden-dorf*, DÖV 2014, 853 (860).

291 In wenigen Entscheidungen wird die Konvention von deutschen Fachgerichten erörtert: LAG Nieders., Urteil vom 29.3.2017, 13 Sa 399/16, Rn. 57 ff.

(hat) Bedenken dahingehend, dass die Bestimmungen des Übereinkommens in Gerichtsverfahren keine Anwendung finden, was auf einen mangelnden Bekanntheitsgrad des Übereinkommens in der Justiz und bei den Rechtsberufen schließen lässt.«<sup>292</sup>

## 4. Impulse

### 4.1 Geschlechterstereotype Gesetzgebung

Für eine konventionsorientierte Auslegung der Geschlechtergleichheit in Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 GG haben Doris König und Sarah Schadendorf argumentiert.<sup>293</sup> So könne die Konvention helfen, die Nachtarbeitsrechtsprechung fortzuführen und auf Geschlechterstereotypen basierende Gesetzgebung als diskriminierend zu qualifizieren.<sup>294</sup> Dabei sehen die Autorinnen in der Betreuungsgeld-Gesetzgebung einen Anwendungsfall: »Mit Blick auf die Überwindung stereotyper Geschlechterrollen würde sich beispielsweise in den Verfahren zur Verfassungsmäßigkeit des Betreuungsgeldes eine Gelegenheit dazu bieten.«<sup>295</sup> Die Entscheidung zum Betreuungsgeld geht leider nicht auf die Wertungen der Konvention ein, da das Gesetz bereits aufgrund der fehlenden Bundesgesetzgebungskompetenz für verfassungswidrig erklärt wurde.<sup>296</sup> Weitere Ansatzpunkte wären die A 12-Besoldung von Grundschullehrkräften im Vergleich zur A 13-Besoldung anderer Lehrkräften und das Ehegattensplitting.<sup>297</sup>

(MuSchG); VG München, Gerichtsbescheid vom 28.11.2014, M 16 K 14.50040 (Dublin II-Verfahren); OVG Berl.-Brand., Urteil v. 8.9.2011, OVG 3 B 24.09, Rn. 49 (Jungengymnasium), BAG, Urteil v. 27.1.2011, 6 AZR 526/09 (Elternzeit und TVöD-AT); OVG HH, Beschluss v. 21.12.2004, 1 Bs 535/04 (Frauenhausfinanzierung); VGH BaWü, Urteil v. 17.12.1991, 9 S 2163/90, Rn. 15 (Sorgerecht); VG Bremen, Urteil v. 26.11.1987, 3 A 392/86 (Frauenförderung im öffentlichen Dienst).

<sup>292</sup> CEDAW Committee, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women – Germany, Rn. 21.

<sup>293</sup> König/Schadendorf, DÖV 2014, 853.

<sup>294</sup> Ebenda, S. 858.

<sup>295</sup> Ebenda, S. 860.

<sup>296</sup> BVerfGE 140, 65, *Betreuungsgeld* (2015).

<sup>297</sup> Kocher u.a., Mittelbare Geschlechtsdiskriminierung bei der Besoldung von Grundschullehrkräften nach A 12; Wersig, Der lange Schatten der Hausfrauenehe; Spangenberg, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht; Sacksofsky, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern.

4.2 *Materiale Gleichheit und positive Maßnahmen*

Darüber hinaus kann nach Doris König und Sarah Schadendorf die Konvention herangezogen werden, um das materiale Gleichheitsverständnis des Bundesverfassungsgerichts zu stärken und insbesondere positive Maßnahmen abzusichern.<sup>298</sup>

Entgegen einer formalen Perspektive macht der Fachausschuss hinsichtlich positiver Maßnahmen eine materiale Perspektive stark, die in diesen keine Ausnahme vom Gleichheitsgebot, sondern ein temporär notwendiges Instrument zur Erreichung der Geschlechtergerechtigkeit sieht: »The Committee views the application of these measures not as an exception to the norm of nondiscrimination, but rather as an emphasis that temporary special measures are part of a necessary strategy by States parties directed towards the achievement of de facto or substantive equality of women with men in the enjoyment of their human rights and fundamental freedoms. (...) The Committee considers that States parties that adopt and implement such measures under the Convention do not discriminate against men.«<sup>299</sup>

Der Fachausschuss hat in dieser allgemeinen Empfehlung Nr. 25 zudem darauf aufmerksam gemacht, dass das Ergreifen positiver Maßnahmen häufig zu Diskussionen über die Definition von Leistung und Qualifikation führt. Diese Kriterien würden aber regelmäßig einen maskulinen *bias* aufweisen und müssten daher hinsichtlich stereotyper Annahmen befragt und zugunsten weiblicher Lebensrealitäten transformiert werden.<sup>300</sup>

In der allgemeinen Empfehlung Nr. 23 hat der Fachausschuss zudem den Zusammenhang zwischen der Trennung von privater und öffentlicher Sphäre und Geschlechterstereotypen im Hinblick auf die fehlende Präsenz von Frauen in der Öffentlichkeit zum Thema gemacht: »Invariably, women have been assigned to the private or domestic sphere, associated with reproduction and the raising of children, and in all societies these activities have been treated as inferior. By contrast, public life, which is respected and honoured, extends to a broad range of activity outside the private and domestic sphere.« Und weiter: »(T)he most significant factors inhibiting women's ability to participate in public life have been the cultural framework of values and religious beliefs, the lack of services and men's failure to share the tasks associated with the organization of the household and with the care and raising of children.«<sup>301</sup> Der Fachausschuss sieht also in stereotypen Geschlechterrollen die wesentliche Ursache für Geschlechterungleichheit.

298 König/Schadendorf, DÖV 2014, 853.

299 CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, Rn. 18.

300 Ebenda, Rn. 23.

301 CEDAW Committee, General Recommendation No. 23, Rn. 8 ff.

Konträr zum Bundesverfassungsgericht geht der Fachausschuss stärker auf die historisch-strukturelle Dimension dieser Geschlechterrollen ein, in dem er die Trennlinie öffentlich-privat, die kulturelle Abwertung feminin codierter Fähigkeiten und Erfahrungen sowie die maskuline Weigerung Verantwortung für Kinder und Haushalt zu übernehmen ausdrücklich benennt und nicht nur relativ allgemein auf die überkommene Rollenverteilung abstellt. Daher könnte die Konvention ein Ansatzpunkt sein, um positive Maßnahmen bzw. Bevorzugungsregelungen als temporäres Instrument zur Transformation historisch-struktureller Ausschlüsse zu rahmen und aus dieser Perspektive verfassungsrechtlich zu diskutieren.

#### 4.3 Gerichtliche Maßstabbildung

Im Zuge von Individualbeschwerdeverfahren hat der Fachausschuss die Verpflichtung der Vertragsstaaten aus der Konvention dahingehend konkretisiert, dass Geschlechterstereotype sich nicht benachteiligend in der Rechtsanwendung niederschlagen dürfen. So hat der Fachausschuss richterliche Maßstabbildung in Fällen zu sexualisierter Gewalt für stereotype, frauenbenachteiligende Annahmen kritisiert: »(S)tereotyping affects women's right to a fair and just trial and (...) the judiciary must take caution not to create inflexible standards of what women or girls should be or what they should have done when confronted with a situation of rape based merely on preconceived notions of what defines a rape victim (...).«<sup>302</sup> Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die den stereotypensensiblen Maßstab bisher überwiegend auf rechtliche Regelungen angewendet hat, könnte also auf die Rechtsanwendung und gerichtliche Maßstabbildung ausgeweitet werden.

302 CEDAW Committee, Views, Communication No. 18/2008, 16.7.2010, *Vertido v. the Philippines*, Rn. 8.4; CEDAW Committee, Views, Communication No. 34/2011, 23.5.2011, *R.P.B v. the Philippines*, Rn. 8.8; dazu Röbner/Gall, Wer sich nicht wehrt, stimmt noch lange nicht zu.

## VII. Fazit

Die Ungleichheitsachse Geschlecht wird in der Verfassungspraxis über ein materiales Diskriminierungsverständnis umfassend thematisierbar. Mit einer materialen Deutung der Geschlechtergerechtigkeit gemäß Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG wurde ein Vokabular entwickelt, das die ungleichen Geschlechterbeziehungen – deren kulturelle und ökonomische Dimension – zu einer verfassungsrechtlichen Gleichheitsfrage macht.

### 1. Relationale Methodik

Die materiale Gleichheitspraxis basiert wesentlich auf einer relationalen Methodik. In den rekonstruierten Entscheidungen stehen durchgehend nachteilige Effekte für die dominierte Gruppe der Frauen im Fokus: schlechtere Erwerbchancen auf dem Arbeitsmarkt, die die schlechteren Chancen bei Einstellung, Entlohnung und Beförderung umfassen, sowie eine schlechtere Alterssicherung werden als Diskriminierungen qualifiziert. Dafür wird sich in einigen Entscheidungen ausführlich mit der konkreten sozioökonomischen Situation von Frauen auseinandergesetzt und dafür auf Sozialdaten zurückgegriffen. Es werden die einseitige kulturelle Zuständigkeit von Frauen für Sorgearbeit, das *Gender Pay Gap*, Teilzeitarbeit und fehlende Kinderbetreuungsstrukturen erörtert und auf diese Weise eine kontextuelle, historisch eingebundene Argumentationsweise verfolgt. Schließlich werden sozialrechtliche Regelungen, die an eine ungebrochene Erwerbstätigkeit anknüpfen und daher geschlechtsspezifische Erfahrungen wie Schwangerschaft, Mutterschutz, Stillen und Kindererziehung nicht berücksichtigen, als maskulin codierte Regelungen ausgewiesen, die von Frauen typischerweise schwerer erfüllt werden können.

Aufgrund dieser starken Betroffenenperspektive wird dogmatisch ein Nachteilsausgleich als Teil der Geschlechtergleichheit möglich und nicht als Verstoß gegen die Gleichheit männlicher Subjekte gewertet. So argumentiert das Bundesverfassungsgericht beispielsweise, dass das Gleichberechtigungsgesetz auf die soziale Wirklichkeit bezogen ist und eine Angleichung der Lebensverhältnisse der Geschlechter erfordert. Ob es daher auch Frauenquoten im Sinne eines materialen Diskriminierungsverständnisses als Gleichheitsdurchsetzung oder im Sinne einer stärker formalen Perspektive als Ausnahme von der Gleichheit männlicher Subjekte, an die hohe Rechtfertigungsanforderungen zu stellen sind, versteht, hat es bisher nicht zu entscheiden gehabt.

Darüber hinaus treten aufgrund der starken Betroffenenperspektive Finanzierungsargumente, die im Sozialverfassungsrecht in der Gestaltungsfreiheit der demokratischen Politik liegen, hinter der verfassungsrechtlich garantierten Geschlechtergleichheit zurück. Ökonomische

Nachteile stellen also verfassungsrechtlich eine nicht – auch nicht durch Finanzierungsargumente – rechtfertigbare Diskriminierung dar.

Die Thematisierung von, als scheinbare Normalität vorausgesetzten, Privilegien, etwa der von Sorgearbeit überwiegend freigestellten Vollerwerbstätigkeit, ist bisher nicht üblich. Dies dürfte sich aber für die Weiterentwicklung eines materialen Diskriminierungsschutzes anbieten, weil auf diese Weise sowohl der Blick für die geschlechtlich – und beim Kopftuch auch kulturalistisch – geprägte gesellschaftliche Normalität geschärft als auch zwischen fairem Privilegienabbau und unfairer Benachteiligung bei der Bewertung von proaktivem Gleichstellungsrecht differenziert werden kann. Damit kann die Perspektive von »den Anderen« auf »die Privilegierten« verschoben werden.

## 2. Stereotypensensible Maßstabsbildung

Die relationale Methodik hat zur Entwicklung eines stereotypensiblen Maßstabes, der die nachteiligen Effekte und Wirkungen kultureller Deutungsmuster in den Blick nimmt, beigetragen. Geschlechterstereotype, die Weiblichkeit mit Fürsorge, Emotionalität und Schwäche im Vergleich zu maskulin codierten Eigenschaften und Fähigkeiten hierarchisieren und Sorgearbeit als feminin definieren, werden durch einen solchen stereotypensiblen Maßstab als kulturelle Quelle für asymmetrische (ökonomische) Geschlechterbeziehungen thematisierbar. Gesetzliche Regelungen und Maßstabsbildungen der Rechtsanwender\*innen – auch der Fachgerichte, wie der CEDAW-Fachausschuss argumentiert – dürfen nicht auf stereotypen Annahmen über die Geschlechter basieren bzw. diese reproduzieren. Das Bundesverfassungsgericht hat dies mit dem Begriff der überkommenen Geschlechterrollen gefasst und argumentiert, dass diese nicht verfestigt werden dürfen. Damit hat es sowohl paternalistische Schutzevorschriften disqualifiziert als auch Gleichstellungsmaßnahmen, die auf die Umverteilung von Sorgearbeit zielen, gerechtfertigt. Zugleich hat es die nachteiligen Verteilungseffekte, die in der geschlechterstereotypen-gestützten Reproduktionsordnung wurzeln, als Diskriminierung gefasst und auf diese Weise den Zusammenhang von kulturellen Deutungsmustern, geschlechtlicher Arbeitsteilung und ungleichen Geschlechterbeziehungen zum Thema gemacht.

Das virulente Thema der Frauenquoten bzw. Bevorzugungsregeln wurde bisher nur vom Europäischen Gerichtshof verhandelt. Dieser setzt sich aber ebenso ausführlich mit Geschlechterstereotypen und der damit zusammenhängenden einseitigen Verteilung von Sorgearbeit auseinander, um Bevorzugungsregelungen mit einer Öffnungsklausel als europarechtskonformes Instrument zur Förderung einer verstärkten Präsenz von Frauen in qualifizierten Positionen zu bewerten.

Es zeigt sich also, dass sowohl die kulturelle Abwertung von Weiblichkeit und Sorgearbeit als auch die Koppelung von Sorgearbeit und Weiblichkeit als Teil ungleicher Geschlechterbeziehungen über eine materiale Deutung der verfassungs- und europarechtlich garantierten Geschlechtergleichheit, und insbesondere über einen stereotypensensiblen Maßstab, adressiert werden können. Dabei können alle drei Dimensionen – Anerkennung, Umverteilung und Repräsentation – der Geschlechterungleichheit verhandelt werden.

Für eine verfassungsrechtliche, stereotypensensible Maßstabsbildung könnten zukünftig die UN-Frauenrechtskonvention und die allgemeinen Empfehlungen des Fachausschusses Impulse geben, da diese nicht nur die überkommenen Geschlechterrollen für verschiedene Lebensbereiche konkretisieren, sondern auch stereotype Deutung von Leistung und Qualifikation problematisieren sowie positive Maßnahmen als notwendige, temporär zumutbare Instrumente für das Erreichen der Geschlechtergleichheit begreifen.<sup>303</sup>

Darüber hinaus würde eine intersektionale Rechtsanalyse, die bisher in der Verfassungspraxis nur in Ansätzen erkennbar ist, durch eine stereotypensensible Perspektive gewinnen. Wie die Darstellung der Konflikte um das Kopftuch zeigen, basieren die Abwertung und der Ausschluss von kopftuchtragenden Musliminnen wesentlich auf einer stereotypen Deutung von Normalität und Andersheit.

### 3. Neoliberalismus und Emanzipation

Während im Hinblick auf die Kategorie Klasse eine normative Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips oder des menschenwürdigen Existenzminimums weitgehend fehlt und der legislative Gestaltungsspielraum als Grenze des verfassungsrechtlich Verhandelbaren betrachtet wird, werden über die Identitätskategorie Geschlecht die distributiven Effekte des Rechts im Verfassungsrecht als Verfassungsfrage adressierbar. Sofern sich gesetzliche Regelungen überwiegend nachteilig auf Frauen auswirken und daher zu ökonomischen Nachteilen führen, liegt darin eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Die Differenz in der verfassungsrechtlichen Adressierbarkeit von klassenbedingter und geschlechtsbedingter Ungleichheit liegt einerseits sicherlich darin, dass es originäre Aufgabe der demokratischen Gesetzgebung ist, über Verteilungskonflikte zu entscheiden. Die Differenz könnte aber auch in den spezifischen kulturellen Kontextbedingungen und der gegenwärtigen politökonomischen Konstellation begründet sein. Weibliche Emanzipationsforderungen und Forderungen nach Anerkennung

303 CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, Rn. 23.

»anderer Identitäten« stehen zu ökonomischen Imperativen weniger quer als klassenbedingte Forderungen nach Umverteilung. Darüber hinaus weist der Diskriminierungsschutz auch eine wirtschaftsrechtliche Herkunft auf, wie die Diskriminierungsverbote aufgrund der Staatsangehörigkeit im europäischen Kontext und die Lohngleichheit im Gründungsdokument der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zeigen. Diskriminierungsschutz und kapitalistische Ökonomie widersprechen sich daher nicht zwingend, sondern speisen sich aus gemeinsamen liberalen Wurzeln.

Plausibilisiert werden können diese Beobachtungen durch die Thesen von Luc Boltanski und Eve Chiapello, die sie in ihrer Studie zum neuen Geist des Kapitalismus formuliert haben. Danach stellt sich die Ablösung der fordistischen, staatsorganisierten Nationalökonomie durch den Neoliberalismus als eine neue Form des Kapitalismus dar. Diese nimmt die »Künstlerkritik« der 1960er/1970er Jahre am eintönigen Konformismus dieser Zeit auf und forciert einen flexiblen, deregulierten und transnationalen »Projekt-Kapitalismus«. Die Pointe von Boltanski und Chiapello ist, dass emanzipative Forderungen nach Selbstverwirklichung, Individualität und Heterogenität in den Krisenzeiten der 1970er Jahre ökonomisch reformuliert wurden und damit zur Durchsetzung des Neoliberalismus als einer moralisch besseren und modernisierten Form des Kapitalismus beigetragen haben.<sup>304</sup>

Nancy Fraser argumentiert an Boltanski und Chiapello anschließend, dass es kein Zufall sei, dass der Erfolg feministischer Positionen zeitgleich zum Neoliberalismus zu beobachten ist, da eine Konvergenz der Forderungen bestehe. Die zweite Frauenbewegung sei als ein kapitalismuskritisches Projekt entstanden, das den normalisierenden Androzentrismus des staatlich organisierten Wohlfahrtskapitalismus kritisierte und zugunsten einer geschlechtergerechten Ordnung transformieren wollte. Dabei stand insbesondere das am Industriearbeiter orientierte Ernährermodell in der Kritik. In der Zurückweisung der alleinigen Relevanz von Klassenungleichheit wurde das Private politisiert, Familie und Kultur als patriarchal dechiffriert und kulturelle Stashierarchien als Problem identifiziert.

Mit der Zeit sei jedoch die Kritik der politischen Ökonomie in den Hintergrund gerückt und Geschlechtergerechtigkeit sei zunehmend als Anerkennung von Identität und Differenz verstanden worden.<sup>305</sup> Der Feminismus der 1980er Jahre habe seine kapitalismuskritische Komponente verloren und sei zu einer Kulturkritik der Stashierarchien gewechselt. Dies habe dem sich ebenfalls in den 1980er Jahren durchsetzenden neoliberalen Paradigma entsprochen, welches kulturelle

304 Boltanski/Chiapello, *Der neue Geist des Kapitalismus*.

305 Fraser, in: dies., *Feminism, Capitalism, and the Cunning of History*, S. 219.



Emanzipationsforderung aufgenommen und ökonomisch als Flexibilisierung, Deregulierung und Ausbau des Arbeitskraftpotentials reformuliert habe.

Aus dieser spezifischen historischen Entwicklung erklärt sich für Fraser auch die anhaltende Diskrepanz zwischen der diskursiven Akzeptanz feministischer Forderungen und der realen Transformation der Reproduktionsordnung. Anstatt zu einer geschlechtergerechten Ökonomie habe die Forderung nach weiblicher Selbstbestimmung primär zur Integration von Frauen in die Arbeitswelt zugunsten eines neoliberalen Zugriffs auf die Arbeitskraft beigetragen. Der Anstieg weiblicher Erwerbstätigkeit führe jedoch dazu, dass Druck auf das allgemeine Lohnniveau ausgeübt und das Ernährer- durch ein ökonomisch prekäres Zuverdienerinnenmodell abgelöst werde.<sup>306</sup>

Der Erfolg feministisch-rechtswissenschaftlicher Interventionen einerseits sowie der kulturelle Rahmen einer neoliberalen Ökonomie andererseits, so die abschließende These, erleichtern es, ökonomisch-geschlechtliche Nachteile als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in der Verfassungspraxis zu thematisieren und die Verteilungseffekte des Rechts nicht der Gestaltungsfreiheit der demokratischen Politik zu überlassen. Das Verfassungsrecht hat also eine Sprache entwickelt, die es ermöglicht, die Ökonomie der Geschlechterbeziehungen als Verfassungsfrage zu verhandeln. Dies liegt nicht in der »Natur der Sache« des Verfassungsrechts, sondern ist Ausdruck der gewandelten gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse.

306 Ebenda, S. 220 f. Anhand des diversity-Begriffs für die Rechtswissenschaft *Lembke*, Rechtswissenschaft 2012, 46 (73 f.).

# § 4 Repräsentation

# I. Einleitung

## 1. Repräsentation und die Präsenz der Anderen

Die Dimension der Repräsentation liegt quer zu denen der Umverteilung und Anerkennung. Sie ist auf den politischen Raum und politische Entscheidungsstrukturen bezogen, die den institutionellen Rahmen für die Aushandlung von Umverteilung und Anerkennung setzen. Nancy Fraser fragt daher: »Do the boundaries of political community wrongly exclude some who are actually entitled to representation? Do the community's decision rules accord equal voice in public deliberations and for representation in public decision making to all members?«<sup>1</sup> Mit dieser Dimension möchte sie auf die fehlende Repräsentation marginalisierter Subjektpositionen – insbesondere der *global poor* – im Politischen aufmerksam machen und die gleichberechtigte Teilhabe an Prozessen der Selbstregierung problematisieren. Repräsentation stellt also Fragen nach der Gestaltung der Deliberations- und Entscheidungsstrukturen, also den Möglichkeiten Anerkennungs- und Umverteilungsforderungen zu verhandeln.

Ich möchte diese Dimension etwas weiter verstehen, und die Frage nach dem *wer* um die Frage nach dem *was* erweitern. In Hinblick auf demokratische Prozesse zeigt sich Ungleichheit ja darin, dass das, was als relevant angesehen wird zugleich eine Grenze des Thematisierbaren formuliert. Nicht alle Themen und Lebenserfahrungen finden gleichermaßen Eingang in die demokratischen Prozesse und staatlichen Institutionen.

Die Forderung von Fraser nach der Repräsentation »der Anderen« im politischen Prozess möchte ich mit Überlegungen von Anne Phillips zu einer Politik der Präsenz vertiefen. Mit Phillips soll für das Verfassungsaudit ein Begriff von Repräsentation entwickelt werden, der sich nicht auf repräsentative Demokratie bezieht, sondern als Ungleichheitsdimension auf die fehlende oder unzureichende Präsenz nicht-hegemonialer Subjektpositionen und ihrer Lebenserfahrungen in den verfassungsrechtlich konstituierten staatlichen Institutionen und Prozessen verweist.

Dies soll einleitend entwickelt werden. Dafür wird zunächst Phillips Kritik der liberalen Demokratie und ihr Vorschlag für eine Politik der Präsenz dargelegt (1.1). Da Phillips Ansatz auf die politische Inklusion von Frauen und Minderheiten zielt und sich daher mit identitätsbasierter Ungleichheit auseinandersetzt, wird anschließend auf die Repräsentation von Klasse eingegangen (1.2). Dann werden der Aufbau des Kapitels und die zu untersuchenden Verfassungsnormen erläutert (2.).

1 Fraser, *Reframing Justice*, S. 44.

1.1 *Politics of Presence: Geschlecht*

Anne Phillips nimmt die Diskussion um die Forderung nach fairerer politischer Repräsentation von Frauen und Minderheiten zum Anlass, um sich mit der Frage nach politischer Gleichheit, Repräsentation und, wie sie es nennt, einer *politics of presence* auseinanderzusetzen. Phillips möchte mit einer *politics of presence* den normativen Anspruch strukturell exkludierter Gruppen auf effektive Repräsentation begründen. Sie sieht in veränderten Repräsentations- und Partizipationsstrukturen zugleich ein gesellschaftlich strukturtransformatives Potential.

Kritikwürdig an der gegenwärtigen liberalen Demokratiekonzeption ist nach Phillips die Idee der Differenz als rein intellektuelle Heterogenität, weil es dabei primär um die Frage gehe, *was* repräsentiert werde und nicht *wer* repräsentiere.<sup>2</sup> Phillips geht davon aus, dass dieser Fokus auf Meinungsvielfalt und Meinungskampf unzulänglich für die Lösung des Problems der politischen Inklusion sei. Denn durch die Wahrnehmung von Differenz als intellektuelle Heterogenität spiele es keine Rolle, wer diese verschiedenen Ansichten repräsentiere. Werde Differenz jedoch als Differenz von Identitäten, Erfahrungen oder sozialen Gruppen imaginiert, erscheint es nach Phillips nicht mehr so einfach möglich, die Frage nach dem *who* auszublenden: »Men may conceivably stand in for women when what is at issue is the representation of agreed policies or programs or ideals. But how can men legitimately stand in for women when what is at issue is the representation of women *per se*? White people may conceivably stand in for those of Asian or African origin when it is a matter of representing particular programs for racial equality. But can an all-white assembly really claim to be representative when those it represents are so much more ethnically diverse?«<sup>3</sup>

Doch wie begründet man eine *politics of presence*, die davon ausgeht, dass es einen Unterschied macht, wer in einer Versammlung repräsentiert bzw. wer anwesend ist? Hiermit geht die grundsätzliche Frage einher, wer eigentlich für wen sprechen darf – was angesichts multipler, fluider Identitäten und sozialer Heterogenität nicht einfach zu beantworten ist. In diesem Zusammenhang plädiert Phillips für einen schwachen Begriff von sozialen Gruppen, um eine essentialisierende Konzeption zu verhindern. Einerseits will sie nicht annehmen, dass es die authentischen Erfahrungen von Frauen oder Minderheiten gibt, andererseits gesteht sie ein, dass man einen wie auch immer geteilten Erfahrungshorizont voraussetzen muss, da es ansonsten keinen Unterschied macht, wer in staatlichen Organen anwesend ist und die Forderung nach mehr Frauen oder

2 Phillips, *The Politics of Presence*, S. 1 ff.

3 Ebenda, S. 6.

Angehörige von Minoritäten in der Politik leer läuft:<sup>4</sup> »Once difference is conceived, however, in relation to those experiences and identities that may constitute different kinds of groups, it is far harder to meet demands for political inclusion without also including members of such groups.«<sup>5</sup>

Die verstärkte Präsenz von gesellschaftlich marginalisierten Subjekten in repräsentativen Organen sei als symbolische Repräsentation erforderlich, um Infantilisierungen durch monosexuelle/monokulturelle Entscheidungsorgane zu vermeiden, zuvor Ausgeschlossene als gleichwertige Subjekte anzuerkennen und asymmetrische Machtbeziehungen infrage zu stellen. Zudem könne dies Entscheidungssituationen und das *agenda setting* verändern, da bisher unbeachtete oder vernachlässigte Themen auf die politische Agenda gesetzt und die Norm dessen, was politisch wichtig und wünschenswert ist, verschoben werden könne.<sup>6</sup> Hier kommen wir wieder zur Frage des *was* zurück. Wenn Subjekte mit einem anderen Erfahrungswissen politisch präsenter werden, dann können potentiell auch andere Erfahrungen sichtbar werden. Im Hinblick auf Sorgearbeit als das Andere, das im politisch-demokratischen Prozess präsent bzw. repräsentiert werden müsse, konstatiert Phillips z. B.: »These locations will generate significantly different experiences, and unless the range is reflected in the decision-making assemblies, decisions will express the preoccupations of those already there.«<sup>7</sup>

Im Sinne einer *politics of presence* kann der Begriff der Repräsentation also nicht nur auf gleichberechtigte Partizipation in demokratischen Prozessen, sondern auch auf die gleichberechtigte Präsenz verschiedener Subjektivitäten in den staatlichen Institutionen verweisen. Philipps Argument, dass demokratische Gleichheit auch das Recht auf gleiche Präsenz beinhaltet, lässt sich als analytischer Impuls für die Staatsorganisation allgemein fruchtbar machen:<sup>8</sup> Mit Phillips kann man im Rahmen eines Verfassungsaudit fragen, wer oder was in den staatlichen Institutionen sowie in der staatsorganisationsrechtlichen Maßstabsbildung präsent und wer oder was abwesend ist.

4 Ebenda, s. 54 ff.; zum Subjekt des Feminismus sowie einer essentialisierenden Repräsentationspolitik *Butler*, in: dies. u.a., *Kontingente Grundlagen*, S. 48 ff.

5 *Phillips*, *The Politics of Presence*, S. 6.

6 Ebenda, S. 39 ff.

7 Ebenda, S. 53. Ähnlich für die Rechtstheorie: »When the gendered division of labor means that women are responsible for care work and men are responsible for making policy, men will not have the kind of knowledge and experience to make good policy. They will be too ignorant of crucial dimensions of human life to be entrusted with policy making.«, *Nedelsky*, *Law's Relations*, S. 30.

8 Demokratische Gleichheit als »equal right to be politically present«, *Phillips*, *The Politics of Presence*, S. 36.

## 1.2 Klasse

Während die politische Inklusion der Ungleichheitsachsen Geschlecht, Rasse oder Ethnie in der politischen Theorie und der kritischen Verfassungswissenschaft immer wieder zum Thema gemacht wird, sind solche Forderungen für die Kategorie der Klasse jenseits von Nancy Frasers allgemein gehaltener Kritik am Ausschluss der *global poor* abwesend und mögen in der gegenwärtigen Zeit, in der keine starke Arbeiter\*innenbewegung existiert und sozialistische Ideen von Räterepubliken politisch nicht mehr gefordert werden, irritieren. Historisch war es aber gerade die Arbeiter\*innenbewegung, die das allgemeine Wahlrecht erfolgreich erkämpfte und über die Gründung sozialistischer und sozialdemokratischer Parteien die politische Inklusion der Bevölkerungsgruppen ohne Verfügungsmacht über die Produktionsmittel erreichte.<sup>9</sup>

Zwar finden sich Spuren dieser historischen Erfolge in der heute noch gängigen Einteilung in arbeitnehmerorientierte und bürgerliche Parteien, dennoch hat die Schwäche der Arbeiter\*innenbewegung, wie Fraser argumentiert, nicht nur zu einer Schwäche sozialdemokratischer Politik, sondern auch zum Untergang der Klassenfrage im politischen und wissenschaftlichen Diskurs geführt. Gegenwärtig werden Ungleichheitsfragen und Repräsentation fast ausschließlich anhand von Identitätskategorien, insbesondere Geschlecht in Europa und Rasse in den USA und afrikanischen Ländern, diskutiert. Im gegenwärtigen Verfassungsdiskurs wird die Vertretung ökonomisch Schwacher nicht zu einer Verfassungsfrage gemacht.<sup>10</sup>

Die Gründe für diese Leerstelle sind jedoch dieselben Gründe, wegen denen die herrschende Verfassungswissenschaft die ungleiche Repräsentation der Geschlechter als keine Frage gerechter Staatlichkeit begreifen will. Entscheidend ist hier eine individualisierende, abstrakte Idee

9 Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung, S. 100 ff.; Nohlen, Wahlrecht und Parteiensystem, S. 41 ff.; Lindner/Schultze, in: Nohlen/Stöver, Germany, S. 741 ff.; Wild, Die Gleichheit der Wahl, S. 33 ff. Der Allgemeine Deutsche Arbeiterverein forderte in § 1 seines Statutes von 1863: »Unter dem Namen Deutscher Arbeiterverein begründen die Unterzeichnenden für die deutschen Bundesstaaten einen Verein, welcher von der Überzeugung ausgehend, daß nur durch das allgemeine, gleiche und direkte Wahlrecht eine genügende Vertretung der sozialen Interessen des deutschen Arbeiterstandes und eine wahrhaftige Beseitigung der Klassengegensätze der Gesellschaft herbeigeführt werden kann, den Zweck verfolgt, auf friedlichen und legalem Wege, insbesondere durch das Gewinnen der öffentlichen Überzeugung für die Herstellung des allgemeinen, gleichen und direkten Wahlrechts zu wirken.«, zit. nach Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung, S. 101.

10 Für eine ökonomiekritische Staatsorganisationsanalyse plädiert Loffredo, Fordham Law Review 2006, 1239.

politischer Gleichheit in der staatlichen Sphäre, wie sie schon Karl Marx in *Zur Judenfrage* kritisierte.<sup>11</sup> Zwar waren die demokratischen Revolutionen des 18. Jahrhunderts progressiv, weil sie die politische Gleichheit in Gestalt des *Citoyen* erreicht haben. Dennoch lässt diese staatsbürgerliche Gleichheit des *Citoyen* die fortbestehende Ungleichheit in der gesellschaftlichen Sphäre des *Bourgeois* unangetastet, weshalb Marx die demokratischen Revolutionen als unvollendet kritisierte. Begriffe von Staatsbürgerschaft, Volk und Demokratie lassen also die gesellschaftlichen Ungleichheitsverhältnisse in den Hintergrund treten, in dem sie einen diesen überlagernden sozialen Zusammenhang stiften, und konstituieren darüber hinaus die staatliche Sphäre als eine der Gleichheit, sodass es systemwidrig erscheint, Fragen nach Ungleichheit und Repräsentation zu stellen.

Im Unterschied zu Klasse existiert bei Geschlecht jedoch eine feministische Literatur, die genau hier ansetzt und immer wieder gerechte staatliche Institutionen einfordert. Bevor die folgende Teilstudie diesen Deutungskonflikt zwischen einer formalen und materialen Perspektive in der Staatsorganisation für das Geschlechterverhältnis rekonstruiert, sollen nun mögliche Ansatzpunkte für eine zukünftige Diskussion um Klasse und Repräsentation skizziert werden, die jedoch aufgrund des hier gewählten Gegenstands des deutschen Verfassungsrechts im Folgenden nicht weiter aufgegriffen werden.

Ein erster Anknüpfungspunkt für eine solche Diskussion um das Verhältnis von Klasse und Repräsentation kann das kollektive Arbeitsrecht und seine demokratietheoretische Bedeutung sein.<sup>12</sup>

Einen Anknüpfungspunkt für das Verfassungsrecht bietet zweitens der Verfassungsdiskurs des Globalen Südens. In Südafrika, Indien und Latein Amerika wird die Repräsentation von Klasse unter dem Stichwort *representing the poor* anhand sozioökonomischer Rechte diskutiert. Soziale Rechte werden als verfassungsrechtliches Instrument beschrieben, um die Stimme der Armen im Verfassungsrecht sichtbar zu machen. Damit verknüpft ist die Beteiligung von NGOs im Rahmen von strategischen Prozessführungen.<sup>13</sup>

Über diesen individualrechtlichen Zugang hinaus kann diskutiert werden, inwieweit Ungleichheitsachsen in der Staatsorganisation über Kommissionen institutionalisiert werden können. So sieht z. B. die Südafrikanische Verfassung in *section 187* die Errichtung einer *Commission for Gender Equality* vor. Diese soll die Legislative bei Gesetzesvorhaben

11 *Marx*, *Zur Judenfrage*.

12 *Diekmann*, Rekonstruktion der demokratischen Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts.

13 *Davis*, in: *Rosenfeld/Sajo, Socio-Economic Rights; Maldonado, Constitutionalism of the Global South*.

im Hinblick auf das Geschlechterverhältnis beraten und Empfehlungen aussprechen. Für die Ungleichheitsachse Klasse wurde eine ähnliche Idee von einem Bündnis gegen Armut in den 1990er Jahren in Kanada vorgeschlagen. Dieses hatte im Zuge einer verfassungsrechtlichen Reformdiskussion einen Entwurf für eine *Alternative Social Charter* formuliert.<sup>14</sup> Der Entwurf sah sowohl sozioökonomische Rechte als auch zwei verfassungsrechtliche Institutionen zu deren Durchsetzung vor. Das *Social Rights Council* sollte wie die *Commission for Gender Equality* Gesetzesvorhaben hinsichtlich sozialer Rechte bewerten und auf diese Weise zu einem demokratischen Diskurs über die Bedeutung und den Inhalt der in der Charta formulierten Rechte beitragen. Dafür sollte das *Council* u. a. die Kompetenz haben, Untersuchungen durchzuführen sowie Reporte zu verfassen. Das *Social Rights Tribunal* sollte zusätzlich die Möglichkeit schaffen, ausgewählte Fälle systemischer Rechtsverletzungen zu hören und damit eine strukturelle Analyse sozialer Rechte zu institutionalisieren. Der Entwurf der *Alternative Social Charter* erinnert mit seiner vorgeschlagenen Durchsetzungsweise daher an die Arbeit der UN-Fachausschüsse der verschiedenen Menschenrechtskonventionen.

Im deutschen Verfassungsrecht könnte schließlich die Staatsangehörigkeit als Code für Klasse ein Ansatzpunkt für die Diskussion um Repräsentation und Klasse sein.<sup>15</sup> Das globale Wohlstandsgefälle führt dazu, dass Menschen nach Westeuropa und insbesondere Deutschland migrieren, um hier in prekären oder schlecht bezahlten Beschäftigungsverhältnissen zu arbeiten. Das Aufenthaltsrecht und die Einbürgerung hängen regelmäßig von der Erwerbstätigkeit und ausreichenden ökonomischen Ressourcen ab. Die Überschneidung von Klasse und Staatsangehörigkeit zeigt sich in den bereits diskutierten Fällen zum Zugang von Unionsbürger\*innen zur Grundsicherung deutlich, denn bei den Klagen handelte es sich vor allem um Unionsbürger\*innen ohne Schulbildung oder in prekären Arbeitsverhältnissen. Während Unionsbürger\*innen über das kommunale Wahlrecht verfügen und daher jedenfalls lokal politisch inkludiert sind, stehen Drittstaatsangehörige wie etwa türkische Migrant\*innen außerhalb der demokratischen Mitbestimmungsprozesse.

Auch wenn Staatsangehörigkeit und Klasse sicherlich nicht deckungsgleich sind, und nicht jede Person mit nicht-deutscher Staatsangehörigkeit ökonomisch schlecht dasteht, kann jedoch festgestellt werden, dass in den unteren Bevölkerungsschichten Menschen mit nicht-deutscher Staatsangehörigkeit überrepräsentiert sind und das globale Wohlstandsgefälle im deutschen Kontext Klasse teilweise mit Staatsangehörigkeit

14 *Nedelsky*, *Law's Relations*, S. 265 ff., Entwurf der ASC, S. 271 ff.

15 Für diesen Hinweis danke ich Sophie Arndt.



überschneiden lässt.<sup>16</sup> Dieser Aspekt könnte bei der zukünftigen Diskussion um ein Ausländerwahlrecht eine Rolle spielen. In den bereits ergangenen Urteilen zum Ausländerwahlrecht werden ökonomische Ungleichheitsbeziehungen jedoch nicht ansatzweise adressiert, weshalb diese Urteile im Folgenden nicht weiter aufgegriffen werden.<sup>17</sup>

Trotz der skizzierten Anknüpfungspunkte für die Diskussion von Repräsentation und Klasse fehlt für den deutschen Verfassungskontext schlicht ausreichendes Material, um die folgende Teilstudie auch auf die Ungleichheitsachse Klasse zu erstrecken. Aufgrund dieses Materialmangels wird sich das Kapitel auf die Geschlechterbeziehungen und die Reproduktionsordnung konzentrieren. Durch den Fokus auf die Ökonomie der Geschlechterbeziehungen wird jedenfalls indirekt auch die Repräsentation und Präsenz der ökonomisch Anderen thematisiert.

## 2. Geschlecht in der Staatsorganisation

### 2.1 Leerstelle

Nachdem in den letzten zwei Kapiteln die verfassungsrechtliche Verhandlung von Klasse und Geschlecht anhand des Sozialstaatsprinzips sowie der Freiheits- und Gleichheitsrechte untersucht wurde, soll nun der Adressierung von Ungleichheit im Rahmen des Staatsorganisationsrechts nachgegangen werden. Das Staatsorganisationsrecht schweigt im Grundgesetz zu Ungleichheit. Daher mag die Staatsorganisation aus verfassungswissenschaftlicher Sicht als Arrangement technische Regeln, die den Staatsaufbau festlegen und die Kompetenzen einzelner Organe definieren, erscheinen und mit normativen Fragen der Ungleichheit nicht in Verbindung gebracht werden. Dementsprechend wird weder in der Literatur noch in der Verfassungspraxis die Staatsorganisation unter Ungleichheitsgesichtspunkten diskutiert, sodass es schwierig ist, der Adressierungsweise von

16 Nach dem Mikrozensus von 2016 sind 15,7 % der Bevölkerung in Deutschland von Armut bedroht. Die Quote sinkt auf 12,1 % bei der Personengruppe, der das Statistische Bundesamt keinen Migrationshintergrund zuschreibt. Bei deutschen Staatsangehörigen mit Migrationshintergrund liegt der Anteil bei 19,2 % (mit eigener Migrationserfahrung) bzw. 23,3 % (ohne eigene Migrationserfahrung). Bei ausländischen Personen liegt die Armutsgefährdungsquote bei 36,5 % (mit eigener Migrationserfahrung) bzw. 30,2 % (ohne eigene Migrationserfahrung), *Statistische Bundesamt*, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, S. 328.

17 BVerfGE 83, 37, *Ausländerwahlrecht I* (1990); 83, 60, *Ausländerwahlrecht II* (1990); StGH Bremen, Urteil v. 8.7.1991, St 2/91; Urteil v. 31.1.2014, St 1/13; kritisch *Hanschmann*, ZParl 2009, 74.

Ungleichheitsbeziehungen hier nachzugehen. Zwar fordern Teile der feministischen Bewegung und der Literatur Frauenquoten für Parlamente, diese werden vom verfassungsrechtlichen Mainstream aber bisher kaum als relevantes Anliegen – als Verfassungsfragen – anerkannt.

Ein *inequality audit* auch auf die Strukturen der Staatsorganisation anzuwenden, stößt daher schnell an Grenzen, sodass dieses Kapitel nur bedingt den vorherigen entspricht. Feministische Kritiken der Staatsorganisation und die Darstellung weniger Entscheidungen werden im Folgenden herangezogen, um sich einem *inequality audit* von Staatsorganisation anzunähern. Die wenigen darzustellenden Entscheidungen werden stärker in die Diskussion in der Literatur eingebettet und die Literatur selbst wird stärker anhand von faktischen Entwicklungen und Zahlen kontextualisiert. Dieses Kapitel wirft also Schlaglichter auf mögliche Themen einer relationalen Verfassungspraxis im Bereich der Staatsorganisation und ist daher als collagenartiger Problemaufwurf zu verstehen.

## 2.2 Institutionen und Föderalismus

In der feministischen Verfassungswissenschaft dreht sich die Analyse von Verfassungen und Repräsentation in der Regel um ein materiales Verständnis der Wahlrechtsgleichheit, das Verhältniswahlrecht und Quotenregelungen. Daher werden das Demokratieprinzip und die Wahlrechtsgrundsätze erste Anknüpfungspunkte für die folgende Untersuchung sein.

Inzwischen gehen Analysen eines *feminist constitutionalism* vereinzelt über die Untersuchung des Wahlrechts hinaus und zeigen, dass auch andere staatsorganisationsrechtliche Strukturen vergeschlechtlichte Effekte zeitigen.<sup>18</sup> Dafür werden die Zugangsmechanismen zu hohen Ämtern in der Exekutive und Judikative genauso untersucht wie die konstitutionelle Machtverteilung in föderalen Systemen. Diese Zusammenhänge werden vor allem von Helen Irving prominent in ihrer Studie »Gender and the Constitution« aufgezeigt, weshalb ihre Thesen im Folgenden ausführlicher rezipiert werden. Im Anschluss an Irving werden die Regelungen für den Zugang zu Staatsämtern und der föderale Staatsaufbau ebenso in das Verfassungsaudit einbezogen.

In einem ersten Abschnitt wird auf die ungleiche Repräsentation von Frauen in staatlichen Institutionen eingegangen (»wer ist präsent/abwesend?« – II.). Dafür wird ein kurzer Überblick über die Forschung zu institutionellen Mechanismen der politischen Inklusion gegeben. Aus der

18 Irving, *Gender and the Constitution*; Irving, in: Williams, *More than Rights; Monopoli*, *The Yale Law Journal* 2006, 2643; *McDonagh/Monopoli*, in: Baines/Barak-Erez/Kahana, *The Gendered State and Women's Political Leadership: Explaining the American Puzzle*.

Verfassungspraxis werden die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz zur fehlenden Präsenz von Frauen in kommunalen Vertretungen sowie eine Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zur Popularklage für ein paritätisches Landeswahlrecht dargestellt. Anschließend geht es um die Präsenz von Frauen in staatlichen Institutionen jenseits der Parlamente. Hierfür werden die überwiegend von angelsächsischen Verfassungsrechtlerinnen formulierten Thesen anhand der deutschen Realität der Geschlechterverteilung in den Senaten des Bundesverfassungsgerichts und in der exekutiven Staatsleitung diskutiert.

Im zweiten Teil des Kapitels wird Irvings Forderung, sich verstärkt mit den geschlechtlichen Effekten föderaler Strukturen auseinanderzusetzen, nachgekommen. Es wird den Kompetenzkonflikten um die Ordnung der Geschlechterbeziehungen innerhalb des föderalen Machtgefüges des Grundgesetzes nachgegangen: Anhand der die Verteilungswirkung der Geschlechterbeziehungen betreffenden Themen der Bevorzugungsregelungen, Erziehungsarbeit und Kinderbetreuung soll duale Staatlichkeit als eine die Geschlechterbeziehungen betreffende staatsorganisationsrechtliche Struktur ausgewiesen werden («was ist präsent/abwesend?« – III.). Aus der Rechtsprechung werden zum einen Eilentscheidungen aus Nordrhein-Westfalen dargestellt, weil diese zeigen, dass eine relationale Rechtspraxis für die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz im Fall der konkurrierenden Gesetzgebung relevant sein kann. Zum anderen wird das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Betreuungsgeld als Beispiele dafür dienen, wie die Geschlechterbeziehungen innerhalb der föderalen Machtverteilung verhandelt werden.

## II. Präsenz in staatlichen Institutionen

### 1. Demokratie

Schaut man sich die textlichen Grundlagen an, dann schweigt das Grundgesetz zu Ungleichheitsachsen in der Staatsorganisation im Allgemeinen und im Wahlrecht im Besonderen. In Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG und Art. 38 GG wird die repräsentative Demokratie als Herrschaftsform festgelegt. Die Konkretisierung wird der Bundesgesetzgebung überlassen. Aufgrund der anhaltende Überrepräsentation der hegemonialen Subjektposition in den Parlamenten ist ein liberales Repräsentationsmodell, das repräsentative Demokratie losgelöst von gesellschaftlicher Ungleichheit denkt und einen abstrahierenden Meinungskampf um politische Ideen im Sinne eines *marketplace of ideas* den Vorzug gibt, zunehmend in die Kritik geraten. Verfassungsrechtlich und politisch werden Mechanismen der Inklusion diskutiert, um nicht nur Frauen, sondern auch nationale, ethnisierte oder religiöse Minderheiten in die demokratische Ordnung einzubeziehen. Politisch stehen dabei das Verhältniswahlrecht und Quotenregelungen im Fokus. Verfassungsrechtlich werden diese insbesondere anhand des Demokratieprinzips, der Wahlrechtsgrundsätze, der Parteifreiheit und des Gleichberechtigunggebots diskutiert.<sup>19</sup>

In einem ersten Schritt werden politikwissenschaftliche Literatur und empirische Daten zu dem Thema dargestellt (1.1). In einem zweiten Schritt wird die einschlägige Rechtspraxis rekonstruiert (1.2). Diese wird in einem dritten Schritt mit relationalen Interpretationen des Demokratieprinzips aus der Literatur kontrastiert (1.3).

#### 1.1 Diagnose Unterrepräsentation

Weltweit beträgt der Frauenanteil in den Parlamenten durchschnittlich 24 Prozent. Mit einem Frauenanteil von nur noch 30,7 Prozent im 19. Deutschen Bundestag nach der Bundestagswahl im Herbst 2017 ist Deutschland von Platz 23 auf Platz 46 der *World-Classification-List* der *Inter-Parliamentary Union* abgestiegen. Im 18. Deutschen Bundestag betrug der Frauenanteil immer hin noch 36,45 Prozent. Der Bundesrat schneidet mit 39,1 Prozent Mandatsträgerinnen besser ab. Auf den ersten drei Plätzen der weltweiten Rangliste finden sich Ruanda (61,3 Prozent), Kuba (53,2 Prozent) und Bolivien (53,1 Prozent). Dann

19 Siehe dazu *Röhner*, *Femina Politica* 2/2018, 40; *Röhner*, in: Will u.a., *Das Frauenwahlrecht* ist nicht genug.

kommen Mexiko (48,2 Prozent), Grenada (46,7 Prozent) und Namibia (46,2 Prozent).<sup>20</sup>

### 1.1.1 Ursachen

Als gesellschaftliche Ursachen für die anhaltende Unterrepräsentation weiblicher Subjekte werden in der Literatur die Sozialisation, die geschlechtliche Arbeitsteilung und der sozioökonomische Status von Frauen genannt.<sup>21</sup>

Der traditionelle Ausschluss von Frauen aus der Öffentlichkeit wirkt in Geschlechterbildern – wie etwa im westdeutschen Hausfrauenleitbild – fort, nach denen Aktivität, Rationalität und Autonomie mit dem männlichen Geschlecht und Passivität, Emotionalität und Abhängigkeit mit dem weiblichen Geschlecht verbunden werden. Diese Geschlechterkonstruktionen bestimmen Sozialisationsprozesse. Daher würden Frauen als weniger geeignete Politikerinnen wahrgenommen werden und würden sich auch selbst weniger stark als solche anbieten, so eine Erklärung aus der Literatur.<sup>22</sup>

Darüber hinaus verfügen Frauen mit Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen über weniger Zeitressourcen für ein Politik- und Parteiengagement.<sup>23</sup> Da Parteien, insbesondere in der parlamentarischen Demokratie, den wesentlichen Rekrutierungsmechanismus für politisches Personal darstellen, ist ein langjähriges Parteiengagement für das Erreichen eines politischen Amtes jedoch unverzichtbar. Aufgrund der familiären Doppelbelastung haben Frauen aber weniger Kapazitäten sich durch sogenannte Ochsentouren in den Parteien hochzuarbeiten. Sie bleiben zudem regelmäßig aus den informellen *old-boys-networks* ausgeschlossen. Schließlich ist der politische Alltag nicht familienfreundlich. Sitzungstermine finden bis spät in den Abend statt und sind nicht mit den Schulferien abgestimmt.<sup>24</sup>

Auch der schlechtere sozioökonomische Status von Frauen und die damit einhergehende fehlende Präsenz in wirtschaftlichen Führungsposi-

20 Zahlen (Stand: 1.10.2018) sind nach der Datenbank *Women in national Parliaments* der *Inter-Parliamentary Union* zitiert, die alle sechs Monate aktuelle Zahlen zu Frauen in nationalen Parlamenten veröffentlicht, [www.ipu.org](http://www.ipu.org).

21 Kinzig, *Auf dem Weg zur Macht?*, S. 127 ff.; *Foljanty*, in: dies./Lembke, *Repräsentation und Normkreation*, S. 197; *Holtkamp/Schnittke*, *Die Hälfte der Macht im Visier*, Kap. 2.

22 So für den deutschen Kontext *Davidson-Schmich*, *Gender Quotas and Democratic Participation*, S. 225.

23 Ebenda, S. 224.

24 *Irving*, *Gender and the Constitution*, S. 127 ff. Anders in Südafrika, dort wurde der parlamentarische Alltag kinderfreundlich angepasst, *Britton*, in: dies./Bauer, *South Africa: Mainstreaming Gender in a New Democracy*, S. 70 f.

sitionen werden als Gründe genannt. Gute Bildungsabschlüsse, beruflicher Erfolg und die damit einhergehenden Netzwerke seien für eine politische Karriere relevante Einstiegsfaktoren.<sup>25</sup>

### 1.1.2 Institutionelle Antworten

In der Literatur werden insbesondere zwei wahlrechtliche Mechanismen für einen hohen Frauenanteil in den Parlamenten identifiziert:<sup>26</sup> ein Verhältniswahlrecht und Quotenregelungen.<sup>27</sup>

Vergleichende Studien haben gezeigt, dass ein Verhältniswahlrecht gegenüber einem Mehrheitswahlrecht frauen- und minderheitenfreundlicher ist. Drude Dahlerup und Lenita Freidenvall konnten feststellen, dass der Frauenanteil in Ländern mit einem Verhältniswahlrecht mit durchschnittlich 19,6 Prozent am höchsten liegt und in Ländern, die ein Mehrheitswahlrecht anwenden, auf durchschnittlich 10,5 Prozent sinkt. Auch konnten sie zeigen, dass die Länder, die einen Anteil von mindestens 30 Prozent Mandatsträgerinnen in ihren Parlamenten erreichen und über keine Quotenregelung verfügen, regelmäßig ein Verhältniswahlrecht anwenden und dass sich die meisten der Länder mit einem Frauenanteil von über 30 Prozent für Quotenregelungen entschieden haben.<sup>28</sup> Quoten werden von ihnen daher als »fast track to equal representation« beschrieben.<sup>29</sup> Weltweit sind

25 Zu allen drei Thesen in Bezug auf das deutsche Regierungssystem *Kinzig*, Auf dem Weg zur Macht?, Teil B. Für die 1990er Jahre *Hoecker*, in: dies., Zwischen Macht und Ohnmacht: Politische Partizipation von Frauen in Deutschland, S. 78 ff.

26 *Williams*, in: dies., Introduction, S. 5. Für eine Darstellung der Pro- und Contra-Argumente für Quoten im Wahlrecht *Williams*, in: dies., Equality, Representation, and Challenge to Hierarchy; für einen Überblick über Quoten in verschiedenen Weltregionen *Dahlerup*, Women, Quotas and Politics; *Krook*, Quotas for Women in Politics; *Krook/Zetterberg*, International Political Science Review 2014, 3; für den deutschen Kontext *Peters*, Women, Quotas, and Constitutions, S. 129 ff., 221 ff.

27 So erreicht z. B. Ruanda seinen hohen Frauenanteil über eine Mischung aus einem Verhältniswahlrecht und der Reservierung von 30 Prozent der Parlamentssitze für Frauen: Von den 80 Sitzen werden 53 Sitze über Wahllisten nach dem Verhältniswahlrecht gewählt, 24 Sitze sind für Frauen reserviert und werden über *specific councils* gewählt, 2 Sitze werden durch den Nationalen Jugendrat und 1 Sitz über den Nationalen Behindertenrat gewählt, Art. 76, 77 Verfassung von Ruanda, abrufbar über <http://confinder.richmond.edu>.

28 *Dahlerup/Freidenvall*, in: *Williams*, Gender Quotas in Politics, S. 30 f.

29 *Dahlerup/Freidenvall*, International Feminist Journal of Politics 2005, 26.

Geschlechterquoten für das Wahlrecht dementsprechend auf dem Vormarsch. Sie existieren in über 100 Ländern und sind in über 15 Verfassungen zu finden.<sup>30</sup>

Es gibt verschiedene Typen von Quoten im Kontext von Wahlsystemen. Sie können erstens danach unterschieden werden, über welchen rechtlichen Status sie verfügen. Quoten können durch die Verfassung, einfachgesetzlich oder durch ein Parteistatut geregelt werden. Zweitens können Quotenregelungen für parteiinterne Vorwahlen, für Wahllisten oder Wahlkreise oder für eine bestimmte Anzahl von Sitzen in den Parlamenten gelten. Schließlich können Quoten auf ein Minimallevel von z. B. 30 Prozent zielen oder Parität erfordern. Die freiwillige Verpflichtung der Parteien ist die häufigste Variante.<sup>31</sup>

Quoten alleine garantieren jedoch noch nicht, dass Frauen auch in die Parlamente gewählt werden. Hierfür muss das Wahlrecht mit Quotenregelungen abgestimmt sein. Dafür sind Non-Compliance-Regeln wichtig. So müssen im Verhältniswahlrecht beispielsweise Regelungen über Listenplatzierungen,<sup>32</sup> z. B. nach dem Reißverschlussprinzip, getroffen werden, weil Frauen sonst regelmäßig auf unrealistische Listenplätze verwiesen werden.<sup>33</sup> Damit beim Mehrheitswahlrecht Frauen nicht nur in den wenig aussichtsreichen Wahlkreisen aufgestellt werden, kann sich hier ein Tandem-Prinzip anbieten, also eine wahlrechtliche Regelung, die pro Wahlkreis die Wahl von einer Kandidatin und einem Kandidaten vorsieht.

Der nachteilige Effekt des Mehrheitswahlrechts im Vergleich zum Verhältniswahlrecht für die Repräsentation von Frauen wird damit erklärt, dass das Direktwahlprinzip zu einer starken Konzentration auf die einzelnen Kandidat\*innen führt. Der kulturelle Kontext der Geschlechterbilder, die Aktivität und politische Verantwortung maskulin codieren, wird als Ursache dafür gedeutet, dass sich für Direktmandate vermehrt männliche Kandidaten zur Wahl anbieten und von den Parteien als erfolgsversprechender wahrgenommen werden. Darauf macht z. B. Wilma Rule aufmerksam. Sie hat in ihrer Studie 23 Länder verglichen und schlussfolgert, dass der wesentliche Grund dafür

30 Aktuelle Daten finden sich dazu in der *Global Database of Quotas for Women*, [www.quotaproject.org](http://www.quotaproject.org). Zum Verbreitungsprozess *Hughes u. a.*, *International Studies Quarterly* 2015, 357.

31 *Dablerup/Freidenvall*, in: Williams, *Gender Quotas in Politics*, S. 39.

32 Dabei ist zwischen geschlossenen, durch die Parteien festgelegten, und offenen Listen, die den Wähler\*innen die Möglichkeit zu kumulieren und zu panaschieren geben, zu unterscheiden. Es ist in der Literatur umstritten, ob offene Listen ein Hindernis für Kandidatinnen darstellen, bejahend *Kinzig*, *Auf dem Weg zur Macht?*, S. 222; verneinend *Holtkamp u. a.*, *Unterrepräsentanz von Frauen in der Kommunalpolitik*.

33 *Dablerup/Freidenvall*, in: Williams, *Gender Quotas in Politics*, S. 36 f.

in der Kandidatenzentriertheit des Mehrheitswahlrecht liegt: »In such non-partylist electoral systems, parties or other recruitment elites may be reluctant to risk nominating or endorsing women, even though there is considerable evidence (in the British and U.S. cases) that women are as likely as men to be elected in the constituencies in which they contest.«<sup>34</sup> Außerdem werden Nominierungen für Direktmandate oftmals als Belohnung für ein langjähriges Parteiengagement vergeben, was aufgrund begrenzter weiblicher Zeitressourcen strukturell männliche Parteimitglieder bevorzugt.<sup>35</sup>

Diese ungleichen Effekte des Wahlrechts zeigen sich exemplarisch im französischen Kontext. Im Jahr 2001 wurde nach einer vorangegangenen Verfassungsänderung das französische Paritätsgesetz erlassen.<sup>36</sup> Dieses schreibt für die verhältniswahlrechtlichen Senats-, Kommunal-, Regionalrats- und Europawahlen eine paritätische Besetzung der Wahllisten nach dem Reißverschlussprinzip vor. Erfüllen die Wahlvorschläge diese Anforderung nicht, werden sie nicht für die Wahl angenommen. Bei den mehrheitswahlrechtlichen Departementswahlen werden pro Wahlkreis jeweils eine Frau und ein Mann gewählt (sogenanntes Tandem-Prinzip). Durch diese Wahlrechtsreform ist der Frauenanteil auf 46 bis 50 Prozent angestiegen. Allein beim Senat fällt der Frauenanteil geringer aus (25 Prozent), weil hier die Wahl indirekt über Wahlkollegien erfolgt und diese panaschieren dürfen.<sup>37</sup>

Bei der mehrheitsrechtlichen Wahl zur Nationalversammlung gibt es kein Tandem-Prinzip. Das Gesetz sieht hier allein finanzielle Nachteile für die Parteien im Nachgang der Wahl vor. Stellen die Parteien bei den Wahlkreisen nicht zur Hälfte Frauen und Männer auf, dann wird die staatliche Parteifinanzierung entsprechend des unausgewogenen Geschlechterverhältnisses gekürzt. In der Vergangenheit haben die Parteien finanzielle Einbußen in Millionenhöhe einer paritätischen Vergabe der Wahlkreiskandidaturen vorgezogen, sodass der Frauenanteil in der Nationalversammlung nicht über ein Viertel anstieg.<sup>38</sup> Erst durch den Wahlerfolg des Parteibündnisses von Emmanuel Macron im Jahr 2017 und

34 *Rule*, *Western Political Quarterly* 1987, 477 (479, 487).

35 *Holtkamp u. a.*, *Polis* Nr. 72/2013, FernUniversität Hagen 2013, 11.

36 *Loi no 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, *JO* no 131 du 7 juin 2000. Der Verfassungsänderung waren zwei Entscheidungen des *Conseil constitutionnel* vorangegangen: *CC*, 18.11.1982, 82-146 DC 82; 14.1.1999, 98-407 DC. Zum Paritätsgesetz *CC*, 30.3.2000, 2000-429 DC. Zu dieser Rechtsprechung m.w.N. *Joop*, *ZaöRV* 2006, 949.

37 *Laskowski*, *djbZ* 2014, 93 (101).

38 Ebenda, *S.* 101 f.; siehe auch *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, *Verpflichtende Geschlechterquote bei Bundestagswahlen nach dem Vorbild des französischen Paritätsgesetzes*.



dessen frauenorientierter Programmatik liegt der Frauenanteil in der Nationalversammlung inzwischen bei 39 Prozent.

Es zeigt sich, dass das Wahlrecht nicht losgelöst von gesellschaftlichen Geschlechterbeziehungen und kulturellen Geschlechterstereotypen existiert. Gerade wegen dem spezifisch-kulturellen Kontext zeitigt das Wahlrecht geschlechtliche Effekte. Daher stellt das Wahlrecht im Sinne Helen Irvings eine *constitutional opportunity structure* dar, die mit den Geschlechterbeziehungen interagiert und die deren Effekte entweder verstärken oder als institutionelles Gegengewicht begrenzen kann.

### 1.1.3 Frauenanteile in den Parlamenten

In keinem deutschen Parlament herrscht Geschlechterparität oder sind Frauen überrepräsentiert. Seit den 1980er Jahren haben sich einige Parteien daher zu quotierten Wahllisten verpflichtet. Den Anstoß für die Selbstverpflichtung der Parteien haben 1986 Die Grünen als Partei der sozialen Bewegungen mit einer verbindlichen Quote von 50 Prozent gegeben. Die SPD ist 1988 mit einer Quote von 40 Prozent nachgezogen und die PDS, inzwischen Die Linke, hat sich seit 1990 auf Parität verpflichtet.<sup>39</sup> Wahlerfolge dieser Parteien führen regelmäßig zu einem vergleichsweise hohen Frauenanteil in den Parlamenten. Die AfD, CDU/CSU und FDP haben hingegen nur wenig zu einem hohen Frauenanteil beigetragen.<sup>40</sup> Seit 1996 besteht bei der CDU ein unverbindliches Quorum von 30 Prozent und seit 2010 hat die CSU ein unverbindliches Quorum von 40 Prozent für Parteifunktionen vorgesehen.<sup>41</sup> Die FDP und die AfD haben keine Regelungen. Seit der Einführung von selbstverpflichtenden Parteiquoten ist der Anteil weiblicher Mandatsträgerinnen im Bundestag deutlich von 9,8 Prozent im Jahr 1983 (Höchststand für die Bonner Republik) auf ein Drittel angestiegen und stagniert seitdem auf diesem Level.<sup>42</sup> Louise Davidson-Schmich hat zudem festgestellt, dass interne Parteiquoten in Deutschland dazu geführt haben, dass

39 § 10 Abs. 4 der Satzung des Bundesverbandes Bündnis 90/Die Grünen; §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 23 Abs. 1 Organisationsstatut SPD; § 10 Bundessatzung Die Linke.

40 Im 18. Deutschen Bundestag: CSU: 25 %, CDU: 24,7 %, im 17. Deutschen Bundestag: FDP: 24,7 %. Im 19. Deutschen Bundestag liegt der Männeranteil bei der AfD bei 88,2 %, bei der CDU/CSU bei 80 %, bei der FDP bei 77,5 %, deutlich geringer bei der SPD mit 58,1 %, Die Linke mit 46,3 % und Bündnis 90/Die Grünen mit 41,7 %.

41 § 15 Parteiordnung-CDU; § 8 Abs. 2 Satzung-CSU.

42 Im 18. Deutschen Bundestag: Die Linke: 56,2 %, Bündnis 90/Die Grünen: 55,5 %, SPD: 41,9 %; Geißel, in: Dahlerup/Leyenaar, Germany: Successful Quota Rules in a Gendered Society, S. 206 f., 208 f.

vermehrt weibliche Parteimitglieder für Kandidaturen angefragt werden und gezielter weibliche Nachwuchsförderung betrieben wird.<sup>43</sup>

Nicht nur der empirische Zusammenhang zwischen dem Erfolg der »Quotenparteien« und der verstärkten Präsenz weiblicher Mandatsträgerinnen im Bundestag, sondern auch die vergeschlechtlichten Effekte des personalisierten Verhältniswahlrechts scheinen die bisherigen Ergebnisse der Geschlechterforschung zu bestätigen. So ist für den Bundestag zu beobachten, dass Frauen deutlich schlechter bei den mehrheitswahlrechtlichen und nicht-quotierten Direktmandaten als bei den teilweise quotierten Listenplätzen abschneiden. Im 18. Deutschen Bundestag lag der Frauenanteil bei 20 Prozent bei den Direktmandaten und bei 50 Prozent bei den Plätzen, die über die Listen vergeben wurden.<sup>44</sup> Dabei ist zu beachten, dass der Kandidatinnenanteil für die Direktmandate bereits nur 29,7 Prozent betrug, die fünf großen Parteien also im Vergleich zu den Listen weniger auf eine geschlechtergerechte Auswahl geachtet haben.<sup>45</sup> Da für Direktmandate weiterhin mehr Männer als Frauen aufgestellt werden, können viele erfolgreich gewonnene Direktmandate die parteiinterne Quotierung der Wahllisten unterlaufen. Denn die nach der Zweitstimme gewonnenen Sitze werden zunächst an die Kandidat\*innen der Direktmandate und erst dann an die der Liste vergeben.<sup>46</sup>

Auf Landesebene ist eine ähnliche Entwicklung zu beobachten. Durchschnittlich stieg auch hier der Frauenanteil auf etwa ein Drittel der Parlamentssitze an. Schaut man sich die Anteile in den einzelnen Ländern an, dann zeigen sich regionale Unterschiede von 25 Prozent bis 40 Prozent.<sup>47</sup> Diese regionalen Unterschiede sind im Wesentlichen auf die unterschiedlichen Erfolge der Parteien mit verbindlichen Quoten zurückzuführen. Aber auch hier spielt das Wahlrecht eine Rolle. Beispielsweise wendet das traditionelle Schlusslicht Baden-Württemberg ein stark personalisiertes Verhältniswahlrecht an, bei dem die Wähler\*innen über eine Stimme verfügen und mit dieser einen Bewerber/eine Bewerberin für ihren Wahlkreis wählen und damit mittelbar die Gesamtstimmenzahl der Parteien im ganzen Bundesland bestimmen.<sup>48</sup> Ähnlich schlecht sieht es regelmäßig im Freistaat Bayern aus, weshalb sich dort ein Aktionsbündnis »Parité in den Parlamenten« gegründet hat, das ein Wahlrecht nach französischem Vorbild anstrebt. Eine Popularklage wurde im November

43 Davidson-Schmich, Gender Quotas and Democratic Participation, S. 220 f.

44 Der Bundeswahlleiter, Ergebnisse früherer Bundestagswahlen, S. 90.

45 Chojecka/Lukoschat, Deutschlandreport, S. 7.

46 Holtkamp u. a., Polis Nr. 72/2013, FernUniversität Hagen 2013, 11.

47 Im Oktober 2017 lag der Frauenanteil am höchsten in Thüringen 40,6 %, Hamburg 37,2 %, Brandenburg 36,4 %; die Schlusslichter waren Baden-Württemberg 24,5 %, Mecklenburg-Vorpommern 24,3 %, Sachsen-Anhalt 26,4 %, LpB Baden-Württemberg, Frauen in den Länderparlamenten.

48 Kinzig, Auf dem Weg zur Macht?, S. 51.

2016 eingereicht.<sup>49</sup> Diese hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof im März 2018 jedoch negativ beschieden.<sup>50</sup> Ein Gesetz für ein erstes paritätisches Landeswahlrecht liegt inzwischen für Brandenburg vor, weil hier der Frauenanteil von 44,3 Prozent in der vierten Wahlperiode (2004–2009) sukzessive auf 36,4 Prozent gesunken ist.<sup>51</sup>

In Gemeindevertretungen liegt der Anteil von Mandatsträgerinnen bei durchschnittlich 25 Prozent, wobei die regionalen Unterschiede erheblich sind.<sup>52</sup> Während in Großstädten regelmäßig mehr als ein Viertel der Gremiensitze weiblich besetzt ist, nimmt der Anteil ab, desto kleiner die Kommune und je ländlicher die Region wird.<sup>53</sup> Dabei verschlechtert sich der Frauenanteil noch einmal deutlich, wenn man nicht die Gemeindevertretungen, sondern die Führungspositionen anschaut: Nur ca. 10 Prozent der Kommunen waren im Jahr 2014, so Uta Kletzing und Helga Lukoschat, von (Ober-)Bürgermeisterinnen regiert.<sup>54</sup> Lars Holtkamp und Elke Wiechmann schlussfolgern ähnlich für ihr Genderranking der 79 deutschen Großstädte: »Je höher die Machtpositionen, desto weniger Frauen haben Zugang zu diesen Positionen.«<sup>55</sup> Dennoch habe, so Lars Holtkamp und Sonja Schnittke in einer weiteren Studie, die flächendeckende Einführung der Direktwahl der Oberbürgermeister\*innen in größeren Gemeinden zu einem höheren Frauenanteil im Vergleich zu den Ministerpräsidentenämtern geführt.<sup>56</sup>

In der angelsächsischen Literatur wird argumentiert, dass die Partizipation von Frauen durch Mehrebenensysteme gefördert werde, da sich Frauen stärker auf der lokalen als auf der nationalen Ebene engagieren würden.<sup>57</sup> Diese Annahme reproduziert zum einen die Distinktion zwischen Lokalität/Weiblichkeit und Nationalität/Männlichkeit und

49 Dazu [www.aktionsbuendnis-parite.de](http://www.aktionsbuendnis-parite.de).

50 BayVGh, Entscheidung v. 26.3.2018, Vf. 15-VII-16.

51 Parité-Gesetz, Brandenburgischer Landtag, Drucksache 6/10466.

52 Nach dem Wahlerfolg in Baden-Württemberg hat sich die Partei Bündnis 90/Die Grünen durch den Vorstoß profiliert, eine gesetzliche Quote für die Kommunalwahlen einzuführen, es wurde jedoch nur eine Sollvorschrift erlassen, § 9 Abs. 6 KomWG-BW. Dazu *Gaßner u. a.*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer zwingenden paritätischen Besetzung von Wahllisten im Kommunalwahlrecht Baden-Württemberg.

53 *Kletzing/Lukoschat*, Engagiert vor Ort, S. 5; für Mecklenburg-Vorpommern *Hübner-Oberndorfer/Nestler*, Engagiert vor Ort; für Großstädte *Wiechmann*, in: dies./Kissler/Bogumil, Politische Repräsentanz von Frauen in Kommunalparlamenten; *Holtkamp/Wiechmann*, Genderranking deutscher Großstädte 2013.

54 *Kletzing/Lukoschat*, Engagiert vor Ort, S. 6.

55 *Holtkamp/Wiechmann*, Genderranking deutscher Großstädte 2013, S. 15.

56 *Holtkamp/Schnittke*, Die Hälfte der Macht im Visier, Kap. 9.

57 *Irving*, Gender and the Constitution, S. 82.

scheint zum anderen für das deutsche Mehrebenensystem nicht zuzutreffen. Strukturelle Hürden scheinen auf den Landes- und Bundesebenen leichter als auf der Kommunalebene überwindbar zu sein. So wird vermutet, dass notwendige politische Netzwerke einfacher zusammengeführt werden können und sich politisches Engagement besser mit familiärer Doppelbelastung vereinbaren lässt. Zudem bestehen in ländlichen Gebieten stärker konservative Familienstrukturen fort, die einem lokalen Engagement entgegenstehen.<sup>58</sup>

#### 1.1.4 Migrantinnen

Während es für den Frauenanteil inzwischen Zahlen gibt, die die Überrepräsentation des männlichen Geschlechts dokumentieren, fehlen Zahlen für Migrantinnen. Dies hat der Fachausschuss der UN-Frauenrechtskonvention in seinen abschließenden Beobachtungen zum sechsten deutschen Staatenbericht kritisiert. Er hat seine Besorgnis darüber zum Ausdruck gebracht, dass es keine Informationen über die Präsenz von immigrierten Frauen in Entscheidungspositionen gäbe.<sup>59</sup> Für die kommunale Ebene wurden in den letzten Jahren erste Zahlen geschlechtsunabhängig erhoben. Sie weisen auf eine massive Unterrepräsentation von Migrant\*innen hin. Obwohl etwa 28 Prozent der Einwohner\*innen der Großstädte und etwa 20 Prozent der Gesamtbevölkerung einen Migrationshintergrund aufweisen, liegt ihr Anteil in Gemeindevertretungen, den Landtagen und dem Bundestag bei etwa 5 Prozent. Daher ist nicht nur eine monogeschlechtliche, sondern auch monokulturelle Repräsentationsstruktur zu beobachten.<sup>60</sup> In einer wachsenden Migrationsgesellschaft wird sich dieses Problem zukünftig verschärfen und demokratische Legitimationsfragen stellen. Inzwischen wird langsam begonnen, über Quoten für Migrant\*innen zu diskutieren. Im Mai 2011 hat z.B. die SPD ein unverbindliches Quorum für Parteigremien beschlossen.<sup>61</sup>

58 *Wiechmann*, in: dies./Kissler/Bogumil, Politische Repräsentanz von Frauen in Kommunalparlamenten.

59 *CEDAW Committee*, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women – Germany, Rn. 31; *CEDAW Committee*, List of Issues in Relation to the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Germany, Rn. 14.

60 *Holtkamp u. a.*, Polis Nr. 72/2013, FernUniversität Hagen 2013; *Holtkamp/Wiechmann*, Genderranking deutscher Großstädte 2013, S. 20.

61 Einen intersektionalen Blick auf *gender* und *minority quotas* werfen *Celis u. a.*, *International Political Science Review* 2014, 41; *Hughes*, *American Political Science Review* 2011, 604.

Die politische Inklusion von Migrant\*inne durch eine Öffnung des Wahlrechts für Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit – über das Kommunalwahlrecht von Unionsbürger\*innen hinaus – wurde von der Verfassungsrechtsprechung für unzulässig erklärt. Eine demokratische Legitimation der Staatsgewalt, so das Bundesverfassungsgericht und der Staatsgerichtshof Bremen, könne allein durch das deutsche Volk vermittelt werden. Daher bleibe der Bundesgesetzgebung allein die Möglichkeit, das Recht der Staatsangehörigkeit zu ändern.<sup>62</sup> Aus einer föderalen Perspektive wird damit die Entscheidung über die politische Inklusion von Menschen mit ausländischer Staatsangehörigkeit auch bei den Landeswahlen allein der Bundesebene zugeordnet. Die Länder verfügen damit für das Ausländerwahlrecht jenseits des kommunalen Wahlrechts für Unionsbürger\*innen über keine Gesetzgebungskompetenz.

### 1.2 Verfassungspraxis

Die dargestellten Zahlen verweisen auf ein anhaltendes Repräsentationsungleichgewicht in den Parlamenten. Dennoch sieht die herrschende Literatur der deutschen Verfassungswissenschaft dies nicht als ein relevantes demokratisches Defizit an, sodass die Unterrepräsentation von Frauen in aktuellen Monografien, Handbüchern und Kommentaren schlicht nicht zum Thema gemacht wird.<sup>63</sup> Dementsprechend werden derzeit weder Reformen des Wahlrechts noch die Einführung gesetzlicher Quotenregelungen als institutionelle Inklusionsmechanismen wissenschaftlich diskutiert. Diese Dethematisierung der Geschlechterungleichheit in staatlichen Institutionen ist auf ein individualisierendes

62 BVerfGE 83, 37, *Ausländerwahlrecht I* (1990); 83, 60, *Ausländerwahlrecht II* (1990); eine ethnische Interpretation des Volksbegriffs lehnt das BVerfG allerdings ab, da diese gegen die »Menschenwürde aller, die der ethnischen Volksgemeinschaft nicht angehören« und damit gegen das Demokratieprinzip verstoße, BVerfG, Urteil v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 844; StGH Bremen, Urteil v. 8.7.1991, St 2/91; Urteil v. 3.1.2014, St 1/13; für ein Ausländerwahlrecht *Hanschmann*, ZParl 2009, 74.

63 *Wild*, Die Gleichheit der Wahl; *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie; *Steinberg*, Die Repräsentation des Volkes; Beiträgen in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Demokratie – Bundesorgane; in der Kommentarliteratur, z. B. *Huster/Rux*, Art. 20 GG und *Butzer*, Art. 38 GG, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG; *Pieroth*, Art. 20, Art. 38, in: Jarass/ders., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; *Dreier*, Art. 20 GG (Demokratie) und *Morlok*, Art. 38 GG, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2; *Sachs*, Art. 20 GG und *Magiera*, Art. 28 GG, in: Sachs, Grundgesetz.

Demokratieverständnis zurückzuführen, das in einem liberalen Repräsentationsmodell wurzelt.<sup>64</sup> Historisch gegen die politische Unfreiheit des Feudalismus gerichtet, verfolgt dieses Modell eine rein abstrakt-formale Perspektive, bei der es auf die konkrete soziale Verortung der Rechtssubjekte bzw. Mandatsträger\*innen nicht ankommt. In der Konsequenz wurde bisher keine Sprache für die Thematisierung von Ungleichheit in der Staatsorganisation und mithin kein Maßstab für gerechte Staatlichkeit entwickelt. Diese rein formale Perspektive des Demokratieprinzips und deren Unfähigkeit, Rechtskonflikte um eine geschlechtergerechte Repräsentation rechtlich zu verhandeln, werden nun dargestellt.

### 1.2.1 Unitäre Volkssouveränität

Die abstrakt-formale Perspektive der herrschenden Verfassungspraxis zeigt sich in der bisher zum Demokratieprinzip entwickelten Dogmatik, Art. 20 Abs. 2 GG. Diese folgt einem unitären Verständnis von Volkssouveränität, das wesentlich durch die Idee des freien Mandats geprägt ist. Das freie Mandat setzte sich mit der Französischen Revolution in Abgrenzung zum imperativen Mandat durch. Abgeordnete sollten nicht einzelne Wählergruppen, sondern die gesamte demokratische Nation repräsentieren. Das freie Mandat richtet sich historisch also einerseits gegen ein rousseausches direktdemokratisches Repräsentationsmodell und andererseits gegen die Vorstellung von Abgeordneten als Repräsentanten bestimmter Kollektive.

Im Grundgesetz werden dieser Tradition folgend Abgeordnete in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als Vertreter des gesamten Volkes definiert. Sie sind an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Im Verhältnis zum Wahlvolk gelten Abgeordnete nicht als Vertreter\*innen partikularer Gruppeninteressen sondern des öffentlichen Interesses. In der Rechtsprechung wird mit dem freien Mandat daher die Vorstellung verknüpft, dass die Abgeordneten ein ergründbares Gesamtinteresse aller Staatsbürger\*innen vertreten können und die Gesamtheit der Abgeordneten eine Gesamtrepräsentation des Volkes erreicht:<sup>65</sup> »Der Deutsche Bundestag ist das unmittelbare Repräsentationsorgan des Volkes. Er besteht aus den als Vertretern des ganzen Volkes gewählten Abgeordneten, die insgesamt die Volksvertretung bilden. Der

64 Siehe dazu auch *Röhner*, *Femina Politica* 2/2018, 40; *Röhner*, in: Will u.a., *Das Frauenwahlrecht ist nicht genug*; *Röhner*, *Unitäres Volk oder Parität?*.

65 Vertreter des ganzen Volkes: BVerfGE 112, 118 (134), *Vermittlungsausschuss* (2004); die Abgeordneten in ihrer Gesamtheit als Volksvertretung: BVerfGE 130, 318 (342), *Stabilisierungsmechanismusgesetz* (2011); 134, 141 (172), *Beobachtung von Abgeordneten* (2013).

durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet repräsentative Status der Abgeordneten (...) ist Grundlage für die repräsentative Stellung des Bundestages, der als ›besonderes Organ‹ (Art. 20 Abs. 2 GG) die vom Volk ausgehende Staatsgewalt ausübt (...).«<sup>66</sup>

Das Volk wird in dieser Perspektive als abstrakte Einheit imaginiert, die unabhängig von gesellschaftlichen Ungleichheitsverhältnissen existiert und als Einheit repräsentiert werden kann.<sup>67</sup> Auf die soziale Verortung der Repräsentant\*innen kommt es nach diesem unitären Volksverständnis nicht, weil es zu keinem Repräsentationsdefizit kommen kann, wenn die Gesamtheit der Abgeordneten eine Gesamtrepräsentation des Volkes erreicht.

### 1.2.2 Individuelle Wahlrechtsgleichheit

In der Verfassungspraxis zeigt sich eine individualisierende Perspektive darüber hinaus in einer formal gedeuteten Wahlrechtsgleichheit, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. In der Wahlrechtsgleichheit sieht das Bundesverfassungsgericht die demokratische Gleichheit aller Staatsbürger\*innen als Grundlage der staatlichen Ordnung verankert: »Für eine freiheitlich-demokratische Grundordnung, wie das Grundgesetz sie geschaffen hat, ist die Gleichbewertung aller Staatsbürger bei der Ausübung des Wahlrechts eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung.«<sup>68</sup>

Für das aktive Wahlrecht bedeutet dies, dass die abgegebenen Stimmen gleichviel zählen (gleicher Zählwert) und sich gleich stark im Wahlergebnis widerspiegeln (gleicher Erfolgswert). Da die Vergabe der Direktmandate mehrheitswahlrechtlich erfolgt und daher die Stimmen für die unterlegenen Kandidat\*innen entfallen, hat das Bundesverfassungsgericht die Erfolgswertgleichheit auch als Erfolgchancengleichheit interpretiert.<sup>69</sup> Im Fokus der verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzung steht also die Idee, dass Wahlrechtsgleichheit die Gleichheit der Stimme bzw. ein formal gleiches aktives und passives Wahlrecht bedeutet.

66 BVerfGE 130, 318 (342), *Stabilisierungsmechanismusgesetz* (2011).

67 Kritisch zu diesem monistischen Demokratieverständnis m.w.N. *Foljanty*, in: dies./Lembke, Repräsentation und Normkreation, S. 194; für einen Literaturüberblick zu Repräsentationstheorien im Spannungsfeld von Homogenität/Heterogenität siehe *Eulers*, Frauen im Wahlrecht, S. 68 ff.; rechtsvergleichend zum unitären Repräsentationsbegriff und Geschlechterquoten *Rodríguez-Ruiz/Rubio-Marín*, in: Baines/Barak-Erez/Kahana, On Parity, Interdependence, and Women's Democracy.

68 BVerfGE 6, 84 (91), *Direktmandate Schwerpunktparteien* (1957); BVerfGE 131, 316 (334), *negatives Stimmgewicht II* (2012).

69 BVerfGE 95, 335 (352 ff., 369 f.), *Überhangmandate* (1997).

Das egalitär-demokratische Prinzip der Stimmgleichheit richtet sich historisch gegen jegliche Formen des Zensus- oder Pluralwahlrechts. Während bei einem Zensuswahlrecht bestimmte Besitz-, Steuer- oder Einkommenshöhen oder Bildungsqualifikationen erforderlich waren, um das Wahlrecht zu erhalten, bekamen beim Pluralwahlrecht bestimmte Personengruppen wie Familienväter oder Grundeigentümer Zusatzstimmen, sodass ihre Präferenzen stärker ins Gewicht fielen.<sup>70</sup> In Preußen existierte beispielsweise ein Dreiklassenwahlrecht als Unterform des Zensuswahlrechts, das sich bei der Stimmengewichtung an Steuerleistungen und Einkommen orientierte. Ein Drittel der Repräsentanten wurde durch Landbesitzer und Financiers, ein Drittel durch kleinere Geschäftsleute und Beamte und ein Drittel durch die Arbeiterschaft gewählt. Alle Männer über 24 Jahre waren wahlberechtigt. Dieses Dreiklassenwahlrecht, so stellen Ralf Lindner und Rainer-Olaf Schulze fest, habe noch nicht einmal die geringen demokratischen Standards der damaligen Zeit erfüllt.<sup>71</sup>

Vor diesem historischen Hintergrund wird die Wahlrechtsgleichheit heute als striktes Differenzierungsverbot verstanden: »Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gebietet, dass alle Staatsbürger das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können. Er ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen (...).«<sup>72</sup> Dieses Differenzierungsverbot bezieht sich über die Stimmengewichtung hinaus auf den gesamten Wahlprozess, von der Aufstellung der Kandidat\*innen, über die Wahlwerbung bis hin zur Auszählung.

Aufgrund des streng formalen Charakters der Wahlrechtsgleichheit, so das Bundesverfassungsgericht, verbleibe der Gesetzgebung nur ein enger Spielraum für Differenzierungen. Gesetzliche Differenzierungen seien nur bei »zwingenden Gründen« oder neuerdings bei kollidierendem Verfassungsrecht sowie unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit zulässig. Zu den zulässigen Gründen zählen eine funktionierende Regierungsbildung, der Integrationscharakter der Wahl sowie durch die Verfassung legitimierte Gründe, die der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten können.<sup>73</sup>

Das streng formale Verständnis der Wahlrechtsgleichheit verweist auf eine individualisierende Rationalität, die das einzelne Subjekt und sein

70 Nohlen, *Wahlrecht und Parteiensystem*, S. 43 f.

71 Lindner/Schulze, in: Nohlen/Stöver, *Germany*, S. 726. Das allgemeine Männerwahlrecht führte Reichskanzler von Bismarck 1869 für den Norddeutschen Bund und 1871 für das deutsche Reich ein.

72 BVerfGE 121, 266 (295), *negatives Stimmgewicht I* (2008); ähnliche BVerfGE 124, 1 (18), *Nachwahl* (2009); 129, 300 (317), *5%-Klausel EuWG* (2011); 135, 259 (284), *3%-Klausel EuWG* (2014).

73 BVerfGE 121, 266 (297 f.), *negatives Stimmgewicht I* (2008); 124, 1 (19), *Nachwahl* (2009); 129, 300 (320), *5%-Klausel EuWG* (2011); 131, 316



»Recht auf freie und gleiche Teilhabe an der demokratischen Selbstbestimmung«<sup>74</sup> abstrakt versteht und weder die Kollektivität des Wahlaktes, noch die differente soziale Positionierung der Wahlberechtigten noch das tatsächlich erzielte Wahlergebnis in den Blick nimmt. Dieses Verständnis scheint auch in einem Nichtannahmebeschluss von 2015 durch. In diesem musste sich die Dritte Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts indirekt mit der Zulässigkeit parteiinterner Frauenquoten befassen, als sie über eine Verfassungsbeschwerde wegen Versagung von Prozesskostenhilfe zu entscheiden hatte.<sup>75</sup> Dabei schloss sich die Kammer in wenigen Sätzen der herrschenden Literaturmeinung an, dass Geschlechterquoten zwar aufgrund der Wahlgrundsätze, die auch für die demokratische Organisation von Parteien bindend sind, als Beeinträchtigung der passiven Wahlrechtsgleichheit rechtfertigungsbedürftig, aber durch die Parteifreiheit gedeckt seien; denn die Parteifreiheit ermögliche es, die Parteiorganisation programmatischen Zielen entsprechend auszugestalten.<sup>76</sup>

Eine relationale Perspektive, die die ungleiche Präsenz von Frauen anhand einer materialen Wahlrechtsgleichheit, die sich an der Dogmatik des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG orientiert, diskutiert, bleibt im Nichtannahmebeschluss von 2015 und in der Kommentarliteratur dethematisiert.<sup>77</sup> Die konstitutionelle Normalität scheint eine Wahlrechtsgleichheit zu sein, die trotz der augenfälligen Unterrepräsentation von Frauen diese nicht als demokratisches Problem versteht und Demokratie in einem individualisierenden aktivem und passivem Wahlrecht erschöpft.

(338 f.), *negatives Stimmgewicht II* (2012); 135, 259 (286 f.), 3%-Klausel *EuWG* (2014).

74 BVerfGE 131, 316 (336), *negatives Stimmgewicht II* (2012).

75 BVerfG, Kammerbeschluss v. 1.4.2015, 2 BvR 3058/14, Rn. 25; *Penz*, DÖV 2015, 963. In dem Fall ging es allerdings nicht um Wahllisten, sondern das Amt des Beisitzers im Bundesvorstand der Partei. Zuvor gab es zu Frauenquoten bereits einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, der jedoch mit dem Hinweis, dass es Rechtsschutz erst nach einer Wahl geben könne, abgelehnt wurde, BVerfG, 134, 135, *Rechtsschutz im Wahlverfahren* (2013).

76 BVerfG, Kammerbeschluss v. 1.4.2015, 2 BvR 3058/14, Rn. 25.

77 Keine Thematisierung der Unterrepräsentation von Frauen als demokratisches Problem: *Morlok*, Art. 38 GG, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2; *Magiera*, Art. 38 GG, in: Sachs, Grundgesetz; *Klein*, Art. 38 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 60, Okt. 2010. Ebenso keine Thematisierung in *Wild*, Die Gleichheit der Wahl; *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie; *Steinberg*, Die Repräsentation des Volkes. Zur gesetzlichen Quote ein Satz bei *Pieroth*, Art. 38 GG, in Jarass./ders., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 29. Im Hinblick auf freiwillige Quotierungen bei der Kandidat\*innenaufstellung, aber ohne die Unterrepräsentation von Frauen als demokratisches Problem auszuweisen, *Achterberg/Schulte*, Art. 38 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 144 ff.

## 1.2.3 Rheinland-Pfalz: Wahlzettel

Während die unzureichende Präsenz von Frauen in den Parlamenten noch nicht vom Bundesverfassungsgericht prominent verhandelt wurde, musste sich der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz damit im Jahr 2014 beschäftigen. Anlass war eine Änderung des Kommunalwahlgesetzes. Da nach der Kommunalwahl im Jahr 2009 nur 16,8 Prozent der Mandate der rheinland-pfälzischen Gemeindevertretungen an Frauen gegangen waren, wurde das Kommunalwahlgesetz unter der SPD-geführten Landesregierung im Jahr 2013 dahingehend geändert, dass auf die Wahlzettel fortan der Gleichberechtigungsauftrag gemäß Art. 3 Abs. 2 GG, der Frauenanteil in der konkreten Kommunalvertretung zwei Monate vor der Wahl und das Geschlecht der Kandidat\*innen abgedruckt werden musste.<sup>78</sup> Zudem musste für die Verhältniswahl der Frauenanteil der aussichtsreichsten Plätze jeder Wahlliste angegeben werden. Neben dem Abdruck geschlechtsspezifischer Angaben sah das Gesetz das Führen einer Paritätsstatistik durch das Statistische Landesamt sowie die gesetzliche Aufforderungen an die Parteien und freien Wählergruppen, die Wahlvorschläge geschlechterparitätisch zu besetzen, vor. Konträr zu den Angaben auf den Wahlzetteln wurden diese letztgenannten Änderungen vom Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz als verfassungsrechtlich zulässig bewertet.

Die geschlechtsspezifischen Angaben auf dem Wahlzettel verstießen nach Ansicht des Rheinland-Pfälzischen Verfassungsgerichtshofs gegen den Grundsatz der Freiheit der Wahl gemäß Art. 50 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 76 Abs. 1 VerfRhPf.<sup>79</sup> Die Freiheit der Wahl gewähre den »unbedingten Schutz« vor staatlicher Einflussnahme durch eine Wahlempfehlung beim Wahlakt. Die freie Willensbildung der Wähler\*innen könne zwar durch verfassungsrechtlich legitimierte Gründe beschränkt werden. So sei z. B. eine spezifische Wahlzettelgestaltung zum Zwecke der erleichterten Durchführung der Wahl grundsätzlich rechtfertigbar. Eine Einwirkung auf den Inhalt des Wählerwillens zum Zeitpunkt der Stimmabgabe sei jedoch ausgeschlossen: »Das gilt selbst dann, wenn sie die Verwirklichung materieller Verfassungsaufträge fördern sollen und keinen parteiergreifenden Charakter haben. Die dann unbedingte Unzulässigkeit der staatlichen Einwirkung auf die Willensbildung des Wählers folgt in diesem Fall bereits aus ihrem unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammentreffen mit dem eigentlichen Wahlakt.«<sup>80</sup>

78 Sechzehntens Landesgesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes v. 8.5.2013, GVBl. 2013, S. 139.

79 VerfGH RhPf, Beschluss v. 13.6.2014, VGH N 14/14, VGH B 16/14; am 4.4.2014 war eine Eilentscheidung dazu ergangen, VerfGH RhPf, Beschluss v. 4.4.2014, VGH A 15/14, VGH A 17/14; *Laubinger*, NVwZ 2014, 121.

80 VerfGH RhPf, Beschluss v. 13.6.2014, VGH N 14/14 und VGH B 16/14, Rn. 53.

Für diese Argumentation wählt das Gericht emphatische Worte, die die Begründung der demokratischen Ordnung im freien Subjekt verortet. Der Wahlakt als »Grundakt demokratischer Legitimation« setze eine unbedingte zeitliche Grenze. Er sei nicht nur der »Kulminationspunkt der Phase der Willensbildung des Volkes«, sondern die »Willensbetätigung jedes einzelnen Bürgers als Ursprung der Staatsgewalt in der Demokratie«. <sup>81</sup>

Mit der Betonung der Bedeutung der freien Wahl knüpft das Gericht an traditionelle Maßstabsbildungen an, die auf die egalitäre Bedeutung der Demokratie in historischer Abgrenzung zur Ständeordnung und zum Faschismus verweisen. Auf den Gleichberechtigungsauftrag geht das Gericht demgegenüber nur mit wenigen Sätzen ein, auf die weiterhin existierende massive Unterrepräsentation des weiblichen Geschlechts mit keinem Wort. Es erörtert insbesondere nicht, was der staatliche Auftrag, die Gleichberechtigung auch tatsächlich durchzusetzen, für die rechtliche Regulierung demokratisch-repräsentativer Wahlprozesse bedeutet. Stattdessen wertet es den Gleichstellungsauftrag zu einem nicht beachtenswerten materiellen Verfassungswert ab. <sup>82</sup>

Im Ergebnis kann dem Beschluss zugestimmt werden, schließlich sollte die Geschlechterangabe auf dem Wahlzettel darauf zielen, die Wahlentscheidung zugunsten der Parteien, die viele Kandidatinnen aufgestellt haben, zu beeinflussen und an Wähler\*innen zu appellieren, sich möglicherweise noch einmal umzuentcheiden. Der rheinland-pfälzischen Legislative hätten sicherlich auch andere Optionen offen gestanden, eine faire Repräsentation von Frauen in kommunalen Vertretungen sicherzustellen.

Dennoch ist beachtlich, dass die Gleichberechtigung der Geschlechter und deren Durchsetzung, so wie sie in Art. 17 Abs. 3 VerfRhPf oder Art. 3 Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 GG festgehalten ist, grundsätzlich über den gleichen verfassungsrechtlichen Rang wie die Wahlfreiheit verfügen. Indem das Gericht eine Erörterung dieser Verfassungsnormen unterlässt, privilegiert es aber den Maßstab der Wahlfreiheit und stellt die Frage nach der fairen Repräsentation von Frauen erst gar nicht. Stattdessen qualifiziert der Verfassungsgerichtshof die Geschlechterangabe als »Störung« in der privaten Situation der Stimmabgabe, »in der sich der individuelle politische Wille des einzelnen Wählers ungestört

81 Ebenda, Rn. 55.

82 »Vor diesem Hintergrund kann eine inhaltliche Einwirkung auf das Ergebnis der Entscheidung des Wählers im Zeitpunkt des Wahlaktes und in der Privatheit der Wahlkabine durch eine Gestaltung des Stimmzettels auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie sonstigen, materiellen Verfassungswerten – etwa Gleichheits- und Freiheitsrechten oder Staatszielbestimmungen – diene.«, Ebenda, Rn. 57.

entfalten« können soll.<sup>83</sup> Die freie demokratische Entscheidung werde infrage gestellt, da an Wähler\*innen appelliert werde, bevorzugt Kandidat\*innen desjenigen Geschlechts zu wählen, das unterrepräsentiert sei. Dass ein Mandatsträgerinnenanteil von 16,8 Prozent möglicherweise eine »Störung« eines Rechts des weiblichen Geschlechts auf effektive Repräsentation oder eine »Störung« der Institution der repräsentativen Demokratie sein könnte, wird demgegenüber nicht erörtert. Die Freiheit der Wahl wird als Voraussetzung einer »funktionsfähigen Demokratie« bestimmt,<sup>84</sup> eine geschlechtergerechte Repräsentation in kommunalen Vertretungskörperschaften hingegen nicht. Die Maßstabsbildung folgt daher einer abstrakten und damit tendenziell maskulinen Perspektivität.

Wenn man bedenkt, dass sich Dogmatik diskursiv weiterentwickelt und die Anknüpfung an alte Urteile, auch wenn sie im konkreten Fall negativ ausfallen, üblich ist, dann zeigt sich, dass die Adressierung des Gleichberechtigungsziels dazu hätte beitragen können, die faire Repräsentation von Frauen als Thema ins verfassungsrechtlich verhandelbare Feld zu holen. Demokratie als Grundlage für gerechte Geschlechterbeziehungen scheint derzeit jedoch kein argumentierbares Anliegen in Rheinland-Pfalz zu sein.

#### 1.2.4 Bayern: Paritätische Wahlvorschläge

Das Aktionsbündnis »Parité in den Parlamenten« hat im November 2016 eine Popularklage beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof eingereicht, um die fehlende geschlechtergerechte Ausgestaltung der Regelungen zum Wahlvorschlagsrecht der Parteien zu den Landtags-, Bezirkstags-, Gemeinde- und Landkreiswahlen verfassungsrechtlich überprüfen zu lassen. Das Aktionsbündnis beantragte, diese Regelungen für verfassungswidrig zu erklären und die Gesetzgebung zu verpflichten, die strukturelle Benachteiligung von Frauen bei der Aufstellung der Wahlvorschläge durch paritätische Wahlvorschlagsregeln zu beseitigen. Es argumentierte, dass die fehlende paritätische Ausgestaltung der Wahlvorschlagsregeln gegen die Chancengleichheit von Kandidatinnen verstoße und stützte dies auf das Gleichberechtigungsgebot, das Diskriminierungsverbot, die Wahlrechtsgleichheit sowie die Demokratie- und Rechtsstaatsprinzipien. Außerdem rügte es ein pflichtwidriges Unterlassen der Gesetzgebung, den Förder- und Durchsetzungsauftrag zur tatsächlichen Gleichstellung gemäß Art. 118 Abs. 2 S. 2 BayVerf umzusetzen.

83 Ebenda, Rn. 56.

84 Ebenda, Rn. 41.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof sah dies anders und wies die Popularklage als unbegründet zurück. Er verfolgt eine am gängigen Demokratieverständnis orientierte formale Interpretation der Wahlrechtsgleichheit und des Demokratieprinzips. Die angegriffenen gesetzlichen Bestimmungen würden in ihrer neutralen Gestaltung einen formalisierten Wahlvorgang gewährleisten und die Geschlechter gleichbehandeln. Das Fehlen paritätischer Regelungen stelle auch keine mittelbare Diskriminierung dar, weil die vom Aktionsbündnis behauptete Diskriminierung eine faktische Diskriminierung durch Dritte – nämlich durch die Parteien und Wählergruppen – und damit keine Diskriminierung durch die Regelungen selbst sei. Eine durch das Verhalten von Dritten verursachte faktische Diskriminierung sei nicht vom Schutzzweck des Verbots der mittelbaren Diskriminierung umfasst.<sup>85</sup> Auch läge kein Verstoß gegen das Recht von Wählerinnen auf gleichberechtigte demokratische Teilhabe vor, da sich dieses Recht auf die vom Geschlecht unabhängige gleichberechtigte Teilhabe aller Wahlberechtigten beziehe. Ebenso führe eine »gewisse« Unterrepräsentation von Frauen zu keiner Verletzung des Demokratieprinzips. Mit Verweis auf das freie Mandat und dem darin zum Ausdruck kommenden Demokratieverständnis einer Gesamtrepräsentation argumentiert der Bayerische Verfassungsgerichtshof, dass es kein Recht einer Bevölkerungsgruppe auf Repräsentation bzw. kein Erfordernis einer spiegelbildlichen Repräsentation des Wahlvolks gäbe.<sup>86</sup> Schließlich bestehe auch keine Pflicht der Gesetzgebung, die gewisse Unterrepräsentation von Frauen zu beseitigen, da sie über einen weiten Gestaltungsspielraum verfüge und daher nicht auf eine konkrete Maßnahme verpflichtet werden könne. Bei der Quote handele es sich außerdem um ein besonders problematisches Instrument zur Gleichstellung, weil es nicht auf Chancen- sondern auf Ergebnisgleichheitsziele und mit der Gleichheit männlicher Kandidaten sowie der Parteifreiheit im Konflikt stehe.<sup>87</sup>

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof stützt seine Entscheidung also auf die gängigen Argumentationsmuster, die aufgrund ihrer abstrakt-formalen Perspektive die anhaltende Unterrepräsentation von Frauen als kein verfassungsrechtliches, insbesondere kein demokratisches, Problem begreifen. Während er ausführlich seine formale Perspektive begründet, fällt auf, dass er zwar durchaus anerkennt, dass es andere Perspektiven geben mag, er aber nicht bereit ist, diese inhaltlich nachzuvollziehen.

Es fällt beispielsweise auf, dass der Bayerische Verfassungsgerichtshof empirische Zahlen nicht heranzieht, um eine mittelbare Diskriminierung zu prüfen, sondern allein, um die Notwendigkeit von Quotenregelungen infrage zu stellen. So haben die bereits existierenden partiinternen

85 Ebenda, Rn. 91.

86 Ebenda, Rn. 99 ff., 110 ff.

87 Ebenda, Rn. 121 ff., 132.

Quotenregelungen nicht automatisch zu höheren Frauenanteilen geführt, daher läge die Geeignetheit von paritätischen Regelungen nicht auf der Hand. Auch würden die Zahlen zeigen, dass kein akutes Problem vorläge, schließlich sei der Frauenanteil seit 1946 je nach legislativem Organ auf etwa 20 bis 30 Prozent angestiegen. Eine Beschleunigung dieses Prozesses sei verfassungsrechtlich nicht geboten.<sup>88</sup> Nach einem materialen Diskriminierungsverständnis stellt ein numerisches Ungleichgewicht jedoch ein Indiz für eine strukturelle Benachteiligung bzw. eine mittelbare Diskriminierung dar, sodass eine Prüfung der tatsächlichen Hürden für eine geschlechtergerechte Nominierung und Repräsentation, gegebenenfalls unter Hinzuziehung politikwissenschaftlicher Literatur und empirischer Zahlen, angezeigt gewesen wäre.

Aufgrund der Relativierung des Repräsentationsungleichgewichts wundert es auch nicht, dass der Bayerische Verfassungsgerichtshof die Bedeutung des Gleichberechtigungsgebots gemäß Art. 118 Abs. 2 S. 2 BayVerf für den politischen Bereich nicht erörtert. Dessen Bedeutung scheint sich nicht auf den staatlichen Bereich zu erstrecken. Warum dies der Fall sein soll, bleibt in der Entscheidung ungeklärt.

Schließlich irritiert, dass das Gericht die politischen Parteien als »private Dritte« beschreibt, für deren Verhalten der Staat nicht verantwortlich zu sein scheint. Damit dethematisiert es zum einen die besondere Rolle der politischen Parteien für die Nominierung staatlicher Mandatsträger\*innen und nimmt zum anderen »private Dritte« vom Verbot der mittelbaren Diskriminierung – konträr zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG und entsprechend einer angenommenen Trennung der gesellschaftlichen von der staatlichen Sphäre – aus.

### 1.3 *Relationale Demokratie – drei Vorschläge*

Ansätze einer relationalen Perspektive gehen konträr zum herrschenden Diskurs davon aus, dass es ein demokratisches Problem darstellt, wenn repräsentativ-demokratische Prozesse von einer hegemonialen Subjektivität dominiert werden. Für sie macht es einen Unterschied, wer in legislativen Organen anwesend ist und den oder die demokratischen Willen repräsentiert. Sie stellen dem unitären Volkssouveränitätsverständnis daher ein materiales oder gruppenpluralistisches Verständnis von Demokratie entgegen. In der politischen Theorie hat dies z. B. Anne Phillips mit ihrer Unterscheidung zwischen einer Politik der Ideen, bei der es nicht auf die Subjektpositionen der Repräsentierenden ankommt, und einer Politik der Präsenz, die die Anwesenheit heterogener

88 Ebenda, Rn. 148 ff.

Repräsentant\*innen als ein demokratisches Prinzip ausweist, argumentiert. Mit Phillips und anderen Autorinnen kann eine relationale Interpretation des Demokratieprinzips entwickelt werden (1.4), die die geschlechtliche Codierung repräsentativer Demokratie als demokratisches und damit verfassungsrechtliches Problem begreift.<sup>89</sup> Dafür gibt es in der Literatur bisher drei, nicht trennscharfen, Argumentationsansätze: Gruppenrepräsentation (1.3.1), Geschlechterdemokratie (1.3.2) und effektive Repräsentation (1.3.3). Diese führen in praktischer Hinsicht zu einer Bewertung einer paritätischen Wahlrechtsreform als Realisierung des Demokratieprinzips (1.3.4).

### 1.3.1 Gruppenrepräsentation

Im deutschen Kontext hat Kathrin Eulers für einen gruppenorientierten Repräsentationsbegriff argumentiert. Nach ihr zielt repräsentative Demokratie auf die gleichmäßige Vertretung von Gruppen in Parlamenten. Dies schlussfolgert sie aus einem pluralistischen Repräsentationsverständnis, da nur dieses einen Konsens zwischen Regierenden und Regierten erzeugen könne: Das »Recht auf Teilhabe an der politischen Willensbildung in Freiheit und Gleichheit als selbstverständliches Postulat der freiheitlichen Demokratie wird daher erst vervollständigt durch die kollektive Dimension in Gestalt der parlamentarischen Gruppenrepräsentation.«<sup>90</sup>

Frauen versteht Eulers als interessensgemäß geeinte Kollektivität, die in der Verfassung im Vergleich zu anderen gesellschaftlichen Gruppen besonders herausgehoben wird und darüber hinaus die Mehrheit der Gesellschaft bildet. Ihnen komme daher ein parlamentarischer Vertretungsanspruch zu. Diesen verankert sie in der Wahlgleichheit in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 GG: »Diese Gruppenbezogenheit der Wahlgleichheit, die sich aus ihrem systematischen Zusammenhang zur pluralistisch-demokratischen Repräsentation ergibt, offenbart die eigentliche Rechtsqualität des hier aufgewiesenen Inhalts des Grundsatzes von der gleichen Wahl: er sichert als ein Gruppengrundrecht der Gruppe der Frauen ihre Beteiligung im parlamentarischen Willensbildungsprozess.«<sup>91</sup>

An Ideen von Gruppenrepräsentation schließen sich die Fragen an, welche Gruppen dafür relevant wären und wie stark Gruppenzugehörigkeiten definiert wird. Wer darf für wen sprechen? Wer darf wen repräsentieren? Während Eulers auf die prominente Adressierung der Geschlechtergleichheit im Grundgesetz abstellt, um den Repräsentationsanspruch

89 Röhner, *Femina Politica*, 2/2018, 40 ff.; Röhner, in: Will u.a., *Das Frauenwahlrecht ist nicht genug*. Siehe auch das Schwerpunktheft des Deutschen Juristinnenbundes zu 100 Jahre Frauenwahlrecht, *dJbZ* 3/2018, 141 ff.

90 Eulers, *Frauen im Wahlrecht*, S. 85 ff., Zitat S. 89 f.

91 Ebenda, S. 97.

von Frauen zu begründen, verweisen andere Autorinnen stärker auf konkrete Exklusionserfahrungen. Knüpft man z. B. an Anne Phillips an, dann kann mit ihr ein schwacher Gruppenbegriff verfolgt werden, der nicht von »authentischen« Gruppenerfahrungen oder einheitlichen Willen bestimmter Identitäten, sondern von Pluralität und Differenz innerhalb von Gruppen ausgeht. Diese Annahme negiert jedoch nicht, dass es bestimmte Erfahrungen gibt, die überwiegend von einer spezifischen gesellschaftlichen Gruppe gemacht werden. Bestimmte Erfahrungen sind vergeschlechtlicht, rassialisiert, ethnisiert oder klassenbasiert. Beispielsweise entscheidet sich nicht jede Frau für Kinder oder für die Betreuung der eigenen Eltern, dennoch ist Sorgearbeit für Kinder und Alte keine geschlechtsneutrale, sondern eine vergeschlechtlichte Erfahrung.<sup>92</sup>

Für die Bestimmung der relevanten Gruppen, die in Parlamenten repräsentiert sein sollen, argumentiert Phillips gegen den Versuch, alle denkbaren gesellschaftlichen Gruppierungen in Parlamenten abbilden zu wollen. Stattdessen plädiert sie für diejenigen Gruppen, die historisch besonders unterdrückt und aus politischen Repräsentationsstrukturen ausgeschlossen waren. Anstatt also abstrakt ein Spiegelbild der Gesellschaft zu fordern, kommt es auf konkrete Exklusionserfahrungen an. Die relevanten Gruppen sind für sie in den USA Frauen und die schwarzen Bürger\*innen, weil diese über soziale Bewegungen immer um politische Inklusion gekämpft haben.<sup>93</sup> Mit dieser schwachen Gruppenkonzeption entgeht Phillips dem Vorwurf einer ständischen, vormodernen Repräsentationskonzeption und fundiert pluralistische Repräsentation in konkreten historischen Kämpfen um politische Inklusion.

Auch Iris Young hat für die Repräsentation von Gruppen argumentiert. Sie löst das Problem essentialisierender Gruppenidentitäten und interner Differenzen prozedural. In ihrem Modell sollen sich die Gruppen selbst organisieren und über lokale und regionale Prozesse einen eigenen politischen Willen ausbilden, der dann in staatlich-repräsentative Strukturen eingespeist werden soll.<sup>94</sup>

Während Phillips Youngs normatives Interesse teilt, die politische Dominanz der hegemonialen Subjektposition durch die Inklusion benachteiligter Gruppen aufzubrechen, hält sie umfangreiche Gruppenprozesse

92 *Phillips*, *The Politics of Presence*, S. 66 ff. »Women occupy a distinct position within society: they are typically concentrated, for example, in lower paid jobs; and they carry the primary responsibility for the unpaid work of caring for others. There are particular needs, interests, and concerns that arise from women's experience, and these will be inadequately addressed in a politics that is dominated by men. Equal rights to vote have not proved strong enough to deal with this problem; there must also be equality among those elected to office.«, S. 66.

93 *Ebenda*, S. 46 f.

94 *Young*, *Justice and the Politics of Difference*, S. 183 ff.



nur auf der lokalen Ebene für machbar.<sup>95</sup> Für die Bundesebene sieht sie keine Möglichkeit, einen politischen Gruppenwillen zu bilden und im Parlament zu vertreten. Daher zielt ihre, im Vergleich zu Young schwächere, Konzeption von Gruppenrepräsentation allein auf die Sicherstellung der Präsenz durch institutionelle Mechanismen, wie etwa Quotenregelungen oder die Neuziehung von Wahlkreisgrenzen zugunsten schwarzer Kandidat\*innen.<sup>96</sup> Dabei gäbe es aber keine Garantie, dass sich eine Präsenz der Anderen in eine Politik *für* die Anderen übersetzen werde. Zwar sei mit der Präsenz schon die Annahme eines Transformationspotentials von Politik verbunden,<sup>97</sup> da erst dann abwesende Positionen formuliert und dominante Ansichten infrage gestellt werden können, jedoch stelle bereits die Präsenz ein normatives, demokratisches Prinzip im Sinne einer symbolischen Repräsentation dar: »Including those previously excluded matters even if it proves to have no discernible consequences for the policies that may be adopted. Part of the purpose, that is, is simply to achieve the necessary inclusion: to reverse previous histories of exclusion and the way these constituted certain kinds of people as less suited to govern the rest.«<sup>98</sup> Symbolische Repräsentation nach Phillips bedeutet daher die Anerkennung Anderer als Gleiche einerseits und die Umverteilung politischer Macht zugunsten fairer Repräsentation andererseits.

### 1.3.2 Geschlechterdemokratie

Das Argument von Anne Phillips, dass eine gleichberechtigte Präsenz ein demokratisches Prinzip darstellt, kann mit Blanca Rodríguez-Ruiz und Ruth Rubio-Marín dahingehend konkretisiert werden, dass gleichberechtigte Präsenz paritätische Anwesenheit bedeutet. Sie argumentieren für ein *parity democracy model*, das ich hier frei mit Geschlechterdemokratie übersetzen möchte.<sup>99</sup> Nach diesem könne Demokratie verfassungsrechtlich heute nichts anderes als paritätische Demokratie bedeuten.

Eine solche im herrschenden Verfassungsdiskurs abwesende These leiten sie aus einer Kritik der liberal-demokratischen Staatlichkeit und des autonomen Subjekts her. Auf Carol Patemans Ausführung zum *sexual contract*, nach dem liberale Ordnungen nicht nur auf einem Gesellschaftsvertrag sondern auch auf einem Geschlechtervertrag gründen,

95 Phillips, *The Politics of Presence*, S. 54 f.

96 Ebenda, Kap. 3 und 4.

97 Hierfür wird in der Literatur eine *critical mass* von 30 Prozent diskutiert, dazu Childs/Krook, *Political Studies* 2008, 725.

98 Phillips, *The Politics of Presence*, S. 40.

99 Rodríguez-Ruiz/Rubio-Marín, in: Baines/Barak-Erez/Kahana, *On Parity, Interdependence, and Women's Democracy*, S. 199 ff.

zurückgreifend, kritisieren sie die geschlechtlich codierte Trennung von privater und öffentlicher Sphäre als Strukturmoment des modernen Staates und die Identifikation von Subjektivität und Bürgerschaft mit Unabhängigkeit: »As a foundational myth of the state, the social-sexual contract thus constructs the public sphere as a space for the interaction of citizens, conceptualized as independent individuals as males. It pushes dependency, and women, beyond the state's area of concerns. (...) Democracy, citizenship, and representation are constructed, in brief, as the field of independence. It is independence, conceptualized as male, which representative democracy was supposed to represent.«<sup>100</sup> Paritätische Demokratie solle dies redefinieren und helfen, Bürgerschaft, Demokratie und Repräsentation als interdependente Phänomene zu denken. Dafür müsse Abhängigkeit als relevantes (und feminin codiertes) Moment menschlichen Lebens stärker in die Öffentlichkeit und das Politische geholt und damit Autonomie nicht länger als Unabhängigkeit sondern Interdependenz gedacht werden: »Dependence and its management, caring and being cared for, thus find a dignified space within the public sphere, not as deviations from, but as defining elements of the ideal of the individual and the citizen. (Inter)dependency and care become constituent components of citizenship.«<sup>101</sup>

Rodríguez-Ruiz und Rubio-Marín argumentieren also, dass der Ausschluss des Weiblichen historisch konstitutiv für moderne Staatlichkeit und repräsentative Demokratie ist und daher genau diese nun geschlechtergerecht redefiniert werden müssen. In diesem Sinne argumentieren sie wie Phillips nicht pauschal für ein gruppenpluralistisches Repräsentationsmodell, sondern für die politische und verfassungsrechtliche Inklusion der historisch strukturell ausgeschlossenen Gruppe der Frauen. Dies bedeute nicht, dass die Unterrepräsentation von anderen Gruppen nicht ebenso demokratische Legitimationsprobleme aufwerfen würde, es existiere aber kein einheitliches Begründungsmuster. Die Überwindung des undemokratischen Geschlechtervertrags ziele auf die Inklusion von Frauen.<sup>102</sup>

Wie die Argumentation von Rodríguez-Ruiz und Rubio-Marín zeigt, kann Demokratie historisiert und kontextualisiert werden, um auf diese Weise Demokratie nicht losgelöst von den realen gesellschaftlichen Bedingungen zu denken und eine relationale Perspektive zu entwickeln. Indem sie moderner Staatlichkeit über die Trennung der öffentlichen von der privaten Sphäre als historisch mit der Geschlechterungleichheit verstrickt thematisieren, gelingt ihnen die systematische Verknüpfung von Staatlichkeit, demokratischer Repräsentation und Geschlechterverhältnissen.

100 Ebenda, S. 200.

101 Ebenda, S. 201.

102 Ebenda, S. 201 f.

## 1.3.3 Effektive Repräsentation

Politische Inklusion wird darüber hinaus anhand einer materialen Interpretation des demokratischen Wahlrechts und des Demokratieprinzips diskutiert. Im angelsächsischen Kontext wird dies mit einem *right to effective representation* gefasst. So argumentiert z.B. Kathleen L. Barber: »the right to vote is the right to cast an effective vote, and implied in ›effective‹ is the right to representation.«<sup>103</sup> Hierzu gehöre, dass Menschen die Möglichkeit bekommen, aus ihrer Gruppe heraus eine angemessene Anzahl von Vertreter\*innen zu wählen. In diesem Sinne hat der *Supreme Court of Canada* das konstitutionelle Wahlrecht aus *section 3* der *Canadian Charta of Rights and Freedoms* nicht entsprechend des Prinzips der *equal representation* sondern der *effective representation* ausgelegt als es um die Neuziehung von Wahlkreisgrenzen und die Vertretung von Stadt- und Landbevölkerungen ging: »the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the Charter is not equality of voting power per se, but the right to ›effective representation‹.«<sup>104</sup> Das Wahlrecht sei nicht nur auf die Formel »one person, one vote«<sup>105</sup> zu bringen, vielmehr seien auch andere Faktoren als die Stimmgleichheit für die Interpretation des konstitutionellen Wahlrechts wichtig: »while the principle of population was considered to a very great extent, other considerations were also held to have weight; so that different interests, classes and localities should be fairly represented, that the principle of numbers should not be the only one.«<sup>106</sup>

Im deutschen Diskurs argumentiert Silke Ruth Laskowski für eine effektive Repräsentation und für die Einführung eines paritätischen Wahlgesetzes.<sup>107</sup> Sie greift dafür die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur »effektiven Einflussnahme« auf. Effektive Einflussnahme bedeute nach dem Bundesverfassungsgericht die Rückbindung der Staatsgewalt an den demokratischen Volkswillen, daher könne demokratische Legitimation nur bei effektiver Einflussnahme erzeugt werden. Weil aber das deutsche Wahlrecht nach Laskowski nicht die gleiche demokratische Teilhabe und damit die gleiche effektive Einflussnahme von Bürgerinnen sicherstelle, bestünde ein demokratisches Legitimationsdefizit. Volkssouveränität verstanden als gleiche effektive Teilhabe und Einflussnahme könne bei einem weiblichen Bevölkerungsanteil von etwa 51 Prozent nur paritätische Demokratie bedeuten: So ziele »die durch die repräsentative parlamentarische Demokratie vermittelte ›Volksherrschaft‹ aus der Perspektive des 21. Jahrhunderts zwingend auf eine faire, gleichberechtigte

103 Barber, *A Right to Representation*, S. xii.

104 *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, 2 S.C.R. 158 (1991), 183.

105 *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368, 381 (1963).

106 *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, 2 S.C.R. 158 (1991), 185; *Behrman*, *American Journal of Legal History* 2011, 277.

107 Laskowski, *djbZ* 2014, 93 (97 ff.).

Teilhabe von Frauen und Männern an der politischen Herrschaftsausübung.«<sup>108</sup> Wie der *Supreme Court of Canada* geht auch Laskowski davon aus, dass effektive Teilhabe an der Staatsgewalt sich nicht in formal gleichen Wahlrechtsvorschriften erschöpft, es vielmehr auf die tatsächliche Repräsentation in den Parlamenten, also auf das Wahlergebnis, ankommt. Laskowski verankert ihre Argumentation aber nicht wie der angelsächsische Ansatz in einem materialen individuellen Wahlrecht, sondern im Prinzip der repräsentativen Demokratie selbst.

Mögliche Einwände über die Parteifreiheit oder die Wahlrechtsgleichheit männlicher Kandidaten begegnet sie nicht nur mit dem auf effektive Teilhabe gerichteten Demokratieprinzip, sondern auch mit dem Gleichberechtigungsgebot. Dieses sei auf die politische Wirklichkeit gerichtet und könne kompensatorische Maßnahmen rechtfertigen: »Ein paritätisches Wahlrecht gestaltet daher nicht nur das Demokratiegebot aus, sondern erfüllt gleichzeitig auch den Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG und verstößt gerade nicht gegen das Gleichberechtigungsgrundrecht von Frauen und Männern.«<sup>109</sup> Zudem bestehe beim Paritätsgesetz gegenüber einer einfachen Frauenquote der Vorteil, dass hier keine Geschlechtsdiskriminierung im formalen Sinne vorliege, da sowohl für die weibliche als auch männliche Gruppe nur die Hälfte der Listenplätze zur Verfügung stehen und daher keine Benachteiligung einer Geschlechtergruppe vorliegt.

Laskowski, Anne Phillips, Blanca Rodríguez-Ruiz und Ruth Rubio-Marín stellen also ein Vokabular für die Entwicklung einer relationalen Interpretation des Demokratieprinzips zur Verfügung, die die ungleiche Präsenz der Geschlechter zur Verfassungsfrage macht. Laskowski zeigt dafür, dass eine solche relationale Interpretation des Demokratieprinzips unmittelbar an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht anknüpfen kann.

### 1.3.4 Paritätische Wahlrechtsreform

Eine relationale Interpretation des Demokratieprinzips hat eine praktische Bedeutung für die Frage, ob eine paritätische Wahlrechtsreform beispielsweise für die Wahlen zum Deutschen Bundestag verfassungsgemäß wäre.<sup>110</sup>

Im Grundgesetz sind weder ein spezifisches Wahlrecht noch Geschlechterquoten vorgeschrieben. Nach Art. 38 Abs. 3 GG wird das Wahlrecht durch ein Bundesgesetz bestimmt. Für die Kandidat\*innenaufstellung sind die politischen Parteien verantwortlich. Ihnen kommt gemäß Art. 21

108 Ebenda, S. 97.

109 Ebenda, S. 99.

110 *Röhner*, Unitäres Volk oder Parität?

Abs. 1 GG die Schlüsselrolle für den parlamentarischen Prozess zu. Sie rekrutieren das politische Personal und stellen über die Kandidat\*innenwahl das Bindeglied zwischen gesellschaftlich-politischer Selbstorganisation und staatlichen Institutionen dar. Für die Bundestagswahlen besteht nach dem Bundeswahlgesetz ein personalisiertes Verhältniswahlrecht, das ein Mehrheitswahlrecht für die Direktmandate der einzelnen Wahlkreise mit dem Listenmodell der Verhältniswahl kombiniert.

Für die Vergabe der Listenplätze ist gesetzlich keine Quote vorgeschrieben. Dennoch haben die Parteien teilweise interne verbindliche Quoten oder unverbindliche Quoren sowohl für die Aufstellung der Wahllisten als auch für die Vergabe interner Ämter und Gremien als relevante Rekrutierungspole vorgesehen.<sup>111</sup>

Bereits bei parteiinternen Quoten wird in der Literatur diskutiert, ob diese gegen die Wahlrechtsgleichheit der männlichen Bewerber verstoßen. Erst recht ist umstritten, ob die Gesetzgebung Quoten für das Aufstellen von Wahllisten einführen darf und ob sich diese am Bevölkerungsanteil oder am Anteil der weiblichen Parteimitglieder orientieren müssen.<sup>112</sup> Während die herrschende Literaturmeinung parteiinterne Quoten aufgrund der Parteifreiheit als zulässig bewertet,<sup>113</sup> werden gesetzliche Quoten als unvereinbar mit der Parteifreiheit und der Wahlrechtsgleichheit männlicher Bewerber angesehen.

Diese herrschende Ansicht nimmt jedoch nicht zur Kenntnis, dass unterschiedliche Perspektiven zu unterschiedlichen Antworten führen. Nimmt man eine individualisierende Betrachtungsweise ein, dann schützt die Wahlrechtsgleichheit davor, allein aufgrund des Geschlechts nicht aufgestellt zu werden. Dabei wird Demokratie unabhängig von gerechten Geschlechterbeziehungen gedacht und die anhaltende Überrepräsentation männlicher Subjekte als kein relevantes demokratisches Problem, das das Demokratieprinzip oder die Wahlrechtsgleichheit betrifft, angesehen. So argumentiert z.B. Johann Hahlen in seiner Kommentierung des

111 *Kamenitsa/Geißel*, in: Lovenduski/Baudino, WAPs and Political Representation in Germany, S. 109 ff.; *Davidson-Schmich*, Gender Quotas and Democratic Participation. Für eine Dokumentation, ob die Parteien diese Vorgaben bei der Bundestagswahl 2013 eingehalten haben, *Chojacka/Lukoschat*, Deutschlandreport; *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Frauenquote in politischen Parteien.

112 Kritisch *Laskowski*, *djbZ* 2014, 93 (100).

113 *Achterberg/Schulte*, Art. 38 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Rn. 125 (Fn. 240), 144 ff.; *Morlok*, Art. 38 GG, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Rn. 107; *Klein*, Art. 38 GG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 60, Okt. 2010, Rn. 108; *Augsberg*, § 15 PartG, in: Kersten/Rixen, Parteiengesetz (PartG) und europäisches Parteienrecht, Rn. 27 ff. Für die Verfassungswidrigkeit argumentiert *Lenski*, § 10, in: dies., Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung, Rn. 27.

Bundeswahlgesetzes: »Im Hinblick auf die strenge Formalisierung der Wahlrechtsprinzipien ist für die Berücksichtigung objektiver Wertentscheidungen zugunsten der Frauenförderung kein Platz. (...) Faktisch gegebene zahlenmäßige Ungleichheiten sind grundsätzlich keine rechtlich relevanten Benachteiligung von Frauen i.S. des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG, die eine Differenzierung gegenüber der strengen Wahlrechtsgleichheit rechtfertigen können. (...) Denn eine gesetzlich verbindliche Frauenquote wäre eine die Wahlrechtsgleichheit der männlichen Bewerber verletzende, weil unangemessene Diskriminierung.«<sup>114</sup> Und ebenso kommt Jörn Ipsen zu dem Ergebnis, dass eine Rechtfertigung über das Gleichberechtigungsgebot nicht in Betracht komme, da es sich nur um ein Staatsziel handle und »Parität um ihrer selbst willen« kein legitimes Verfassungsziel sei.<sup>115</sup>

Diese Einwände reflektieren jedoch ihre eigene historische Perspektivität nicht. Sie übersehen, dass die formale Gleichheit eine historische ist, die als Maßstab für die Gleichberechtigung der Geschlechter unzureichend ist. Vor dem historischen Hintergrund des Zensus- und Pluralwahlrechts wird die staatsbürgerliche Gleichheit in einem formal gedeuteten gleichen aktiven und passiven Wahlrecht, insbesondere im numerischen Prinzip der Stimmgleichheit, verortet. Diese staatsbürgerliche Gleichheit gewährleistet jedoch nicht nur den Bürger\*innen ihr gleiches Wahlrecht, sondern konstituiert darüber hinaus die staatliche Sphäre als eine der Gleichheit, die die in der gesellschaftlichen Sphäre existierenden Ungleichheitsverhältnisse für die demokratischen Selbstbestimmungsprozesse als unwichtig erscheinen lässt. Darüber hinaus basiert die formale Perspektive auf der Idee eines freien Mandats, also darauf, dass die gewählten Abgeordneten in ihrer Gesamtheit das gesamte demokratische Volk repräsentieren. In der Konsequenz genügen »neutrale« Wahlgesetze, sodass es auf ein faires Wahlergebnis nicht ankommt.

Wird hingegen eine relationale Perspektive verfolgt, dann kommt es verfassungsrechtlich auf eine gleichberechtigte Präsenz von Frauen in den Parlamenten an. Dabei geht es jedoch nicht darum, und dies wird in der Debatte oft missverstanden, dass Frauen nun die Fraueninteressen repräsentieren sollen, es geht vielmehr darum, dass vor dem Hintergrund des historischen Ausschlusses die gleichberechtigte Präsenz selbst ein demokratisches Prinzip ist.

Eine relationale Perspektive stützt sich auf drei verfassungsrechtliche Gründe.<sup>116</sup> Das Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 GG ist auch darauf gerichtet, den historischen Ausschluss von Frauen aus den

114 *Hablen*, § 27 BWahlG, in: Schreiber, BWahlG, Rn. 14.

115 *Ipsen*, § 17 PartG, in: ders., Parteiengesetz, Rn. 17 ff., Zitat Rn. 24; ebenso ablehnend *Maidowski*, Umgekehrte Diskriminierung, S. 193 ff.; *Jutzi*, LKRZ 2012, 92 (95).

116 *Röhner*, Unitäres Volk oder Parität?

staatlichen Institutionen zu überwinden und eine gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an der Herrschaftsgewalt in Gestalt einer gleichberechtigten Präsenz zu gewährleisten. Parallel zur grundrechtlichen Dogmatik ist das Demokratieprinzip also derart weiterzuentwickeln, dass es eine gewährleistende Dimension aufweist, die die gleiche demokratische Teilhabe an der Staatsgewalt für die, aufgrund der fortbestehenden ungleichen Geschlechterbeziehungen, bisher unzureichend repräsentierte Gruppe der Frauen sicherstellt.

Der Gleichstellungsauftrag gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ist nicht auf den gesellschaftlichen Bereich beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf den staatlichen Bereich. Er erfordert folglich, dass die Gleichstellung in den Parlamenten Wirklichkeit wird. Die Wahlrechtsgleichheit gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG muss bei Rechtsfällen zu geschlechtergerechter Demokratie der Dogmatik von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG folgen und eine asymmetrische Realität voraussetzen. Sie darf also nicht von abstrakten Gleichen, sondern muss von anhaltenden ungleichen Geschlechterbeziehungen ausgehen, die sich in »neutralen« politischen Prozessen in eine (mittelbare) Diskriminierung von Frauen übersetzen.

Für diese Perspektive bietet sich also ein Anknüpfen an die Diskussion um ein materiales Diskriminierungsverständnis an. So kann wie beim Diskriminierungsschutz auch bei der Wahlrechtsgleichheit zwischen einem Tatbestands- und einem Rechtfertigungsmodell unterschieden werden.<sup>117</sup> Das Rechtfertigungsmodell hält an einem formalen Gleichheitsschutz fest und begreift Frauenquoten als kaum rechtfertigbaren Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit. Demgegenüber können im Tatbestandsmodell Quotenregelungen als Teil der Durchsetzung der Wahlrechtsgleichheit verstanden werden, weshalb je nach Quotentyp zu diskutieren wäre, ob überhaupt eine unfaire Benachteiligung oder nicht vielmehr ein zulässiger Privilegienabbau vorliegt, der schon auf Schutzbereichsebene keine Diskriminierung darstellt. Dies ist z.B. bei einer paritätischen Regelung der Fall, da diese für jedes Geschlecht nur die Hälfte der Sitze vorsieht und keines der Geschlechter ungleich behandelt.<sup>118</sup> Sofern eine Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit auf Schutzbereichsebene bejaht werden würde, wäre die Beeinträchtigung in dieser Perspektive zwar auch rechtfertigungsbedürftig, sie wäre aber nicht mit der strukturellen Diskriminierung, die durch Quoten beseitigt werden soll, gleichzusetzen, sodass es nur auf die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Regelung ankommt.

Ebenso kann mit einer relationalen Perspektive die Beschränkung der Freiheit der Parteien, über die Aufstellung von Kandidat\*innen frei zu entscheiden, gerechtfertigt werden. Sie haben als Bindeglied zwischen

117 *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 372, 422 f. (7. Aufl. i.E.).

118 Ähnlich *Laskowski*, djbZ 2014, 93 (98 f.).

gesellschaftlicher Selbstorganisation und staatlichen Institutionen die Aufgabe, an der politischen Willensbildung mitzuwirken und für die repräsentativ-demokratischen Prozesse das politische Personal zu rekrutieren. Da sie dabei Frauen bisher nur unzureichend berücksichtigt haben, ist eine gesetzliche Verpflichtung auf eine paritätische Nominierung von Kandidatinnen und Kandidaten demokratiethoretisch und verfassungsrechtlich angezeigt und zumutbar. Eine Ausnahme wäre für Parteien denkbar, die programmatisch nur die Interessen einer Genusgruppe vertreten.

#### 1.4 Zusammenfassung: Potentiale einer relationalen Demokratie

Ein relationaler Begriff von Demokratie eröffnet einen Maßstab für gerechte Staatlichkeit, weil er die geschlechtergerechte Besetzung von staatlichen Ämtern als Voraussetzung einer *demokratischen* Staatsordnung konzipiert. Dabei ist diese Perspektive nicht auf den legislativen Bereich begrenzt, sondern erstreckt sich auch auf judikative und exekutive Staatsämter.

Wie die vorangegangenen Ausführungen gezeigt haben und die Nachfolgenden zur Judikative und Exekutive noch zeigen werden (2.), hängt die Besetzung hoher staatlicher Ämter von den politischen Mehrheiten bzw. der Parteipolitik ab. Derzeit fehlen gesetzliche oder verfassungsrechtliche Regelungen, um die politisch Verantwortlichen auf eine geschlechtergerechte Ämtervergabe zu verpflichten. Eine relationale Interpretation des Demokratieprinzips bietet für eine solche Verpflichtung eine verfassungsrechtliche Begründung an.<sup>119</sup>

Eine relationale Konzeption des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips kann mit Anne Phillips, Blanca Rodríguez-Ruiz und Ruth Rubio-Marín sowie Silke Ruth Laskowski entwickelt werden. Diese ist nicht auf das abstrakte Subjekt, sondern auf die Transformation exklusiver staatlicher Strukturen mit dem Ziel gerechter staatlicher Institutionen gerichtet. So hat Phillips argumentiert, dass die Inklusion zuvor ausgeschlossener Subjekte selbst ein demokratisches Prinzip ist, weil in der symbolischen Repräsentation die Anerkennung zuvor Ungleicher als Gleiche zum Ausdruck kommt. Für ihre Politik der Präsenz geht sie von einem schwachen Begriff sozialer Gruppen aus, den sie über ein potentiell geteiltes Erfahrungswissen und historisch umkämpfte Ausschlüsse definiert. Demokratie bedeutet daher auch die Gewährleistung der Präsenz der zuvor Ausgeschlossenen. Für eine Präsenz als eine paritätische Präsenz argumentieren Rodríguez-Ruiz und Rubio-Marín. Da sie die staatliche Ordnung, Demokratie und Staatsbürgerschaft historisch konstitutiv

119 Röbner, *Femina Politica*, 2/2018.



mit dem Ausschluss des Weiblichen aus der Öffentlichkeit verbunden rekonstruieren, kann für sie der historische Ausschluss nur über eine paritätische Präsenz weiblicher und männlicher Subjekte in staatlichen Institutionen überwunden werden. Nach Laskowski kann eine solche gewährleistende, auf Parität gerichtete Interpretation unmittelbar an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur effektiven Einflussnahme auf die Herrschaftsausübung anschließen.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass sich die gleichberechtigte Teilhabe an der Staatsgewalt nicht in der bisher rein abstrakt gebliebenen gleichen Chance, in ein hohes staatliches Amt – sei es in der Legislative, Exekutive oder Judikative – gewählt bzw. ernannt zu werden, erschöpft, sondern dass diese die tatsächlich gleichberechtigte Präsenz von Frauen in allen staatlichen Ämtern und Funktionen erfordert. Da über 100 Jahre Frauenwahlrecht und über 70 Jahre Grundgesetz die verfassungsrechtlich erforderliche Gleichberechtigung nicht befördern konnten, werden gesetzliche Quotenregelungen erforderlich sein, um einen verfassungsgemäßen Zustand in allen staatlichen Institutionen zu erreichen.<sup>120</sup>

## 2. Staatsämter: Judikative und Exekutive

Die Reproduktion der Geschlechterungleichheit in staatlichen Institutionen ist nicht nur in legislativen Organen, sondern auch in den judikativen und exekutiven Staatsgewalten zu beobachten. Während über das Wahlrecht ein institutioneller Mechanismus identifiziert wurde, der potentiell einer Unterrepräsentation der weiblichen Bevölkerung in Parlamenten entgegenwirken kann, steht die Diskussion um inklusive Strukturen in der Judikative und Exekutive noch ganz am Anfang. Die Abwesenheit von weiblichen Subjekten in den hohen Ämtern der Judikative und Exekutive verweist jedoch auf exklusive Strukturen der Staatsorganisation.<sup>121</sup>

Zum Teil wird dies in jüngeren Verfassungen zum Thema gemacht. So adressiert etwa die Südafrikanische Verfassung von 1996 die Exklusivität von Staatsämtern und formuliert das Gebot staatliche Ämter in Reflexion der gesellschaftlichen Diversität zu besetzen: »Public administration must be broadly representative of the South African people, with employment and personnel management practices based on ability, objectivity, fairness,

120 Eine Diskussion um die faire Repräsentation von Frauen in staatlichen Institutionen kann jedoch nur den Anfang einer Diskussion um geschlechtergerechte und minderheitengerechte Repräsentation sein, siehe dazu *Mangold*, in: Schuler-Harms, Repräsentation von Frauen und gesellschaftlich marginalisierten Personengruppen als demokratietheoretisches Problem.

121 Für die variierende Präsenz von Frauen in den verschiedenen europäischen Institutionen *Hoecker*, Frauen und das institutionelle Europa.

and the need to redress the imbalances of the past to achieve broad representation.« (*section 195.1.i*) Und in Bezug auf die Judikative: »Any appropriately qualified woman or man who is a fit and proper person may be appointed as a judicial officer. (...) The need for the judiciary to reflect broadly the racial and gender composition of South Africa must be considered when judicial officers are appointed.« (*section 174.1, 2*)<sup>122</sup>

Helen Irving erklärt die fehlende Präsenz von Frauen in hohen Staatspositionen der Judikative und Exekutive mit den informellen Ernennungsverfahren. Aufgrund der *endogenous recognition rule*, nach der Menschen solche, die ihnen ähnlich sind, als erfolgreich ansehen und auswählen, stellen informalisierte Ernennungsverfahren eine strukturelle Hürde für Frauen in männlich dominierten Judikativen und Exekutiven dar: »Where accession to office depends on the choice or preferences of those already in power, the culture will tend to perpetuate what is already entrenched.«<sup>123</sup> So bestimmen in parlamentarischen Systemen informelle Parteiregeln, in präsidentiellen Systemen der Präsident/die Präsidentin die Besetzung der Ministerämter. Nach dem Grundgesetz werden die Bundesminister beispielsweise auf Vorschlag der Bundeskanzlerin vom Bundespräsidenten ernannt (Art. 64 GG). Obwohl männlich beherrschte Staatsorgane als alltägliches Phänomen die Chancen für Frauen als Ministerin oder Verfassungsrichterin ernannt zu werden reduzieren, stellen Quoten für die Kabinettsbildung oder die hohen Gerichte bisher eine noch kaum verbreitete Idee dar. Im Folgenden wird die fehlende Präsenz von Frauen in den Spitzenpositionen hinsichtlich der Verfassungsgerichtsbarkeit (2.1) und der exekutiven Staatsführung (2.2) diskutiert.

### 2.1 Verfassungsgerichtsbarkeit

Für die Verfassungsgerichtsbarkeit sieht Helen Irving ein inklusives Potential in Kommissionen. Diese könnten in einem formalisierten Verfahren eine Vorauswahl oder auch eine finale Entscheidung treffen und würden es erleichtern, Kandidatinnen als geeignet wahrzunehmen und anzusprechen. Dies würde informalisierte Entscheidungsverfahren einhegen und böte gerade in Präsidialdemokratien, in denen die Präsidentin/der Präsident über die Ernennung entscheide, eine Chance verstärkt Frauen vorzuschlagen.<sup>124</sup>

In Deutschland existiert zwar ein gesetzlich geregeltes Verfahren, dennoch ist die Kandidatenauswahl ganz überwiegend durch Parteikalküle

122 Dass dies gegen den gesellschaftlichen Sexismus und die Privilegierung von *race* gegenüber *gender* nur bedingt hilft, erläutert Cowan, University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class 2006, 291.

123 Irving, Gender and the Constitution, S. 131.

124 Ebenda, S. 136 f.

bestimmt. Nach Art. 94 GG sind Bundesverfassungsrichter\*innen durch den Bundestag und Bundesrat zu wählen. Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz bestimmt, dass die Hälfte der Richter\*innen durch den Bundestag und die andere Hälfte durch den Bundesrat jeweils mit einer 2/3 Mehrheit gewählt werden. Wahlen durch den Bundestag werden durch einen zwölfköpfigen Wahlausschuss vorbereitet, der vertraulich berät und dem Bundestag einen Wahlvorschlag macht. Im Bundesrat werden Anträge mit einem Wahlvorschlag regelmäßig durch die Ministerpräsident\*innen eingebracht. Das Bundesministerium der Justiz führt eine Liste aller Bundesrichter\*innen, die die Voraussetzungen für das Bundesverfassungsrichteramts erfüllen und eine zweite Liste mit allen Personen, die von einer Fraktion des Bundestages, der Bundesregierung oder einer Landesregierung vorgeschlagen wurden und ebenfalls die Voraussetzungen erfüllen, sodass ein breiter Kandidatenpool besteht. Schließlich werden der Präsident und der Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts abwechselnd durch den Bundestag und den Bundesrat gewählt.

Die konkrete Berufung erfolgt jedoch durch die politischen Mehrheiten im Bundestag bzw. im Bundesrat. Hier zeigt sich erneut der Einfluss der »Quotenparteien«. Die derzeitigen Bundesverfassungsrichterinnen wurden überwiegend auf Vorschlag der SPD oder Bündnis 90/Die Grünen gewählt.<sup>125</sup> Inzwischen sind von den 16 Richterämtern 7 weiblich besetzt, dies führt zu einem Anteil von 38,8 Prozent (Stand: November 2018). Die Präsidenten- und Vizepräsidentenämter des Bundesverfassungsgerichts waren mit der Ausnahme von Jutta Limbach durchgehend männlich besetzt. Der Bundesverfassungsgerichtspräsident ist »fünfter Mann« im Staat und gehört damit formal zur Staatsspitze.<sup>126</sup>

Da die Nominierung von der Parteipolitik der politischen Verantwortlichen bestimmt wird, könnte sich das Geschlechterverhältnis bei zukünftigen Wahlerfolgen von Parteien, die keine gleichstellungsorientierte Programmatik verfolgen, wieder stärker ungleich entwickeln. Daher stellt sich die Frage nach einer gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Regulierung, um ein gerechtes Geschlechterverhältnis dauerhaft zu gewährleisten – auch bei den Präsidentenämtern.

125 SPD: Monika Hermanns, Gabriele Britz, Doris König, Yvonne Ott; Bündnis 90/Die Grünen/SPD: Susanne Baer; CDU/CSU: Sibylle Kessal-Wulf, Christine Langenfeld.

126 Insgesamt ist festzuhalten, dass in der Justiz der Richterinnenanteil bundesweit bei 42 % liegt. Bei den hohen Bundesgerichten variiert der Anteil je nach Rechtsbereich von etwa 23,7 % beim Bundesfinanzhof (am 31.12.2014) bis zu knapp 39,4 % beim Bundesarbeitsgericht (am 1.1.2015). Die Zahlen basieren auf: *Bundesamt der Justiz*, Zahl der Richter, Richterinnen, Staatsanwälte, Staatsanwältinnen und Vertreter, Vertreterinnen des öffentlichen Interesses in der Rechtspflege der Bundesrepublik Deutschland; *Podolski*, In der Justiz läuft es gut.

## 2.2 Maskuliner Präzidentialismus – femininer Parlamentarismus?

### 2.2.1 McDonagh und Monopoli: autonome Exekutive

In der Literatur wird diskutiert, inwieweit die Strukturentscheidung zwischen Parlamentarismus und Präzidentialismus geschlechtsspezifische Effekte zeitigt. Während Helen Irving festhält, dass es empirisch nicht belegt ist, dass parlamentarische System mit einer größeren Wahrscheinlichkeit weibliche Regierungschefinnen hervorbringen als präzidentielle Systeme,<sup>127</sup> wollen Eileen McDonagh und Paula A. Monopoli die maskuline Prägung des U.S.-amerikanischen Systems als Erklärungsansatz für die Abwesenheit von Frauen in der exekutiven Führungsspitze heranziehen. Sie sehen im vergeschlechtlichten Charakter der politischen Strukturen – insbesondere in der Grenzziehung zwischen legislativer und exekutiver Macht – eine wesentliche Erklärung für die Unterrepräsentation des weiblichen Geschlechts in politischen Führungsämtern.<sup>128</sup>

Die starke Exekutive, repräsentiert in der Figur des Präsidenten, sei männlich konnotiert und vermittele dem Wahlvolk, dass maskulin assoziierte Attribute für die Ausübung staatlicher Ämter erforderlich seien. Geschlechterstereotype, die Macht und Führung dem Maskulinen zuschreiben, führen dazu, dass Frauen nicht in derselben Weise als geeignete Kandidatinnen wahrgenommen werden. Wenn sie jedoch selbstbewusst aufträten, dann moniere die Öffentlichkeit dies oftmals als zu männlich.<sup>129</sup>

McDonagh und Monopoli identifizieren aggressive, autonome Verhaltensmuster als maskulin, relationale als feminin und parallelisieren erstere mit dem zentralisierten exekutiven Machzentrum und zweitere mit der auf die Wählerschaft bezogenen Logik des Parlaments. Das politische System der USA sei durch die starke, unitäre, vom Parlament weitgehend unabhängige Exekutive und damit von maskuliner Rationalität dominiert. Dies zeige sich insbesondere durch die Verbindung von Staatsoberhaupt und Regierungschef in der Person des Präsidenten und seiner Aufgabe als *Commander in Chief*: »(B)ut by vesting the president with the Commander-in-Chief power, they also retained the connection between the legitimacy of the president's claim to govern with

127 Irving, Gender and the Constitution, S. 132.

128 McDonagh/Monopoli, in: Baines/Barak-Erez/Kahana, The Gendered State and Women's Political Leadership, S. 176 ff.

129 Monopoli, The Yale Law Journal 2006, 2643 (2643); für die kritische Berichterstattung über Merkel aufgrund ihres Abweichens vom traditionellen Frauenbild Kinzig, Auf dem Weg zur Macht?, S. 64.

the ancient claim of rulers' willingness to fight in battle for those they ruled.«<sup>130</sup> In anderen Präsidialdemokratien sei die exekutive Macht fragmentierter, insbesondere durch die stärkere Verbindung zum Parlament und einer Trennung von Staatsoberhaupt und Regierungschef: »Executive organization that connects executive authority to the legislative branch of government tempers the gendering of the executive as solely male in character.«<sup>131</sup>

Inwieweit die Thesen von MacDonagh und Monopoli einer empirischen Überprüfung standhalten, ist vorliegend unklar, dennoch versuchen sie als eine der wenigen Autorinnen, in der vergeschlechtlichten Codierung staatlicher Strukturen und ihrer kulturellen Eingebundenheit in Geschlechterstereotype Erklärungen für die Unterrepräsentation von Frauen zu finden. Zu bedenken ist jedoch, dass aufgrund der Trennung von Präsidentenamt und Parlament der Präsident in den USA keine gesicherte Mehrheit im *Congress* hat und z. B. bei Gesetzesinitiativen als auch für die Benennung von Richter\*innen für den *U.S. Supreme Court* auf politisch zugewandte Mehrheiten angewiesen ist. Daher ist das Bild von MacDonagh und Monopoli fragmentierter als es zunächst erscheinen mag. Darüber hinaus ist festzustellen, dass Führungsämter in parlamentarischen Systemen ähnlich stark maskulin imaginiert werden und hinderlich für weibliche Karrieren in der Politik sind. Dies lässt sich gut am deutschen Parlamentarismus mit der Überrepräsentation von männlichen Amtsträgern in der Staatsführung zeigen (2.2.2 ff.).

### 2.2.2 Bundespräsidentenamt

Für das Bundespräsidentenamt, das in der grundgesetzlichen Ordnung über vergleichsweise wenige Machtkompetenzen verfügt und primär als Repräsentationsamt ausgestaltet ist, lässt sich wie beim U.S.-amerikanischen Präsidentenamt eine Nichtberücksichtigung von Frauen beobachten. In Deutschland wird der Bundespräsident nicht direkt vom Volk, sondern von der Bundesversammlung, bestehend zur Hälfte aus Mitgliedern des Bundestages und aus Entsandten der Landtage, gewählt (Art. 54 Abs. 1 S. 1 GG). Die Auswahl eines erfolgreichen Kandidaten erfolgt durch die Führungsspitzen der Parteien. Diese informalisierte Kandidatensuche hat in siebzig Jahren Bundesrepublik zu keiner Bundespräsidentin geführt. Zwar wird regelmäßig eine Frau als Kandidatin aufgestellt, dies geschah bisher jedoch allein durch die in der Bundesversammlung unterlegenen Parteien, die, so der Vorwurf, durch erfolglose

130 *McDonagh/Monopoli*, in: Baines/Barak-Erez/Kahana, *The Gendered State and Women's Political Leadership*, S. 177.

131 Ebenda, S. 178.

Kandidatinnenvorschläge ihr geschlechterpolitisches Image aufbessern wollen würden.<sup>132</sup>

### 2.2.3 Bundeskanzleramt

Wie von Eileen MacDonagh und Paula A. Monopoli präferiert wird im deutschen parlamentarischen System die Bundeskanzlerin/der Bundeskanzler vom Bundestag gewählt. Dennoch ist auch hier zu beobachten, dass in der Vergangenheit fast ausschließlich Männer zu Spitzenkandidaten durch die politisch überlegenen Parteien ernannt wurden. Wie beim Bundespräsidentenamt findet die Kandidatenauswahl informell durch die Parteispitzen statt. Dass Angela Merkel 2005 als erste Frau zur Bundeskanzlerin durch die Große Koalition gewählt wurde und auch im Bundestagswahlkampf 2017 erneut als Spitzenkandidatin der CDU/CSU angetreten ist, ist wohl mehr durch eine spezifisch-historische Konstellation als durch geschlechtergerechte Parteipolitik zu erklären.<sup>133</sup>

### 2.2.4 Bundesministerämter

Für die Ernennung von Minister\*innen existiert ebenso wenig ein formalisiertes Verfahren. Sie erfolgt durch den Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundeskanzlerin und unterliegt daher erneut parteiinternen Kalkülen (Art. 64 Abs. 1 GG). Bis in die 1990er Jahre wurden jeweils ein bis zwei Frauen für feminin codierte Ministerien benannt (z. B. Gesundheit, Familie/Jugend/Senioren). Inzwischen wurden auch Ministerien, wie das Justiz- und das Arbeits- und Sozialministerium, von Ministerinnen geleitet. Seit der rot-grünen Regierungsübernahme 1998 pendelt sich der Ministerinnenanteil analog zu den Parlamenten bei etwa einem Drittel ein. Im zweiten Schröder-Kabinett lag er sogar bei etwa 46 Prozent. Die *hart politics* – also Außen-, Innen-, Finanz-, Wirtschafts- und Verteidigungspolitik – bleiben jedoch, im Sinne der geschlechtlichen Codierung wie Eileen MacDonagh und Paula A. Monopoli sie für das Präsidentenamt beobachtet haben, eine Männerdomäne. Die

<sup>132</sup> Kinzig, *Auf dem Weg zur Macht?*, S. 65 ff.

<sup>133</sup> Ihr schneller Aufstieg nach dem Zusammenbruch der Deutschen Demokratischen Republik wird regelmäßig dadurch erklärt, dass sie durch Kohl gefördert wurde, da sie drei Faktoren zugleich abdeckte: jung, ostdeutsch, weiblich, und daher auch ihren westdeutschen Parteikollegen in dieser Hinsicht wenig Konkurrenz machte. Weiterhin werden ihre Distanz zur CDU-Spendenaffäre, die anhaltende Schwäche ihrer männlichen Parteikollegen, ihre untypische Geschlechterperformance sowie ihr Machtinstinkt als Gründe genannt.

Übernahme des Verteidigungsministeriums durch Ursula von der Leyen im Dezember 2013 sorgte daher für Aufsehen in der öffentlichen Debatte. Anfang 2017 übernahm Brigitte Zypis übergangsweise bis zur Bundestagswahl im Herbst 2017 das Wirtschaftsressort, musste dies aber nach der Bundestagswahl wieder an einen Kollegen der CDU abgeben. Die geschlechtliche Aufteilung der Ressortzuständigkeiten nach der Bundestagswahl 2017 lässt sich am Beispiel der SPD illustrieren: Die Zuständigkeiten für Außenpolitik, Finanzen und Arbeit gingen an Kandidaten, die Zuständigkeit für Justiz, Familie und Umwelt an Kandidatinnen.

Bei der nachgeschalteten Hierarchieebene der parlamentarischen und beamteten Staatssekretärsämter wird noch nicht einmal das übliche Drittel erreicht. Von den seit 1949 ernannten 692 beamteten Staatssekretären waren nur 3 Prozent weiblich. Pointiert kommt dieses Ungleichgewicht in dem von der Zeitung »Die Zeit« reherchierten Umstand zum Ausdruck, dass es unter den beamteten Staatssekretär\*innen mehr Männer mit dem Vornamen Hans (24) als Staatssekretärinnen (19) gab. Auch die Leitung der Bundesbehörden sowie die Abteilungsleitungen in der Staatsverwaltung sind ganz überwiegend an Männer vergeben.<sup>134</sup>

### 2.2.5 Ministerpräsidentenämter

Die fehlende Präsenz des weiblichen Geschlechts setzt sich auf der Regierungsebene der sechzehn Länder fort. Erst 1993 wurde mit Heide Simonis (SPD) die erste Frau zur Ministerpräsidentin in Schleswig-Holstein gewählt. Sie war mehrere Perioden im Amt bis im Jahr 2005, trotz eines durch den Südschleswigschen Wählerbund tolerierten Regierungsbündnisses mit Bündnis90/Die Grünen, ihre Wiederwahl scheiterte. Ähnlich erging es Andrea Ypsilanti (SPD), die 2008 in Hessen eine rot-rot-grüne Regierung bilden wollte, aber ebenso am Fehlen einer Stimme aus dem eigenen Lager scheiterte. Erst 2009 wurde mit Christine Lieberknecht (CDU) in Thüringen erneut eine Ministerpräsidentin gewählt. Nach der Abwahl von Hannelore Kraft (SPD) in Nordrhein-Westfalen und dem Wechsel von Annegret Kramp-Karrenbauer (CDU) in die Bundespolitik sind im Jahr 2018 mit Malu Dreyer (SPD) in Rheinland-Pfalz und Manuela Schwesig (SPD) in Mecklenburg-Vorpommern nur 12,5 Prozent der Ministerpräsidentenämter weiblich besetzt.

134 *Biermann u.a.*, Die Hans Bremse, *Die Zeit* v. 8.10.2018, mit weiteren Zahlen zu den einzelnen Bundesministerien und Bundesbehörden.

## 2.2.6 Zusammenfassung

Im Ergebnis scheinen – im Hinblick auf das Bundespräsidentenamt, das Bundeskanzleramt und die Ministerposten sowie die Ministerpräsidentenämter der Länder – die Parteistrukturen der parlamentarischen Demokratie nicht viel weniger von den asymmetrischen Geschlechterbeziehungen und Geschlechterstereotypen bestimmt zu sein als das von Eileen MacDonagh und Paula A. Monopoli kritisierte Präsidialsystem der USA. Es fehlt an institutionellen Mechanismen, die die Präsenz von Frauen in staatlichen Führungspositionen sicherstellen sowie an einer post-patriarchalen politischen Kultur, um den historischen Ausschluss von Frauen aus der politischen Öffentlichkeit zu überwinden. Derzeit können sich die ungleichen Geschlechterbeziehungen in staatliche Institutionen ungehindert einschreiben. Eine Thematisierung dieser Ungleichheit in der Verfassungswissenschaft oder Verfassungspraxis ist jedoch nicht zu beobachten. Die Dimension der Repräsentation bleibt dethematisiert. Eine Perspektive, um dieses Ungleichgewicht als Verfassungsfrage zu adressieren, bietet die bereits dargestellte relationale Interpretation des Demokratieprinzips.



### III. Föderalismus

Nachdem es im vorherigen Abschnitt um die Inklusion in staatliche Institutionen und die Frage, *wer* eigentlich in den staatlichen Institutionen und demokratischen Prozessen präsent ist, ging, soll nun der Thematisierung der Geschlechterbeziehungen im Mehrebenensystem und damit der Frage nach dem *was* nachgegangen werden. Während die politische Geschlechterungleichheit im herrschenden Verfassungsdiskurs kaum als Problem identifiziert wird, wird die föderale Kompetenzordnung überhaupt nicht unter diesem Gesichtspunkt diskutiert.<sup>135</sup>

Helen Irving argumentiert jedoch, dass sich die Verfassungswissenschaft auch mit der geschlechtlichen Codierung und den gender-relevanten Effekten föderaler Strukturen auseinandersetzen müsse.<sup>136</sup> Sie interessiert sich dafür, wie sich die föderale Machtverteilung zwischen den Ebenen auf die Geschlechterbeziehungen auswirkt. Analytische Differenzierungen für die Geschlechterrelevanz verschiedener föderaler Systeme – gegenübergestellt werden regelmäßig die USA, die Schweiz und die Bundesrepublik – hat sie bisher jedoch nicht formuliert. Sie fokussiert vielmehr die gemeinsamen Dynamiken. So gibt es eine Reihe geteilter Strukturmerkmale föderaler Ordnungen. Der Föderalismus zeichnet sich durch die Verbindung zweier Staatsebenen aus: es existieren der Gesamtstaat und die Gliedstaaten. Die Bundesverfassung regelt die Machtverteilung zwischen den Ebenen, insbesondere die Gesetzgebungskompetenzen, die Verwaltung und die Verteilung der Finanzmittel. Die Gliedstaaten und der Gesamtstaat nehmen wechselseitig aufeinander Einfluss: Die Teilstaaten sind an der Willensbildung des Gesamtstaats beteiligt, der Gesamtstaat kann wiederum über seine Bundeskompetenzen und seine Finanzmacht auf die Teilstaaten einwirken. Die Verteilung der Zuständigkeiten – sei es für die Gesetzgebung, die Verwaltung oder die Finanzen – ist in föderalen Verfassungsordnungen daher entscheidend für die Machtverteilung zwischen den Ebenen.

Die Beantwortung der Frage, ob duale Staatlichkeit nun vor- oder nachteilhaft für die Geschlechtergleichheit ist, hängt vom jeweiligen Kontext und Fall ab. Das föderale Mehrebenensystem kann rechtspolitisch

135 »Why federalism is a feminist issue«, so ein Titel von *Irving*, *Adelaide Law Review* 2007, 159. Ein Hinweis auf *Irving* findet sich bei *Baer*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2013, 107. Eine differenzfeministische Interpretation des Schweizer Föderalismus verfolgt *Kägi-Diener*, *Herausforderung Gender*. Sie parallelisiert z. B. das föderale Treueprinzip mit »fraulichen Werten«, S. 108, 139, ebenso entspreche das föderale Integrationsprinzip weiblichen Denkweisen, S. 112, 140.

136 *Irving*, *Adelaide Law Review* 2007, 159; *Irving*, *Gender and the Constitution*, S. 83 ff.; *Irving*, in: *Williams*, *More than Rights*.

sowohl eine Chance als auch eine Hürde sein. Die Vielzahl an legislativen und judikativen Akteuren bietet für soziale Bewegungen mehrere Anknüpfungspunkte, um Anliegen in die staatlichen und rechtlichen Institutionen einzuspeisen. Auch wird föderalen Ordnungen ein gesteigertes Innovationspotential zugesprochen. Einzelne Landesgesetzgeber oder Gerichte können eine Vorreiterfunktion einnehmen und neue Politiken oder rechtliche Maßstäbe formulieren. Durch Domino- oder naming&shaming-Effekte können andere Teilstaaten sich unter Druck gesetzt sehen nachzuziehen. Zudem können mobile Betroffene ein *forum shopping* betreiben und sich die für sie günstigen rechtlichen Rahmenbedingungen in den verschiedenen Gliedstaaten suchen.<sup>137</sup> Diese Pluralität von Akteuren und Foren kann sich für marginalisierte Themen jedoch auch kontraproduktiv auswirken, müssen doch die rechtspolitischen Kämpfe an einer Vielzahl von Stellen ansetzen und können nicht gebündelt auf wenige Akteure und Ebenen zielen. Auch können die Länder gegen progressive Bundesmaßnahmen oder der Bund gegen progressive Landesmaßnahmen mit eigenen Initiativen gegensteuern und versuchen diese zu unterlaufen.

Die deutsche Verfassungswissenschaft diskutiert den deutschen Föderalismus unter staatsrechtlichen oder fiskalischen Perspektiven und thematisiert unterschiedliche Politikfelder in diesem Zusammenhang, wie etwa Medien, Umwelt und Kultur.<sup>138</sup> Das Geschlechterverhältnis bildet jedoch eine diskursive Lücke. Daher soll hier der Versuch unternommen werden, die föderale Kompetenzordnung unter dem Gesichtspunkt der Ungleichheitsachse Geschlecht zu untersuchen: Wer ist zuständig für die Regulierung der Geschlechterbeziehungen? Wer hat die Definitionsmacht über diese? Wie schlägt sich dies in der rechtlichen Maßstabbildung nieder?

In einem ersten Schritt sollen die wesentlichen Merkmale des als kooperativ bezeichneten deutschen Föderalismus skizziert und erste Verbindungen zu Geschlechterfragen anhand der in der politikwissenschaftlichen Literatur diskutierten Themen gezogen werden (I.). Anschließend wird auf die angelsächsische Diskussion um die geschlechtliche Codierung der

<sup>137</sup> *Irving*, *Gender and the Constitution*, S. 83 ff.

<sup>138</sup> So z. B. in aktuellen Veröffentlichungen zum Föderalismus: *Keller*, Vorgaben föderaler Ordnungen für das Ausmaß und die Grenzen finanzieller Solidarität in der Europäischen Union; *Schäller*, Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat; *Hildebrandt/Wolf*, Die Politik der Bundesländer. *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Bundesstaat. Im Handbuch zum Föderalismus gibt es Beiträge zu zahlreichen Themen, aber keinen zu den Geschlechterbeziehungen, *Härtel*, Handbuch Föderalismus. Auch die feministische Forschung diskutiert dies nicht, z.B. *Hohmann-Dennhardt u.a.*, Geschlechtergerechtigkeit; *Foljanty/Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft.

Gesetzgebungskompetenzen eingegangen und die Relevanz für die deutsche Verfassungspraxis anhand von Eilentscheidungen zu einer Bevorzugungsregel aus Nordrhein-Westfalen demonstriert (2.). In einem dritten Schritt werden die Konflikte um Kindererziehung und die Erwerbstätigkeit von Müttern im Mehrebenensystem nachgezeichnet (3.).

## 1. Grundgesetzliche Kompetenzordnung

### 1.1 Länder als Gegengewichte zum Bund

Die föderale Kompetenzordnung sieht im Grundgesetz kein klar abgegrenztes, sondern ein kooperatives Machtgefüge zwischen dem Bund und den sechzehn Ländern vor.<sup>139</sup> Durch verschiedene institutionelle Mechanismen sind die zwei Staatsebenen aufeinander bezogen und miteinander verzahnt. Sie sind daher zu einer kontinuierlichen gemeinsamen Entscheidungsfindung gezwungen.<sup>140</sup> Fritz Scharpf hat dafür den Begriff der Politikverflechtung geprägt.<sup>141</sup>

Das Wiederaufgreifen einer föderalen Staatsorganisation nach dem Zweiten Weltkrieg entsprach nicht nur der deutschen Staatstradition, sondern lag im Interesse der Alliierten an einer nachhaltigen Demokratiesicherung, sollte doch die politische Macht beim Bund begrenzt werden. Dementsprechend bilden die Länder ein wesentliches Gegengewicht in der föderalen Ordnung, etwa über die Beteiligung der Landesregierungen am Gesetzgebungsverfahren durch den Bundesrat oder die Ausführung der Bundesgesetze durch eigene Umsetzungsgesetze und die eigenen Landesverwaltungen.<sup>142</sup>

Die Länder verfügen darüber hinaus über eine eigenständige Staatsqualität und Verfassungsautonomie, die allein durch die Homogenitätsklausel in Art. 28 Abs. 1 GG begrenzt wird.<sup>143</sup> Untereinander koordinieren sich

139 *Rudolf*, in: Isensee/Kirchhof, § 141 Kooperation im Bundesstaat; *Klein*, in: Härtel, § 17 Der Bundesstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; *Schlüter*, in: Detterbeck/Renzsch/Schieren, Föderale Kompetenzverteilung am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland.

140 Zum Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens, BVerfGE 81, 310 (337), *Kalkar II* (1990); 106, 1 (27), *Oberfinanzdirektion* (2002).

141 *Scharpf*, in: ders./Reisert/Schnabel, Politikverflechtung; *Benz u.a.*, Varianten und Dynamiken der Politikverflechtung im deutschen Bundesstaat.

142 *Isensee*, in: ders./Kirchhof, § 126 Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz; *Starck*, in: Härtel, § 1 Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre.

143 BVerfGE 13, 54 (77 f.), *Neugliederung Hessens* (1961).

die Länder horizontal über die Instrumente der Staatsverträge, Mustergesetze, Fachministerkonferenzen und Konferenzen der Ministerpräsidenten.

### 1.2 Gesetzgebung, Verwaltung und Finanzen

Das Grundgesetz schreibt den Ländern die allgemeine Kompetenz der Gesetzgebung zu, soweit das Grundgesetz dem Bund diese nicht ausdrücklich zuweist (Art. 30, Art. 70 GG). Das Grundgesetz trennt dabei nicht strikt zwischen Bundes- und Länderkompetenzen, sondern verzahnt die Ebenen über die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 72 GG) sowie über die Zustimmungs- und Einspruchsverfahren (Art. 50, 77, 78 GG). So ist der Bundesrat als Vertretung der Länderregierungen an über der Hälfte der Bundesgesetzgebungsverfahren beteiligt. Die Europäische Union fügt eine weitere Ebene hinzu. Nach Art. 23 GG nehmen die Länder auch an den europäischen Rechtsetzungsverfahren über den Bundesrat Einfluss. Die verzahnte Gesetzgebung bietet den Ländern eine Chance auf Opposition und setzt die Bundes- und Landesebenen in Verhandlungszwänge.

Zwar liegen die kompetenzrechtlichen »Schwergewichte« beim Bund,<sup>144</sup> dennoch führen die Länder die Gesetze aus und verfügen dabei regelmäßig über einen weiten Umsetzungsspielraum (Art. 83 GG). Die Art und Weise der Durchführung kann daher je nach Bundesland erheblich variieren.

Nicht nur die Kompetenzverteilung hinsichtlich der Gesetzgebung und Verwaltung, sondern auch der Steuerverbund führt dazu, dass Bund und Länder aufeinander bezogen sind. Die Finanzverfassung weist dem Bund die primäre Kompetenz der Steuererhebung zu (Art. 105 GG). Dabei ist zu unterscheiden zwischen Steuern, die dem Bund oder den Länder zustehen (Trennsystem, Art. 106 Abs. 1, 2 GG) und Steuern, die zwischen den beiden Ebenen aufgeteilt werden (Gemeinschaftsteuern, Art. 106 Abs. 3 GG). So teilen sich Bund und Länder die Einkommen- und Körperschaftsteuer je zur Hälfte. Die Verteilung der Umsatzsteuer wird einfachgesetzlich durch ein Bundesgesetz, das die Zustimmung des Bundesrates erfordert, bestimmt. Die Gemeinden erhalten über die Länder Anteile von der Gemeinschaftsteuer und können selbst die Gewerbesteuer sowie örtliche Aufwands- und Verbrauchsteuern, wie etwa die Hundesteuer, erheben (Art. 106 Abs. 5–7 GG).<sup>145</sup>

Nach Art. 104a GG tragen der Bund und die Länder gesondert die Ausgaben für ihre Aufgabenwahrnehmung. Daher sind die Möglichkeiten

<sup>144</sup> Zur Tendenz der Unitarisierung *Klein*, in: Härtel, § 17 Der Bundesstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 488.

<sup>145</sup> *Starck*, in: Härtel, § 1 Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre, S. 49.

des Bundes, sich finanziell an der Aufgabenerfüllung der Länder (und Kommunen) zu beteiligen eng begrenzt. Über Art. 104b Abs. 1 GG kann der Bund z. B. Investitionskosten tragen, soweit ihm die Gesetzgebungskompetenz zukommt, und kann auf diese Weise finanzielle Anreize setzen, dass die Länder in bestimmten Bereichen aktiv werden. Möchte sich der Bund an Betriebskosten beteiligen, dann geht dies nur indirekt, z. B. über eine für die Länder vorteilhafte Verteilung der Umsatzsteuer, wobei diese nicht an bestimmte Zwecke gebunden werden kann und es daher in den Händen der Länder liegt, wie sie diese verausgaben.<sup>146</sup>

Da der kooperative Föderalismus als Leitbild in die Kritik geraten ist, er sei zu ineffizient und zu träge, wird inzwischen das Leitbild eines Wettbewerbsföderalismus forciert. Danach sollen die Länder mehr Eigenverantwortung übertragen bekommen und mit dem Ziel der Effizienzsteigerung stärker in Konkurrenz zueinander gesetzt werden.<sup>147</sup> Der Steuerverbund ist folglich durch zwei Prinzipien geprägt: das Prinzip der Finanzautonomie der Länder, das nach dem Leitbild des Wettbewerbsföderalismus gestärkt werden soll, und das Prinzip der bundesstaatlichen Solidarität, das im Zuge des Finanzausgleichs die unterschiedlichen Finanzstärken der Länder wiederum ausgleichen soll.

### 1.3 Bottom-up: Institutionalisierung von Gleichstellungspolitik

In der politikwissenschaftlichen Literatur wird auf die geschlechterrelevante Dynamik des deutschen Föderalismus hinsichtlich der Institutionalisierung von Gleichstellungspolitik aufmerksam gemacht.<sup>148</sup> Während die deutsche autonome Frauenbewegung lange Zeit den Staat als patriarchale Institution ablehnte und sich auf Distanz hielt, hat seit den 1980ern eine »Verstaatlichung der Frauenfrage« stattgefunden, die auf kommunaler Ebene mit der Einrichtung von Gleichstellungsbüros begann.<sup>149</sup> Initiiert wurden diese Entwicklungen durch sozialdemokratische und grüne Kommunal- und Landesregierungen. Das erste Frauenbüro wurde 1976 in Köln eröffnet. Über eine naming&shaming-Politik folgten sukzessive auch konservativ regierte Kommunen und Länder, wenn auch zurückhaltender in der Bereitstellung von Personal und Budget.

146 Am Beispiel von Kindertagesstätten *Stoy*, *Föderale Vielfalt im unitarischen Sozialstaat*, S. 93 f.

147 Zum Wettbewerbsföderalismus m.w.N. *Bauer*, Art. 20 (Bundesstaat), in: *Dreier*, *Grundgesetz*, Bd. 2, Rn. 32 ff.; *Guckelberger*, in: *Härtel*, *Bildung und Föderalismus*.

148 *Lang*, *German Studies Review* 2010, 517; *Lang/Sauer*, *The Journal of Federalism* 2012, 68; *Kamenitsa/Geißel*, in: *Lovenduski/Baudino*, *WAPs and Political Representation in Germany*.

149 *Krautkrämer-Wagner*, *Die Verstaatlichung der Frauenfrage*.

Der Bund zog 1986 nach und schaffte eine ministerielle Zuständigkeit. Das Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend wurde um »Frauen« erweitert. Inzwischen existieren über 1.900 Gleichstellungsbüros verbunden über die Bundesarbeitsgemeinschaft kommunaler Frauenbüros auf lokaler Ebene und stellen Gelder für örtliche Geschlechterprojekte bereit.

Der föderale Finanzausgleich hat es zudem auch ärmeren Ländern ermöglicht, Geschlechterpolitik zu betreiben. Es ist jedoch zu beobachten, dass im Rahmen von finanzieller Sparpolitik und dem neuen Leitbild des Wettbewerbsföderalismus marginalisierte Politiken unter finanziellen Einbußen zu leiden haben. So wurden in den letzten Jahren sowohl die Budgets als auch die Personalausstattung von Gleichstellungsbüros zum Teil stark gekürzt.<sup>150</sup>

Das deutsche föderale System bot also die Chance, dass sich Gleichstellungspolitik in einer bottom-up-Dynamik institutionalisieren konnte. Diese wurde zunächst auf der lokalen Ebene initiiert, breitete sich horizontal in den Ländern und von unten nach oben bis zur Bundesebene aus und führte zur flächendeckenden Schaffung von Ministerien für Frauengangelegenheiten, Gleichstellungsgesetzen und Frauenförderplänen im öffentlichen Dienst.<sup>151</sup>

Nachdem über diese bottom-up-Entwicklung auf Bundesebene ein »Frauenministerium« entstanden ist, wirkt dieses inzwischen top-down an der Gleichstellungspolitik der Länder mit. So kann der Bund etwa über seine fiskalische Macht finanzielle Anreize setzen. Sabine Lang weist dieser Kompetenz eine wichtige Funktion zu: »Without federal steering capacity, some Länder might still be string advocates for women but others would not spend their tight education budget on gender advancement.«<sup>152</sup> Ein Beispiel für finanzielle Steuerung ist das Professorinnenprogramm, das auf einer Vereinbarung zwischen Bund und Ländern zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern in Wissenschaft und Forschung an deutschen Hochschulen nach Art. 91b Abs. 1 Nr. 2 GG beruht, und für das Bund und Länder von 2008 bis 2012 gemeinsam 150 Mio. Euro zur Verfügung gestellt haben. Das Programm wurde noch einmal bis 2017 verlängert und erneut mit 150 Mio. Euro ausgestattet. Inzwischen wurden über 500 Professorinnen über das Programm berufen.<sup>153</sup>

150 Lang, *German Studies Review* 2010, 517 (519 ff.); Lang/Sauer, *The Journal of Federalism* 2012, 68 (73, 78).

151 Kamenitsa/Geißel, in: Lovenduski/Baudino, *WAPs and Political Representation in Germany*, S. 115 ff.

152 Lang, *German Studies Review* 2010, 517 (526).

153 *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, 500. Frau im Professorinnenprogramm berufen.

## 2. Geschlechtliche Codierung der Gesetzgebungskompetenzen

### 2.1 In den USA: *What is truly national?*

In der angelsächsischen verfassungswissenschaftlichen Literatur wird über die geschlechtlich codierte Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen diskutiert. Die Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen könnte als rein technisches Detail oder als rationale Entscheidung betrachtet werden, dennoch ist die Beobachtung der angelsächsischen Autorinnen aufschlussreich, dass sich bei der Analyse der Gesetzgebungskompetenzen die Trennlinie privat-öffentlich zeigt: So seien in der föderalen Ordnung der Vereinigten Staaten Themen, die als maskulin imaginiert werden, der nationalen Ebene zugeordnet, während die Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung der Privatsphäre und feminin assoziierte Themen bei den Gliedstaaten liege. Daher wird eine Identifizierung von öffentlich/männlich/national und privat/feminin/regional in der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen gesehen und geschlussfolgert, dass weibliche Subjektpositionen und Lebenserfahrungen als nicht-nationale, weniger wichtige Angelegenheiten gedeutet und aus dem »nationalen Interesse« herausdefiniert werden.<sup>154</sup>

Die geschlechtliche Differenz zwischen national/maskulin und regional/feminin wurde anhand des Rechtsfalls *Morrison* aus dem Jahr 2000 diskutiert.<sup>155</sup> Dieser Fall zeigt, dass auch bei der Abgrenzung von Gesetzgebungskompetenzen die Geschlechterbeziehungen relevant werden können. In dieser Entscheidung erklärte der U.S. *Supreme Court* *section 13981 Violence Against Women Act (VAWA)* wegen fehlender Bundeskompetenz für verfassungswidrig. *Section 13981 VAWA* begründete einen bundesweiten zivilrechtlichen Anspruch für Opfer häuslicher und sexualisierter Gewalt. Damit reagierte der *Congress* auf den fehlenden Schutz von Betroffenen von häuslicher und sexualisierter Gewalt durch unzureichende Regelungen der Gliedstaaten. Er stützte den *VAMA* überwiegend auf den *Commerce Clause (article 1, section 8, clause 3* Verfassung der USA). Dieser ermächtigt den *Congress* dazu, die Grenzen der Gliedstaaten überschreitenden Handel zu regulieren. Auf den *Commerce Clause* bezog sich der *Congress* seit den 1930er Jahren regelmäßig für Gesetzesvorhaben, die nur im weitesten Sinne etwas mit Handel oder grenzüberschreitendem Verhalten

<sup>154</sup> *MacKinnon*, Harvard Law Review 2000, 135; *Resnik*, The Yale Law Journal 2001, 619; *Goldfarb*, Fordham Law Review 2002, 57; *Irving*, Adelaide Law Review 2007, 159.

<sup>155</sup> *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

zu tun haben. Substantielle ökonomische Effekte des regulierten Verhaltens wurden als ausreichend erachtet, um die Kompetenz aus dem *Commerce Clause* herzuleiten.<sup>156</sup>

Da sich Gewalterfahrungen schwerwiegend auf die Erwerbstätigkeit, die Studierfähigkeit, die Mobilität sowie die psychische und physische Gesundheit von Frauen auswirken können, argumentierte der *Congress* für seine Regelungskompetenz mit dem *Commerce Clause* in Verbindung mit dem *Equal Protection Clause*. Diese Folgen zeigten sich auch bei der Betroffenen Christy Brzonkala im konkreten Fall. Sie war von zwei Collegestudenten vergewaltigt worden. Nachdem das uniinterne Verfahren zu keiner Suspendierung der Verletzer führte, brach sie ihr Studium ab und klagte zivilrechtlich nach dem VAWA.

Die Mehrheit des *U.S. Supreme Court* lehnte die Begründung des *Congress* jedoch ab, weil der VAWA die Grenzen zwischen »what is truly national and what is truly local« verwische.<sup>157</sup> Gewalthandlungen seien nicht von ökonomischer Natur. Auch könne der *Equal Protection Clause* daran nichts ändern, weil dieser nur staatliche Akteure binde und allein die Staaten für die antidiskriminierungsrechtliche Regulierung des Privaten zuständig seien. Daher liege bei Gewalt gegen Frauen als nicht-nationaler Angelegenheit eine rein gliedstaatliche Kompetenz vor.<sup>158</sup>

Catharine A. MacKinnon kritisiert an dieser Entscheidung die einseitige Maßstababildung aufgrund einer maskulinen Perspektivität, die das föderale Gleichgewicht in den Vordergrund stelle, sich nicht auf Gewalterfahrungen als relevantes soziales Problem einlasse und die wirtschaftlichen Nachteile, die Frauen aufgrund von Gewalterfahrungen erleben, als nicht-ökonomisch abwerte.<sup>159</sup> Durch die Einordnung von geschlechtsspezifischer Gewalt als nicht-ökonomischer Angelegenheit wäre es dem Gericht konträr zu früherer Rechtsprechung nicht auf die ökonomischen Effekte angekommen. Zudem habe es sich damit den Rückgriff auf den Präzedenzfall *Heart of Atlanta Motel* versperrt, nach dem über den *Commerce Clause* gleichheitsrechtliche Gesetzgebung gestützt werden kann. Stattdessen habe der *U.S. Supreme Court* den *Congress* für unzuständig für die Regulierung des Privaten erklärt und damit die gleichheitsfeindliche Rechtsprechung der Reconstruction-Zeit

156 *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942) (Getreideanbau für den Eigenbedarf); *Heart of Atlanta Motel*, 379 U.S. 241 (1964) (rassistische Diskriminierung durch Hotels); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964) (rassistische Diskriminierung durch Restaurants); *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005) (Verbot von Marihuana). Anders demgegenüber *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) (Waffenbesitz in Schulnähe), dazu *Irving, Adelaide Law Review* 2007, 159 (162 ff.).

157 *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), 618.

158 Ebenda, S. 619 ff., 627.

159 *MacKinnon*, *Harvard Law Review* 2000, 135 (146 ff.).



revitalisiert: »White supremacy may be more visible behind the precedents of the past, federalism their foil, than male supremacy is behind the same fig leaf today.«<sup>160</sup> Sie kommt daher zum folgenden Schluss: »Government is constructed to be sensitive to the dominance of some men over other men by formal institutions. It is not created to be wary of the dominance of men over women by means seen as informal or noninstitutionalized.«<sup>161</sup> Dementsprechend existiere weder im Verfassungstext noch in der Verfassungspraxis eine Doktrin, die parallel zu den föderalen *states' rights* die verfassungsrechtliche Berücksichtigung weiblicher Lebenserfahrungen und Interessen erfordere.<sup>162</sup>

Nicht nur die maskuline Perspektivität der Maßstabsbildung, sondern auch das zum Ausdruck gebrachte Föderalismusverständnis führte zu Kritik. Der in der Entscheidung formulierte kategoriale Föderalismus, nach dem Lebensbereiche exklusiv dem Gesamtstaat oder den Gliedstaaten zugeordnet werden, wurde insbesondere von Judith Resnik, Sally Goldfarb und Helen Irving als zu restriktives Föderalismusverständnis kritisiert.<sup>163</sup> Nach Resnik sei es beispielsweise nicht möglich, bestimmte Lebensbereiche eindeutig einer Ebene zuzuordnen. Anstatt dieses kategorialen Verständnisses von Föderalismus müsse ein vielschichtiger Föderalismusbegriff verfolgt werden, um die Regulierung der Geschlechterbeziehungen angemessen thematisieren zu können.<sup>164</sup> Die Autorinnen schlagen unterschiedliche Lösungsansätze vor, die jeweils auf Kontext und Erforderlichkeitsvoraussetzungen, ähnlich einem Subsidiaritätsprinzip, abstellen. Goldfarb schlägt z.B. einen *rational basis test* für die Bestimmung der Kompetenzen vor, nach dem danach gefragt werden müsse, ob eine *rational basis* für die nationale Gesetzgebung besteht, weil die Angelegenheit über die einzelstaatliche Fähigkeit zur Problemlösung hinausgeht.<sup>165</sup>

## 2.2 Im Grundgesetz

Die beschriebene Trennung von national/maskulin und regional/feminin lässt sich auch in der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung wiederfinden. Um die Staatsqualität der Länder zu begründen, werden das Recht

160 Ebenda, S. 168.

161 Ebenda, S. 172.

162 Ebenda, S. 174.

163 Resnik, *The Yale Law Journal* 2001, 619; Goldfarb, *Fordham Law Review* 2002, 57; Irving, *Adelaide Law Review* 2007, 159.

164 Resnik, *The Yale Law Journal* 2001, 619 (619 ff.).

165 Ebenda, S. 622 ff., 670 ff. (*multi-faceted federalism*); Goldfarb, *Fordham Law Review* 2002, 57 (138 ff.) (*rational basis test*); Irving, *Adelaide Law Review* 2007, 159 (171 ff.) (*contextual federalism*).

der Kultur und das Recht der Bildung als deren Kernaufgaben genannt. Kultur und Bildung gelten als weiche und feminin codierte Themen.

Zwar sind die Länder darüber hinaus auch für die innere Sicherheit zuständig, u. a. für das Polizeirecht und Strafvollzugsrecht, dennoch verfügt der Bund fast ausschließlich über maskulin codierte Kompetenzen. Die vierzehn Titel der ausschließlichen Gesetzgebung in Art. 73 Abs. 1 GG betreffen u. a. die Bereiche Verteidigung, Staatsangehörigkeit, Währung, Handel, Infrastruktur, Waffen und Kernenergie. Die 43 Titel der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 GG weisen ebenso wenig weiblich definierte Bereiche auf. Stattdessen wird die konkurrierende Gesetzgebung u. a. für wirtschaftsrechtliche, eigentumsrechtliche und gefahrenabwehrrechtliche Themen vorgesehen. Als Ausnahmen könnte man möglicherweise die sozialstaatlichen Kompetenzen für die öffentliche Fürsorge (Nr. 7) und die Ausbildungshilfe (Nr. 13) ansehen.

In den Kompetenztiteln des Bundes manifestiert sich der historische Ausschluss des Weiblichen aus der politischen Öffentlichkeit. Als Teil des Privaten bzw. der Familie waren die Geschlechterbeziehungen keine öffentliche Angelegenheit. Will der Bund heute die Geschlechterbeziehungen regulieren, dann muss er dies über die in Art. 73 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 genannten Sachbereiche tun. Den Bereich der reproduktiven Rechte hat der Bund beispielsweise über das Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1) und über die gesetzliche Krankenversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12) geregelt. Das Ehe- und Scheidungsrecht fällt unter das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1) und der Mutterschutz und die Anrechnung von Kindererziehungszeiten in der Alterssicherung unter das Arbeitsrecht und die Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Die Abwesenheit von frauenspezifischen Kompetenztiteln führt aber zu Schwierigkeiten, wenn der Bund die Reproduktionsordnung hinsichtlich der Kindererziehung und Kinderbetreuung regulieren will. Für das Elterngeld und die öffentliche Kinderbetreuung bleibt allein die öffentliche Fürsorge, die an die zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 72 Abs. 2 GG geknüpft ist und eine sozialstaatliche anstatt eine geschlechtergerechte Perspektive nahelegt.

Bevor dies eingehender (in Abschnitt 3.) erörtert wird, sollen nun föderale Kompetenzkonflikte, die die Regulierung der Geschlechterbeziehungen betreffen, anhand von Eilentscheidungen aus Nordrhein-Westfalen zu einer Bevorzugungsregelung dargestellt werden.

### 2.3 *In der Rechtspraxis – Eilentscheidungen aus NRW*

Die Pointe der kritischen Auseinandersetzung mit dem Fall Morrison ist, dass auch bei föderalen Kompetenzstreitigkeiten die Perspektivität der Maßstabbildung reflektiert und die konkreten Geschlechterbeziehungen berücksichtigt werden sollten. Eilentscheidungen, die im Jahr 2016 von

nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichten getroffen wurden, können dies für den deutschen Kontext illustrieren.

Bei den Entscheidungen ging es um die Kompetenz für eine Bevorzugungsregel nach dem Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen. Zum 1. Juli 2016 ist § 19 Abs. 6 nordrhein-westfälisches Landesbeamtengesetz (LBG NRW) in Kraft getreten, der in den Sätzen 2 und 3 eine Bevorzugungsregel mit Öffnungsklausel formuliert: »Beförderungen sind nach den Grundsätzen des § 9 des BeamStG vorzunehmen. Frauen sind bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne von Satz 2 ist in der Regel auszugehen, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist.«<sup>166</sup> Das Verwaltungsgericht Düsseldorf – und im Anschluss daran das Verwaltungsgericht Arnsberg – hielt die Bevorzugungsregel wegen fehlender Landeskompetenz für formell verfassungswidrig und erteilte daher eine einstweilige Anordnung zugunsten eines Konkurrenten der beförderten Beamtin.<sup>167</sup>

Das Fehlen der Landeskompetenz begründet das Verwaltungsgericht Düsseldorf, indem es § 9 BeamStG als formales Differenzierungsverbot interpretiert. Zwar handele es sich beim Beamtenrecht nach Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG um den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, sodass die Länder eigene Regelungen treffen dürften, dennoch habe die Bundesgesetzgebung mit der Formulierung in § 9 BeamStG abschließend geregelt, dass Ernennungen nach dem Leistungsprinzip ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen sind. Für eine landesrechtliche Regelung, die für Ernennungen auf das Geschlecht abstelle, sei daher kein Raum. Daher sei die Norm formell verfassungswidrig.<sup>168</sup>

In der Maßstabsbildung geht das Gericht nicht darauf ein, dass besondere Gleichheitssätze auf unterschiedliche Weise interpretiert werden können, es selbst den formalen Gleichheitsmaßstab anwendet und an diesem proaktive Gleichstellungsmaßnahmen regelmäßig scheitern. Eine materiale Perspektivität hätte zu einem anderen Ergebnis geführt.

<sup>166</sup> Dienstrechtsmodernisierungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen v. 14.6.2016, GV NRW 2016 Nr. 18, S. 309, berichtigt in GV NRW Nr. 24, S. 642.

<sup>167</sup> VG Düsseldorf, Beschluss v. 5.9.2016, 2 L 2866/16; VG Arnsberg, Beschluss v. 19.9.2016, 2 L 1159/16; *Froese u.a.*, DÖV 2017, 261.

<sup>168</sup> VG Düsseldorf, Beschluss v. 5.9.2016, 2 L 2866/16, Rn. 18 ff.; anders zur vorherigen Regelung OVG NRW, Beschluss v. 26.8.2010, 6 B 540/10.

In einer materialen Perspektive ist § 9 BeamtStG nicht als formales Differenzierungs-, sondern als materiales Diskriminierungsverbot zu verstehen, das eine diskriminierungsfreie Ernennungspraxis gewährleisten soll. Nur eine materiale Perspektive verweist auf die asymmetrische Realität, in der männlichen Bewerbern der Vorzug gegeben wird, weil sie Männer sind und Frauen wegen ihres Geschlechts regelmäßige Erfahrungen von Diskriminierung machen. Das Diskriminierungsverbot soll daher verhindern, dass Frauen wegen ihres Geschlechts nicht ernannt bzw. befördert werden. Es verbietet allerdings nicht, Frauen, sofern sie unterrepräsentiert sind, im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GG und unter Achtung des Leistungsgrundsatzes aus Art. 33 Abs. 2 GG zu fördern und daher an das Geschlecht anzuknüpfen. Hätte das Gericht einen materialen anstatt einen formalen Maßstab verfolgt, dann läge mit § 9 BeamtStG keine abschließende Regelung vor, vielmehr würde § 19 Abs. 6 LBG NRW der Zielrichtung der Bundesnorm entsprechen und für Nordrhein-Westfalen konkretisieren. Eine Landeskompetenz könnte daher bei einer materialen Maßstabsbildung durchaus bejaht werden.

Für die Bewertung, ob im Fall der konkurrierenden Gesetzgebung eine abschließende Regelung vorliegt, ist also ein Verständnis der relevanten Normen erforderlich. Das Verwaltungsgericht thematisiert die Alternative zu einem streng formalen Differenzierungsverbot jedoch gar nicht. Ebenso wenig rezipiert es die Nachtarbeits-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Bevorzugungsregelungen im öffentlichen Dienst. Beide Rechtsprechungslinien sind über die Kommentarliteratur leicht zugänglich.

Die methodische Dethematisierung dieser einschlägigen Rechtsprechungspraxis setzt sich in der materiellen Bewertung der Norm fort. Unter Hinzuziehung von bundes- und oberverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung hält das Verwaltungsgericht Düsseldorf einen Verstoß gegen das Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG für möglich, da nicht mehr sichergestellt sei, dass der leistungsstärkste Bewerber ernannt werde; daher sei die Qualität des öffentlichen Dienstes gefährdet.<sup>169</sup> Obwohl es sich beim Gleichstellungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG ebenso wie bei Art. 33 Abs. 2 GG um ein verfassungsrechtliches Gebot handelt und § 19 Abs. 6 S. 3 GG auf die Durchsetzung von Art. 3 Abs. 2 GG gerichtet ist, geht das Gericht mit nur zwei Sätzen darauf ein: »Zwar ist die Förderung der Gleichberechtigung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG grundrechtlich verankert. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz ist aber nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe öffentlicher

<sup>169</sup> VG Düsseldorf, Beschluss v. 5.9.2016, 2 L 2866/16, Rn. 6 ff., 41.

Ämter generell einzuschränken.«<sup>170</sup> Materiell-rechtlich zeigt sich in der kurzen Abhandlung, dass dem verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsauftrag keine relevante Bedeutung im Vergleich zum Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG zugesprochen wird. Es zeigt sich außerdem die hartnäckige Vorstellung, dass es bei Bevorzugungsregelungen um eine leistungsunabhängige Privilegierung von Kandidatinnen gehe.

Zwar handelt es sich um eine Eilentscheidung, die nicht auf eine umfassende rechtliche Würdigung zielt, dennoch fällt auf, dass das Gericht oberverwaltungsgerichtliche und bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Leistungsprinzip, aber keine einschlägige europäische und verfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Gleichberechtigung der Geschlechter zur Kenntnis nimmt, um eine demokratisch erlassene Norm für verfassungswidrig zu erklären.

Die methodische Dethematisierung der asymmetrischen Geschlechterbeziehungen für die föderale Maßstabsbildung ist nicht nur in der Mehrheitsmeinung von Morrison, sondern auch in dieser Entscheidung offensichtlich. Sie verweist auf eine maskuline Perspektivität, die sich als Normalität derart in die Rechtskultur eingeschrieben hat, dass sich Maßstabsbildung selbst bei offensichtlichen Geschlechterfragen losgelöst von den existierenden Geschlechterbeziehungen – und im Fall des Verwaltungsgerichts Düsseldorf losgelöst von einschlägiger Rechtsprechung – vollziehen kann. Auch bei föderalen Kompetenzkonflikten kann sich also die geschlechtliche codierte Normalität manifestieren.

### 3. Kompetenzkonflikte um das Ernährermodell

Im letzten Abschnitt des Kapitels soll es um föderale Kompetenzkonflikte am Beispiel des Ernährermodells gehen. Mit diesem Beispiel soll aufgezeigt werden, dass im Mehrebenensystem um die Reproduktionsordnung gestritten wird. Dafür werden zunächst die Strategien der drei beteiligten Akteure – der Europäischen Union, des Bundes und des Freistaats Bayern – im Ringen um die Zukunft des Ernährermodells nachgezeichnet (3.1.), um dann auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, u. a. anhand des Urteils zum Betreuungsgeld, einzugehen (3.2.).

#### 3.1 Europäische Impulse – Bundesinitiativen – Bayerische Gegeninitiativen

In Westdeutschland dominierte bis in die 1990er Jahre das Leitmotiv des Alleinernährermodells, nach dem ein männlicher Haupternährer die

<sup>170</sup> Ebenda, Rn. 42.

Existenzgrundlage der Familie erwirtschaftete und die Hausfrau sich um den Haushalt, die Kinder und die Alten kümmerte. Es zeichnete sich durch eine kaum bestehende öffentliche Infrastruktur für die Betreuung von Kindern, eine geringe Erwerbstätigkeit von Frauen bzw. Müttern sowie steuer- und sozialrechtliche Anreize gegen weibliche Erwerbsarbeit aus. Kinderbetreuung war daher eine private Angelegenheit, für die der Staat nur subsidiär im Sinne der Kinder- und Jugendnothilfe als verantwortlich galt. Es bestand dementsprechend eine institutionelle Trennung zwischen Bildung, die als staatliche Aufgabe definiert wurde, und Kindererziehung und -betreuung, die durch die Familien zu organisieren war.<sup>171</sup>

Das Modell wurde schon in den 1960er Jahren von der Frauenbewegung kritisiert, konnte sich aber im Kontext konservativer Wohlfahrtsstaatlichkeit, maskulin bestimmter Politik und Systemkonkurrenz in Westdeutschland lange erhalten. Seit den europäischen Impulsen der 1990er und 2000er Jahre und dem neuen Leitbild der »nachhaltigen Familienpolitik« des Bundesministeriums für Familien, Senioren, Frauen und Jugend, das Renate Schmidt als neue Bundesministerin 2002 ausrief, ist jedoch ein Wandel zu beobachten. Wesentliche Bestandteile sind der Ausbau der öffentlichen frühkindlichen Kinderbetreuung sowie neue Elternzeit- und Elterngeldregelungen. Die gestiegene Erwerbstätigkeit von Frauen und die rechtlichen Reformen haben das alte Ernährermodell daher inzwischen als ein Zuverdienerinnenmodell, teilweise auch ein Zweiverdiener\*innenmodell, modernisiert.<sup>172</sup>

Auch wenn die neuen Modelle zu einer eigenständigen ökonomischen Existenz von Frauen und damit potentiell zur Umverteilung zwischen den Geschlechtern beigetragen haben, bleibt Sorgearbeit kulturell feminisiert.<sup>173</sup> Frauen haben nun zwar die Chance – wie Männer – erwerbstätig zu sein, aber dennoch bleibt die Privilegierung der (Voll-)Erwerbsarbeit. Die maßgeblichen Stichworte der gegenwärtigen Diskussion um die Erwerbstätigkeit von Frauen lauten daher auch in Deutschland nicht »weibliche Emanzipation« oder »geschlechtergerechte Ökonomie«, sondern »demografischer Wandel« und »weibliches Humankapitalpotential«.<sup>174</sup> Mit dem demografischen Wandel hatte bereits Renate Schmidt ihre neue Familienpolitik als Gleichstellungspolitik begründet. Auch im ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung von 2011 heißt es einleitend: »Angesichts des demografischen Wandels und der

171 *Leitner*, Wohlfahrtsstaat und Geschlechterverhältnis im Umbruch.

172 *Rüling*, in: Auth/Buchholz/Janczyk, Ausbau der frühkindlichen Betreuung in Deutschland und England, S. 198 f.; *Lepperhoff*, *Zeszyty Pracy Socjalnej* 2014, 55.

173 *Fraser*, *Social Justice in the Age of Identity Politics*, S. 57 ff.

174 So auch *Lang*, *German Studies Review* 2010, 517 (524).

rasanten Entwicklungen, die Unternehmen in internationalen Märkten und im Wettbewerb zu bewältigen haben, stellt die Nutzung des weiblichen Erwerbspersonenpotenzials eine Kernaufgabe der Zukunft dar. Für die wirtschaftliche Entwicklung hat die Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben daher einen zentralen Stellenwert. Eine gleichberechtigte Teilhabe am Erwerbsleben entspricht angesichts veränderter Rollenbilder und ökonomischer Notwendigkeiten im Haushalt aber auch den Wünschen von Frauen. «<sup>175</sup> Dabei, dies wird bei der Umstellung vom einkommensunabhängigen Erziehungsgeld auf das Elterngeld als Lohnersatzleistung deutlich, geht es insbesondere um die Geburtenfreudigkeit und erhöhte Erwerbsquote von qualifizierten Frauen. Dieser »Mittelschichtsfeminismus« wurde von der Bundesministerin Ursula von der Leyen von 2005 bis 2009 weiter vorangetrieben, insbesondere durch den Ausbau der frühkindlichen Betreuungsstrukturen.

Während sich liberale Akteure wie die Europäische Kommission oder die ehemaligen Bundesfamilienministerinnen für eine Transformation des Ernährermodells stark gemacht haben, versuchen konservative Akteure, insbesondere die bayerische CSU, am traditionellen Ernährermodell festzuhalten. Der Streit um die »Neuordnung« der Geschlechterbeziehungen findet daher in einem Mehrebenensystem statt: Durch europäisches *Soft Law* und Richtlinien setzte die Europäische Union Impulse (3.1.1), der Bund erließ Gesetze über die konkurrierende Gesetzgebung der öffentlichen Fürsorge und setzte über seine Finanzmacht Anreize (3.1.2), die Länder nutzten ihren Handlungsspielraum bei der Durchführung der Bundesgesetze und konnten, wie etwa der Freistaat Bayern, über ihre Gesetzgebungskompetenz eigene Ziele verfolgen (3.1.3).

### 3.1.3 Europäische Union: Soft Law und Richtlinien

Wesentliche Impulse für eine Gleichstellungspolitik im Arbeitsleben kamen *top-down* durch die Europäische Union. Nach der Europäischen Wachstums- und Beschäftigungsstrategie wird eine Frauenerwerbstätigkeit von 75 Prozent bis 2020 angestrebt.<sup>176</sup> Als Teil dieser Strategie wurden vom Europäischen Rat die »Barcelona-Ziele« im Jahr 2002 formuliert. Sie forderten die Mitgliedstaaten auf, Hemmnisse zu

<sup>175</sup> *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, *Neue Wege – Gleiche Chancen*, S. 109; ähnlich *Europäische Kommission*, Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern, S. 8.

<sup>176</sup> *Europäische Kommission*, Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010–2015, S. 4. »Europa-2020« (2010) hat als Europäische Wachstums- und Beschäftigungsstrategie die »Lissabon-Strategie« (2000) abgelöst, *Europäische Kommission*, EUROPA 2020; dazu *Maier*, in: Bauhardt/Çağlar, Die wirtschaftspolitischen Leitlinien der Europäischen Union.

beseitigen, »die Frauen von einer Beteiligung am Erwerbsleben abhalten« und daher bestrebt zu sein, den Ausbau der Kinderbetreuung für 33 Prozent der unter Dreijährigen und 90 Prozent der über Dreijährigen bis 2010 voranzutreiben.<sup>177</sup> Kinderbetreuung wurde von der Europäischen Union als »zentrales Element der Vereinbarkeitspolitik« verstanden, da ansonsten »der vor großen ökonomischen und demografischen Herausforderungen stehenden europäischen Wirtschaft erhebliches produktives Potenzial verloren« gehe.<sup>178</sup> Für die deutsche Familienpolitik als Gleichstellungspolitik stellt Julia Lepperhoff daher fest: »Nicht zuletzt diese Zielvorgaben auf europäischer Ebene trugen dazu bei, einen Wandel in der Familienpolitik Deutschlands einzuleiten.«<sup>179</sup>

Nicht nur bei der öffentlichen Kinderbetreuung, sondern auch für die Elternzeitregelungen kamen wesentliche Impulse von der europäischen Ebene. Die geschlechtliche Arbeitsteilung war in der konservativen Bonner Bundesrepublik rechtlich durch fehlende Elternzeit- und Elterngeldregelungen institutionalisiert. Seit 1979 gab es den erweiterten Mutterschaftsurlaub für erwerbstätige Mütter, von dem Väter allerdings ausgeschlossen waren, sodass nur Frauen zugunsten der Kinderbetreuung aus dem Erwerbsleben ausscheiden konnten.<sup>180</sup>

Die Europäische Kommission strebte Anfang der 1980er Jahre die Harmonisierung der Elternzeitregelungen an und schlug 1983 eine Richtlinie über Elternurlaub vor.<sup>181</sup> Dabei verfolgte die Kommission keine geschlechter-, sondern eine wirtschaftspolitische Argumentation. Harmonisierte Elternzeitregelungen seien für einen fairen Wettbewerb erforderlich.<sup>182</sup> Der Richtlinienvorschlag scheiterte jedoch. Da sich die Mitgliedstaaten auch in den darauf folgenden Jahren nicht über Elternzeitregelungen einigen konnten, griff die Kommission 1995 auf die mit

177 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes Europäischer Rat (Barcelona) 15. und 16. März 2002, S. 12.

178 *Europäische Kommission*, Umsetzung der Barcelona-Ziele auf dem Gebiet der Betreuungseinrichtungen für Kinder im Vorschulalter, S. 2; ähnlich *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Brüssel) 23./24. März 2006, S. 12.

179 *Lepperhoff*, *Zeszyty Pracy Socjalnej* 2014, 55 (58).

180 Gesetz zur Einführung eines Mutterschaftsurlaubs v. 25.6.1979, BGBl. I 1979, S. 797. Zu den gescheiterten Versuchen von Vätern, Mutterschaftsurlaub gerichtlich durchzusetzen *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, S. 297 ff.

181 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Elternurlaub und Urlaub aus familiären Gründen, KOM (83) 686 endg., von der Kommission dem Rat vorgelegt am 24. November 1983, Abl. C 333/6 v. 9.12.1983, S. 6.

182 *MacRae*, in: Haussman/Sawer/Vickers, *Multiple Policy Scales and the Development of Parental Leave Policy in Germany*, S. 135.



dem Protokoll zur Sozialpolitik zum Maastrichter Vertrag und dem beigefügten Sozialabkommen eingeführte Möglichkeit zurück, die europäischen Sozialpartner einzuladen, über geeignete Regelungen zu beraten und eine Rahmenvereinbarung zu beschließen (Art. 3, Art. 4 Sozialabkommen – inzwischen Art. 151 ff. AEUV). Dieser Prozess mündete in der Verabschiedung der Richtlinie 96/34 im Jahr 1996, die nun neben weiteren Mindeststandards ein individuelles Recht aller Arbeitnehmer\*innen vorsieht, Elternurlaub von mindestens drei Monaten zu nehmen.<sup>183</sup>

### 3.1.2 Bund: Bundeselterngeld und öffentliche Kinderbetreuung

Im westdeutschen Kontext wurde, befördert durch den europäischen Diskurs um die Elternurlaub-Richtlinie, zum 1. Januar 1986 das Gesetz zur Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub eingeführt.<sup>184</sup> Dieses sah Ansprüche auf Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub von einem Jahr geschlechtsneutral vor, sodass nun jedenfalls in der Theorie auch Väter die Kinderbetreuung nach der Geburt übernehmen konnten. Dennoch forcierte das Gesetz das konservative Ernährermodell.<sup>185</sup> So wurde das Gesetz damit begründet, dass das Erziehungsgeld es erleichtern solle, dass ein Elternteil sich für die Betreuung des Kindes in der ersten Lebensphase entscheide und die »Erziehungskraft der Familie« auf diese Weise gestärkt werde.<sup>186</sup> Dementsprechend war das Erziehungsgeld nicht existenzsichernd. Es betrug 600 DM monatlich und war daran geknüpft, das Kind selbst zu betreuen und keiner Erwerbsarbeit oder nur einer Teilzeitarbeit von maximal 19 Stunden wöchentlich nachzugehen. Ab dem siebten Monat wurde das Erziehungsgeld abhängig vom Familieneinkommen gezahlt. Die Bezugsdauer betrug zunächst ein Jahr und wurde 1993 auf zwei Jahre verlängert.

Die rot-grüne Bundesregierung flexibilisierte das Bundeserziehungsgeldgesetz in einer Neufassung vom 1. Dezember 2000.<sup>187</sup> Das Bundeserziehungsgeld konnte nun budgetiert werden, d. h. Eltern konnten entscheiden, ob sie ein höheres Erziehungsgeld für ein Jahr oder ein niedrigeres Erziehungsgeld für zwei Jahre beziehen wollten. Zudem durfte

183 Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3.6.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, Abl. L 145 v. 19.6.1996, S. 4.

184 BGBl. I 1985, S. 2154; *MacRae*, in: Haussman/Sawer/Vickers, Multiple Policy Scales and the Development of Parental Leave Policy in Germany, S. 134 ff.

185 *Fuchsloch*, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Frauenförderung durch Elterngeld, S. 378 ff.

186 BT-Drucks. 10/3792, S. 1.

187 BGBl. I 2000, S. 1664.

neben dem Erziehungsurlaub bis zu 30 Stunden die Woche gearbeitet werden, wobei bestimmte Einkommensgrenzen nicht überschritten werden durften.

Heather MacRae macht in ihrer Analyse der deutschen Parlamentsdebatten darauf aufmerksam, dass durch die europäische Diskussion und die Verabschiedung der Richtlinie zum Elternurlaub ein diskursiver Rahmen entwickelt worden war, der die Reform des Erziehungsgeldes beförderte: »In the parliamentary discussions that followed [dem rot-grünen Regierungswechsel 1998, CR], numerous federal actors, in particular the political parties, adopted much of the rhetoric and discourse around leave that had been used at the European level. That created the discursive space for a new policy frame.«<sup>188</sup>

Das Erziehungsgeld wurde durch das Elterngeld unter Federführung der Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Ursula von der Leyen zum 1. Januar 2007 abgelöst. Dieses soll die Erwerbstätigkeit von Frauen, im Sinne der europäischen Barcelona-Ziele, stärken und Anreize für eine aktivere Vaterschaft setzen.<sup>189</sup> Dazu wurde von einer familieneinkommensabhängigen Sozialleistung auf eine individuelle Entgeltersatzleistung umgestellt. Die Höhe des Elterngeldes bemisst sich nun nach dem Nettoeinkommen der betreuenden Person und soll Anreize setzen, dass einerseits auch qualifizierte Frauen (mehr) Kinder bekommen und durch die verkürzte Bezugsdauer von zwölf Monaten zügig in den Arbeitsmarkt zurückkehren, und dass andererseits verstärkt die regelmäßig besser verdienenden Väter die Kindererziehung übernehmen. Es werden 65–67 Prozent des Nettoeinkommens, mindestens 300 Euro und maximal 1800 Euro für zwölf Monate gezahlt. Sofern das andere Elternteil auch mindestens zwei Monate Elternzeit nimmt, erhöht sich die Bezugsdauer auf vierzehn Monate. Diese Reform lässt sich als durch den Bund initiierte Abkehr vom Alleinernährermodell und die Hinwendung zu einem Zuverdienerinnen- oder Zweiverdiener\*innenmodell deuten.

Nicht nur beim Elterngeld und der Elternzeit sondern auch beim Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung kamen seit den 1990er Jahren die wesentlichen Initiativen vom Bund. Mit der Einführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes wurden im Jahr 1990 erstmals Rahmenbedingungen für die öffentliche Kinderbetreuung durch das Bundesrecht festgelegt (§§ 22 ff. Aechtes Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe).<sup>190</sup> Danach haben die Länder die Aufgabe, auf den gleichmäßigen Ausbau der

188 MacRae, in: Haussman/Sawer/Vickers, Multiple Policy Scales and the Development of Parental Leave Policy in Germany, S. 136.

189 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes v. 5.12.2006, BGBl. I 2006, S. 2748; Neufassung des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes v. 27.1.2015, BGBl. I 2015, S. 33.

190 Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts v. 26.6.1990, BGBl. I 1990, S. 1163.

Einrichtungen und Angebote hinzuwirken. Seit 1996 besteht zudem ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz ab dem Alter von drei Jahren.

Die Durchführung der Kinder- und Jugendhilfe erfolgt durch Landesrecht. Daher existieren sechzehn verschiedene Ausführungsgesetze, die die Sicherung der Qualität, den Personalschlüssel, den zeitlichen Umfang des Angebots sowie die Finanzierung festlegen, sodass die öffentliche Kinderbetreuung regional stark differiert. Um Transparenz zu schaffen, gibt es den »Länderreport frühkindliche Bildungssysteme«, der über den jeweiligen Status quo berichtet.<sup>191</sup>

Trotz der Länderverpflichtung auf den Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuungsstrukturen hinzuwirken, stand der Ausbau lange Zeit nicht weit oben auf der Agenda vieler (West-) Länder. Da der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz bereits bei einem Halbtagesplatz, also einer Betreuungszeit von vier Stunden, erfüllt ist, existierte in Westdeutschland kein flächendeckendes ganztägiges Betreuungsangebot. Ebenso fehlte es massiv an Krippenplätzen für die unter Dreijährigen.<sup>192</sup> Daher wurde auch hier unter Federführung von Bundesfamilienministerin von der Leyen ein Strategiewechsel initiiert. Der Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuungsstrukturen insbesondere für die unter Dreijährigen wurde durch zwei Gesetzesinitiativen forciert. Durch das Tagesbetreuungsausbaugesetz von 2005 und das Kinderförderungsgesetz von 2008 wurden die Länder zu einem stufenweisen Ausbau verpflichtet.<sup>193</sup> Auf diese Weise sollten bis 2010 KiTa-Plätze für 20 Prozent der unter Dreijährigen und bis 2013 für 30 Prozent der unter Dreijährigen erreicht werden. Zusätzlich wurde mit dem Kinderförderungsgesetz ein Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz für Kinder ab einem Jahr eingeführt.<sup>194</sup>

Diese Initiative stieß allerdings auf Widerstand. Konservative Länder, wie etwa Bayern und Baden-Württemberg, wehrten sich mit dem Verweis, Kinderbetreuung sei als Teil des Bildungswesens Ländersache. Daher entschied sich der Bund dafür, finanzielle Anreize zu setzen. Grundgesetzlich darf sich der Bund nicht direkt an der Aufgabenfinanzierung der Länder und Kommunen beteiligen, er kann aber Investitionskosten mitfinanzieren (Art. 104b Abs. 2 GG). Bund und Länder einigten sich

191 *Bock-Famulla*, in: Härtel, Frühkindliche Bildungs-, Betreuungs- und Erziehungssysteme in den Bundesländern, S. 304.

192 *Lepperhoff*, *Zeszyty Pracy Socjalnej* 2014, 55 (60 f.).

193 Gesetz zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder v. 27.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3852; Gesetz zur Förderung der Kinder unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege v. 10.12.2008, BGBl. I 2008, S. 2403.

194 Zu den rechtlichen Entwicklungen *Blome*, in: Gerlach, Öffentliche Kinderbetreuung in Deutschland, S. 198 ff.; *Stoy*, Föderale Vielfalt im unitarischen Sozialstaat; *Lepperhoff*, *Zeszyty Pracy Socjalnej* 2014, 55.

darauf, dass die Länder die KiTa-Betreuungsplätze bis 2013 um 750.000 Plätze, also um etwa 35 Prozent erhöhen, im Gegenzug richtete der Bund ein Sondervermögen in Höhe von 2,15 Mrd. Euro ein.<sup>195</sup> Da es sich um hohe Beträge handelt, war dies für die Länder nicht unerheblich: »The Länder were confronted with two carrots – sizeable co-financing of investments, public prestige – and two sticks – the loss of these funds in case of non-compliance and a commitment to sustain an enhanced infrastructure after the federal government’s initial seed money.«<sup>196</sup>, so Sabine Lang.

Das Sondervermögen wurde im Jahr 2012 noch einmal um 580,5 Mio. Euro und im Jahr 2014 um 550 Mio. Euro aufgestockt, um weitere KiTa-Plätze zu finanzieren. Für das Jahr 2017 wurden weitere 220 Mio. Euro und für das Jahr 2018 100 Mio. Euro vorgesehen. Im Jahr 2021 soll das Sondervermögen wieder aufgelöst werden. Da sich der Bund nach der Finanzverfassung nicht an Betriebskosten der Ländern beteiligen darf, wurde zusätzlich eine Umverteilung der Umsatzsteuer von 1,85 Mrd. Euro bis 2013 und ab 2014 um 770 Mio. Euro jährlich zugunsten der Länder als mittelbare finanzielle Beteiligung des Bundes an der öffentlichen Kinderbetreuung vereinbart, wobei die Länder auf diesen Zweck nicht verpflichtet werden können.<sup>197</sup>

Der Historie entsprechend bestehen weiterhin erhebliche Unterschiede zwischen Ost- und Westdeutschland. So weisen die Landkreise im Westen durchschnittlich für 28,1 Prozent der unter Dreijährigen einen KiTa-Platz auf, demgegenüber die Landkreise im Osten für 51,8 Prozent. Die höchste Quote hat der brandenburgische Landkreis Spree-Neiße mit 61,8 Prozent, die niedrigste der bayerische Landkreis Berchtesgadener Land mit 14,3 Prozent.<sup>198</sup>

### 3.1.3 Freistaat Bayern: Landeserziehungsgeld und Betreuungsgeld

Für die deutsche Entwicklung kamen nicht nur wesentliche diskursive und rechtliche Impulse von der europäischen und der bundesdeutschen Ebene, vielmehr erhielt sie Gegenwind durch konservativ regierte Länder. Da die Länder ebenso über die Kompetenz verfügen, sozialstaatliche

195 Die Rechtsgrundlagen sind das Kinderbetreuungsfinanzierungsgesetz v. 18.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3022 und die Verwaltungsvereinbarung Investitionsprogramm »Kinderbetreuungsfinanzierung« 2008–2013 (Sondervermögen Kinderbetreuungsausbau) zwischen Bund und Ländern.

196 Lang, German Studies Review 2010, 517 (525).

197 Stoy, *Föderale Vielfalt im unitarischen Sozialstaat*, S. 93 f.

198 *Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, Kindertagesbetreuung regional 2016, S. 9; *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Fünfter Bericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, S. 6.

Leistungen anzubieten, können sie bei der Unterstützung von Eltern über Bundesregelungen hinausgehen. So hat beispielsweise der Freistaat Bayern 1989 ein Ländererziehungsgeldgesetz erlassen, um die zwei durch den Bund finanzierten Jahre um ein drittes zu ergänzen.<sup>199</sup> Das Landeserziehungsgeld wurde auch nach der Umstellung auf das Bundeselterngeld beibehalten. So kann in Bayern nach Bezug des Bundeselterngeldes für das erste Kind 150 Euro für weitere sechs Monate, ab dem zweiten Kind 200 Euro für weitere zwölf Monate bezogen werden. Durch diese finanziellen Anreize konterkariert der Freistaat die bundesrechtlichen Reformen, die auf eine kürzere Elternzeit beider Elternteile und den Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung setzen. Dies ist das erklärte Ziel des Freistaats Bayern: Das Landeserziehungsgeld »dient der Wahlfreiheit und ist insofern das Gegenstück zum Ausbau der Kinderbetreuung.«<sup>200</sup>

Im Zuge der zweiten Großen Koalition konnte die CSU darüber hinaus das Betreuungsgeld als finanzielle Anerkennung für Erziehungsarbeit auf Bundesebene durchsetzen. Es ist Teil der bayerischen Gegeninitiative der »Wahlfreiheit«. Das Betreuungsgeldgesetz, das parallel zum Rechtsanspruch auf einen KiTa-Platz zum 1. August 2013 in Kraft trat, sah vor, dass Eltern in der Zeit vom 15. bis zum 36. Lebensmonat Betreuungsgeld in Höhe von 150 Euro unabhängig von einer Erwerbstätigkeit der Eltern erhalten, sofern sie weder öffentlich geförderte Tageseinrichtungen noch Kindertagespflege in Anspruch nehmen.<sup>201</sup> Nach dem das Bundesverfassungsgericht das Bundesbetreuungsgeld im Juli 2015 für nichtig erklärte, weil dem Bund die Gesetzgebungskompetenz dafür fehle, verkündete der Ministerpräsident des Freistaats Bayern, das Betreuungsgeld auf Landesebene fortzuführen zu wollen. Der Bayerische Landtag verabschiedete etwa ein Jahr später das Landesbetreuungsgeld.<sup>202</sup>

Die politischen Auseinandersetzungen um Elternzeit, Elterngeld und entprivatisierte Kinderbetreuung zeigen also die widersprüchlichen Dynamiken eines föderalen Mehrebenensystems. So leistete insbesondere der Freistaat Bayern Widerstand gegen die durch die Europäische Union und die Bundesebene forcierte Abwendung vom Ernährermodell.

199 Landeserziehungsgelder existierten in Thüringen bis 2015, in Baden-Württemberg bis 2012 und in Mecklenburg-Vorpommern bis 2002. Derzeit existiert es noch in Sachsen.

200 *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Bayerisches Landeserziehungsgeld, S. 6. Seit dem 1.8.2018 abgelöst vom Landesfamiliengeld: Bayerisches Familiengeldgesetz v. 24.7.2018, GVBl. S. 613, 622.

201 Gesetz zur Einführung eines Betreuungsgeldes v. 15.2.2013, BGBl. I 2013, S. 254.

202 Bayerisches Betreuungsgeldgesetz v. 24.6.2016, GVBl. 8/2016, S. 94.

### 3.2 Gesetzgebungskompetenzen

Wie bereits oben dargestellt, besteht für den Bund, wenn es um die Regulierung des Ernährermodells geht, allein die Möglichkeit, seine Gesetzesinitiativen auf die öffentliche Fürsorge gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu stützen. Die folgenden Ausführungen zur öffentlichen Kinderbetreuung (3.2.1) und zum Betreuungsgeld-Urteil (3.2.2) zeigen, dass dies keine verfassungsrechtlich unumstrittene Vorgehensweise ist. Die Schwierigkeiten des Bundes, eine geeignete Kompetenz für die Regulierung des Ernährermodells zu finden, speist sich, so die These, aus dem historischen Ausschluss des Weiblichen aus der Öffentlichkeit. Geschlechterbeziehungen sind in diesem Sinne nicht verfassungsrechtlich für die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes relevant gewesen. Als Alternative zur öffentlichen Fürsorge wird abschließend das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) interpretiert als geschlechtergerechte Ökonomie vorgeschlagen (3.2.3).

#### 3.2.1 Öffentliche Kinderbetreuung

Die öffentliche Kinderbetreuung weist seit ihrer Entstehung im 19. Jahrhundert eine zweifache Zielsetzung auf: Kindernothilfe und Bildung.<sup>203</sup> Im deutschen Kontext wurde öffentliche Kinderbetreuung vor allem als sozialstaatliche Fürsorge für Kinder, deren Familien die Betreuung nicht gewährleisten konnten, betrachtet. So wurde in der Weimarer Republik 1922 das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz erlassen, das die öffentliche Kinderbetreuung als staatliche Fürsorge für elternlose, bedürftige oder vernachlässigte Kinder verstand.<sup>204</sup> An diese Tradition knüpfte die Bonner Republik mit der Übernahme des Weimarer Gesetzes, 1961 umbenannt als Jugendwohlfahrtsgesetz, an.<sup>205</sup> Demgegenüber verfolgte die Deutsche Demokratische Republik die Schaffung staatlicher Kinderbetreuung, um Frauenerwerbsarbeit und sozialistische Erziehung zu gewährleisten. Kinderbetreuung war daher Teil des Bildungswesens.<sup>206</sup> In der Deutschen Demokratischen Republik waren folglich etwa 90 Prozent der Frauen erwerbstätig und etwa 84 Prozent der unter Dreijährigen und 90 Prozent der über Dreijährigen in staatlichen Einrichtungen betreut. In Westdeutschland gingen demgegenüber nur 12 Prozent der unter Dreijährigen und 60 Prozent der über Dreijährigen in eine öffentliche

203 *Blome*, in: Gerlach, *Öffentliche Kinderbetreuung in Deutschland*, S. 204 ff.

204 Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt v. 9.7.1922, RGBl. I 1922, S. 633.

205 Bekanntmachung der Neufassung des Reichsgesetzes für Jugendwohlfahrt v. 11.8.1961, BGBl. I 1961, S. 1205.

206 *Blome*, in: Gerlach, *Öffentliche Kinderbetreuung in Deutschland*, S. 205.

Einrichtung.<sup>207</sup> Die ostdeutsche Entprivatisierung von Sorgearbeit wurde im Zuge der Wiedervereinigung nicht übernommen, sondern als »Aufbewahrungsanstalten« kritisiert.<sup>208</sup>

Da die Abkehr vom klassischen Ernährermodell durch den Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung in den letzten Jahren verstärkt durch den Bund vorangetrieben wurden, stellt sich die Frage nach seiner Gesetzgebungskompetenz. Das Changieren zwischen öffentlicher Fürsorge und Bildungswesen setzt sich hier fort. Je nachdem wie staatliche Kinderbetreuung eingeordnet wird, lägen unterschiedliche Kompetenzen vor.<sup>209</sup>

Als Teil der öffentlichen Fürsorge kann der Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG die Kinderbetreuung regulieren. In diesem Sinne hatte das Bundesverfassungsgericht 1967 bei einer Entscheidung über die Jugendhilfe die öffentliche Fürsorge weit interpretiert und diese nicht nur auf individuelle Bedürftigkeit von Jugendlichen, sondern auch auf die generelle und präventive Förderung aller Jugendlichen bezogen, da es sich bei der Jugendfürsorge um ein Gebiet handele, das eng mit der Jugendpflege und der praktischen Jugendarbeit verzahnt sei.<sup>210</sup> Daran anschließend verstand das Gericht in einer Entscheidung zu Kindergartengebühren den Begriff der öffentlichen Fürsorge abermals weit und sah in der Kinderbetreuung eine Angelegenheit, die genau wie die Jugendpflege »Entwicklungsschwierigkeiten« begegne und »Gefährdungen« vorbeuge: So hilft die Kindergartenbetreuung »den Eltern bei der Erziehung, fördert und schützt die Kinder und trägt dazu bei, positive Lebensbedingungen für Familien mit Kindern zu schaffen. Für das spätere Sozialverhalten der Kinder ist diese zumeist erste Betreuung außerhalb des Elternhauses in hohem Maße prägend.«<sup>211</sup> Zugleich stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass Kindergärten auch Bildungseinrichtungen seien und ihnen gesetzlich ein Bildungsauftrag zukomme: »Dieser Bildungsbezug entzieht die Regelung aber nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die fürsorglichen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens sind untrennbar miteinander verbunden. Der Schwerpunkt des Kindergartenwesens, von dem in einem solchen Fall die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz abhängt (...), ist nach wie vor eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung

207 Zahlen nach Lang, German Studies Review 2010, 517 (524).

208 Ebenda.

209 Reith, Der Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag des Staates im Vorschulbereich, S. 84 ff. m.w.N. zum Meinungsstand in der Literatur und Rechtsprechung. Reith geht davon aus, dass der Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge weiterhin einschlägig ist, S. 109.

210 BVerfGE 22, 180 (213), *Jugendhilfe* (1967).

211 BVerfGE 97, 332 (341), *Kindergartengebühren* (1998).

sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung. Der vorschulische Bildungsauftrag steht hinter dieser dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuzuordnenden Aufgabe zurück.«<sup>212</sup>

Versteht man öffentliche Kinderbetreuung demgegenüber ausschließlich oder überwiegend als bildungspolitische Angelegenheit, dann läge die Kompetenz allein bei den Ländern und der Bund könnte keinerlei Gesetzgebung, und auch keine Investitionsförderung, in diesem Bereich erlassen.<sup>213</sup> Da die bildungspolitische Bedeutung außerhäuslicher Kinderbetreuung, insbesondere für Kinder aus bildungsfernen und migrierten Familien, verstärkt hervorgehoben wird, könnte eine Verschiebung der Gesetzgebungskompetenz an die Länder zukünftig nicht ausgeschlossen sein.

Darüber hinaus ist erstaunlich, dass die gesellschafts- und rechtspolitischen Debatten weibliche Erwerbstätigkeit als primäres Ziel öffentlicher Kinderbetreuung ausweisen, dass sich dies jedoch nicht in gleicherweise in der Diskussion um die Kompetenztitel niederschlägt. Es geht bei öffentlicher Kinderbetreuung nicht nur um Kinder(not)hilfe oder Bildung, sondern auch um Geschlechtergerechtigkeit. Für die Durchsetzung der Geschlechtergerechtigkeit gibt es im Grundgesetz aber keinen Kompetenztitel. Stattdessen wird Gleichstellungspolitik auf Bundesebene auf verschiedene Gegenstandsbereiche gestützt. Die Einführung des Anspruchs auf einen Kindergartenplatz zum 1. Januar 1996 zeigt, dass dies zu wenig plausiblen Begründungen für die Bundeskompetenz führen kann. Da nach dem Ende der Deutschen Demokratischen Republik auch der Schwangerschaftsabbruch erneut geregelt werden musste, wurde für die Einführung des Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz auch auf die strafrechtliche Kompetenz des Bundes zurückgegriffen und argumentiert, dass Kindergartenplätze Anreize setzen können, eine Schwangerschaft nicht abzubrechen – ein aus heutiger Sicht schwer nachvollziehbarer Begründungsversuch für die Bundeskompetenz.<sup>214</sup>

Um die Dimension der Geschlechterungleichheit sichtbar zu machen, wäre zu überlegen, ob die eingetretenen Pfade der öffentlichen Fürsorge und des Bildungswesens nicht zu verlassen sind und stärker auf das Recht der Wirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu setzen ist.

<sup>212</sup> Ebenda, S. 342.

<sup>213</sup> Für eine landesrechtliche Bildungskompetenz argumentiert BayVerfGH, Entscheidung v. 4.11.1976, Vf. 18-VII-73. Für einen historischen Überblick über die begrenzten Befugnisse des Bundes im Bildungswesen sowie Argumente aus der Literatur *Guckelberger*, in: Härtel, Bildung und Föderalismus, S. 222 ff.; auch *Reith*, Der Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag des Staates im Vorschulbereich.

<sup>214</sup> Gesetzesentwurf zum Schwangeren- und Familienhilfegesetz, BT-Drucks. 12/2605, S. 4 f.; *Harms*, RdJB 1996, 99; *Isensee*, DVBl. 1995, 1.



Möglicherweise könnte dies ein alternativer Kompetenztitel für die Regulierung der öffentlichen Kinderbetreuung sein, da es um die ökonomische Existenzsicherung von Eltern durch Erwerbsarbeit, insbesondere von Frauen und Alleinerziehenden, geht. Eine Argumentation, die die Erwerbsarbeit von Eltern als Sinn und Zweck von öffentlicher Kinderbetreuung betont, verfolgt das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Betreuungsgeld. Zwar scheint hier eine wirtschaftsliberale Argumentation zu dominieren, die auf das Humankapitalpotential von Eltern und die bundesdeutsche Wettbewerbsfähigkeit zu setzen scheint, jedoch könnte diese als Anknüpfungspunkt für eine Maßstabbildung dienen, die Wirtschaft als geschlechtergerechte Ökonomie interpretiert. Auf das Urteil zum Betreuungsgeld und die Alternative der geschlechtergerechten Ökonomie wird nun vertiefter eingegangen.

### 3.2.2 Betreuungsgeld

Die Gesetzgebungskompetenz ist nicht nur bei der Regulierung der öffentlichen Kinderbetreuung, sondern auch beim Betreuungsgeld umstritten. Während die öffentliche Kinderbetreuung Alternativen zur Betreuung durch die Familie eröffnet und daher das ErnährermodeLL modifiziert, setzt das Betreuungsgeld gegenteilige Akzente und wird ausgezahlt, wenn Familien die Kinderbetreuung privat organisieren. Damit wertet es familiäre Sorgearbeit zwar auf, verstärkt im gegenwärtigen Kontext von femininer Sorgearbeit aber die traditionelle Zuständigkeit von Frauen für die Kindererziehung. Dies legen die im Urteil zitierten Zahlen des Statistischen Bundesamtes nahe: In 94,6 Prozent der Fälle wurde das Betreuungsgeld von Müttern in Anspruch genommen. Die Bezugsdauer betrug durchschnittlich 19,7 von 22 Monaten. Auffällig ist auch, dass deutlich mehr Anträge in den alten (425.865) als in den neuen Bundesländern (29.456) gestellt wurden, was möglicherweise mit der stärkeren Erwerbstätigkeit von Frauen und den besseren Betreuungsmöglichkeiten in Ostdeutschland zusammenhängt.<sup>215</sup>

Das Betreuungsgeld war nicht nur geschlechterpolitisch, sondern auch klassen- und migrationspolitisch umstritten. Gerade einkommensschwache Bevölkerungsgruppen könnten in den zusätzlichen 150 Euro monatlich einen Anreiz sehen, ihre Kinder in den ersten Jahren selbst zu betreuen und damit Bildungschancen in der KiTa zu verpassen. Aus diesen Gründen initiierte die Hansestadt Hamburg ein abstraktes Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und argumentierte über

<sup>215</sup> BVerfGE 140, 65 (72), *Betreuungsgeld* (2015); *Rixen*, NJW 2015, 3136; *Lenze*, NVwZ 2015, 1658.

die streitige Kompetenz hinaus, dass das Betreuungsgeld gegen Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG verstoße.<sup>216</sup>

Auf diese Ungleichheitsachsen und die Bedeutung der Grundrechte ging das Gericht in seiner Entscheidungsbegründung jedoch nicht ein. Indem es die Verfassungswidrigkeit bereits auf formeller Ebene festmachte, umschiffte es diese Fragen.

Das Bundesverfassungsgericht stützte sein Urteil allein auf die formale Verfassungswidrigkeit des Betreuungsgeldes und erklärte das Betreuungsgeld mangels Gesetzgebungskompetenz für nichtig. Um dies zu begründen, setzte sich das Gericht ausführlich mit der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern hinsichtlich der Regulierung der Reproduktionsordnung auseinander.

Für die Kompetenz des Bundes zieht das Bundesverfassungsgericht den Titel der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG heran, da die Geburt von Kindern in der Regel zu einer ökonomischen Belastung von Eltern führe und daher auch ohne Einzelfallprüfung eine präventive finanzielle Unterstützung geleistet werden könne. Damit erklärt das Bundesverfassungsgericht die öffentliche Fürsorge zum allgemeinen Familienförderkompetenztitel und interpretiert die öffentliche Fürsorge erneut weit. Die Kompetenz des Bundes lässt das Gericht jedoch an den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG scheitern.

Das Gericht prüft die verschiedenen Begründungen, die im Gesetzesentwurf genannt wurden, detailliert durch und kommt zu dem Schluss, dass keiner der Gesetzeszwecke der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit dienen könne oder dafür geeignet oder erforderlich sei.<sup>217</sup>

Nach der ersten Alternative des Art. 72 Abs. 2 GG besteht eine Bundeskompetenz, wenn die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse bedroht ist. Dies soll dann der Fall sein, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern erheblich auseinanderentwickelt haben und das Sozialgefüge im Bundesstaat wesentlich bedroht wird. Während die Gesetzgebung das Betreuungsgeld allein auf diese Alternative stützt, sieht das Bundesverfassungsgericht diese nicht als einschlägig an. Zum einen bestehe aufgrund der Landeserziehungsgelder, die damals noch von drei Ländern gezahlt wurden, bereits eine föderale Pluralität, die aber zu keinem Auseinanderdriften der Lebensverhältnisse geführt habe. Zum anderen sei der Ausbau der frühkindlichen Kinderbetreuung kein föderaler Nachteil, den es durch eine finanzielle Leistung wie das Betreuungsgeld

<sup>216</sup> BVerfGE 140, 65 (73), *Betreuungsgeld* (2015); *Sacksofsky*, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages zum Thema »Einführung eines Betreuungsgeldes«.

<sup>217</sup> BVerfGE 140, 65 (78 ff.), *Betreuungsgeld* (2015); Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Betreuungsgeldes, BT-Drucks. 17/9917, S. 8 f.

auszugleichen gelte. Auch sei das Betreuungsgeld nicht dafür geeignet, die differierende Verfügbarkeit von Kinderbetreuungsplätzen in den Ländern auszugleichen, da es weder als Ersatzleistung für den Fall, dass kein Betreuungsplatz verfügbar ist, ausgestaltet sei, noch ausreichend hoch sei, um einen privaten Betreuungsplatz zu finanzieren. Schließlich könnten die Gesetzesziele der flächendeckenden Wahlfreiheit zwischen privater und öffentlich geförderter Kinderbetreuung und der sozialen Akzeptanz von privater Betreuung nicht ausreichen, um die fehlende Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse zu begründen.

Auch die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im Sinne der zweiten Alternative des Art. 72 Abs. 2 liegen nach dem Bundesverfassungsgericht nicht vor.<sup>218</sup> Während die Rechtseinheit gegen eine das Zusammenleben erheblich erschwerende Rechtszersplitterung gerichtet ist, zielt die Wirtschaftseinheit auf die Überwindung von Hindernissen für den Verkehr im Bundesgebiet. Für das Vorliegen einer Bundeskompetenz müssen nicht unerheblich problematische Entwicklungen in Bezug auf die Rechts- oder Wirtschaftseinheit zu erwarten sein. Aufgrund der bereits bestehenden Landeserziehungsgelder kann das Gericht solche Folgen weder für die Rechtseinheit noch für die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft erkennen.

Ein solcher Gesetzeswille sei nicht durch die Gesetzgebung verfolgt gewesen. Hier differenziert das Gericht zwischen dem Betreuungsgeld und dem öffentlichen Ausbau der Betreuungsplätze mit Blick auf die Erwerbstätigkeit von Eltern: »Während beim Kinderförderungsgesetz unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit maßgeblich auf den Zusammenhang zwischen Kinderbetreuungsmöglichkeit und Möglichkeiten der Beteiligung von Eltern am Arbeitsleben abgestellt und damit an die Bedeutung der Regelungen als Arbeitsmarkt- und Wirtschaftsfaktor angeknüpft wurde, fördert das hier zu beurteilende Betreuungsgeld die Erwerbsbeteiligung von Eltern nicht.«<sup>219</sup> Da das Bundeselterngeld Eltern ermöglichen solle, im ersten Lebensjahr eines Kindes eine Auszeit zu nehmen und daher Interesse an einer einheitlichen Regelung für den gesamten Arbeitsmarkt bestehe, könne dafür eine Kompetenz aus der Rechts- und Wirtschaftseinheit hergeleitet werden: »Die Ausgestaltung der Elternzeit und der damit eng zusammenhängenden Elterngeldleistungen haben unmittelbaren Einfluss auf die Erwerbsbeteiligung von Eltern und die damit korrespondierenden Anforderungen insbesondere an die Arbeitgeber, sich auf diese Auszeiten einzustellen. Hiervon ist der gesamte deutsche Arbeitsmarkt betroffen. Eine andernfalls zu erwartende Regelungsvielfalt auf Länderebene und die damit verbundene Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen

218 BVerfGE 140, 65 (87 ff.), *Betreuungsgeld* (2015).

219 Ebenda, S. 89.

können im Hinblick auf die gewünschten positiven Wirkungen für Familien nicht hingenommen werden. «<sup>220</sup> Mangels positiver Effekte auf die Erwerbstätigkeit von Eltern oder auf den Arbeitsmarkt, sei das Betreuungsgeld für die Rechts- und Wirtschaftseinheit nicht erforderlich.

Schließlich lehnt das Bundesverfassungsgericht die Argumentation der Gesetzgebung ab, es handele sich beim Betreuungsgeld um ein Gesamtkonzept, das bereits dem Kinderförderungsgesetz zugrunde liege und sich mit der besonderen Lebenssituation von jungen Familien beschäftige; daher läge wie beim Kinderförderungsgesetz eine Kompetenz aus Art. 72 Abs. 2, 2. Alt GG vor.<sup>221</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht dies anders und argumentiert, dass bei selbstständigen Leistungen ein Verknüpfungswille nicht ausreichend sei und für jede Leistung daher eine Kompetenz vorliegen müsse; jedenfalls läge kein plausibler Sachzusammenhang zwischen dem Ausbau der Kinderbetreuung und dem Betreuungsgeld vor. Eine nicht justiziable Verknüpfungskompetenz sei unzulässig, da die Gesetzgebung es dann in der Hand hätte, die Voraussetzungen aus Art. 72 Abs. 2 GG zu umgehen.

Diese verfassungsrechtliche Bewertung sei auch nicht deswegen zu ändern, weil es sich beim Betreuungsgeld nur um eine Geldleistung handele. Sie beeinträchtige dennoch die landespolitischen Gestaltungsspielräume. So hatte z. B. die Landesregierung Niedersachsen in ihrer Stellungnahme darauf hingewiesen, dass das Bundesgesetz die Landes- und kommunalpolitischen Förderangebote konterkarriere: »Die bislang gewonnen Erkenntnisse lassen den Schluss zu, dass das Betreuungsgeld in einigen Ländern – sicherlich in Abhängigkeit von der konkreten Bevölkerungszusammensetzung – die Gestaltungsmöglichkeiten für die Förderung der Erziehung und Betreuung von Kindern unter drei Jahren berührt (...) und damit keine in kompetenzrechtlicher Hinsicht neutrale Regelung ist.«<sup>222</sup>

### 3.2.3 Recht der Wirtschaft als geschlechtergerechte Ökonomie

Sowohl bei der Diskussion um die richtige Gesetzgebungskompetenz für den Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung als auch beim Betreuungsgeld fällt auf, dass bei der Verhandlung der Kompetenzen ungleiche Geschlechterbeziehungen als wesentliches Moment dieser Regelungen nicht benannt werden. Während bei der öffentlichen Kinderbetreuung die Kompetenz aus Perspektive der Kinder diskutiert wird, erörtert das

220 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, BT-Drucks. 16/1889, S. 16 f.

221 BVerfGE 140, 65 (91 ff.), *Betreuungsgeld* (2015).

222 Ebenda, S. 98.

Bundesverfassungsgericht beim Betreuungsgeld die Kompetenz aus Sicht der erwerbstätigen Eltern und des Arbeitsmarktes. Zwar könnte man Eltern als Synonym für Mütter lesen, dennoch bleibt Gleichstellung auf diese Weise in föderalen Kompetenzstreitigkeiten unbenannt.

Darüber hinaus ist der Begriff der öffentlichen Fürsorge zu überdenken. Die öffentliche Fürsorge ist eigentlich auf ökonomische Notsituationen gerichtet. Zwar führen Kinder und auch die private oder öffentliche Kinderbetreuung zu finanziellen Mehrbelastungen von Eltern und stellen für Alleinerziehende regelmäßig ein Armutsrisiko dar, dennoch liegen die Ursachen in der gegenwärtigen ökonomischen Ordnung, die der Versorgung des Nachwuchses keinen Platz einräumt und die reproduktive von der produktiven Sphäre abgespalten hat. Zu überlegen wäre daher, ob nicht ein re-formulierter Begriff der Wirtschaft eine relationale Perspektive, die auch die Geschlechterbeziehungen in föderalen Kompetenzstreitigkeiten benennbar werden lässt, eröffnen könnte. Erste Ansätze dafür lassen sich in der dargestellten Maßstabsbildung zum Betreuungsgeld finden. Die Wirtschaftseinheit begründe, so das Bundesverfassungsgericht, eine Regulierungskompetenz des Bundes für die Erwerbsbedingungen von Eltern. Diese Argumentation könnte dahingehend weiterentwickelt werden, dass sie weniger auf Wettbewerbsfähigkeit und Arbeitgeber\*inneninteressen als auf eine geschlechtergerechte Ökonomie zielt.

Mit dem Begriff der geschlechtergerechten Ökonomie könnte über den Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) eine Maßstabsbildung aus Sicht ungleicher Geschlechterbeziehungen entwickelt werden. Geschlechtergerechte Ökonomie meint das systematische Zusammendenken von Reproduktion und Arbeitswelt und versteht Sorgearbeit nicht als das Andere von Erwerbsarbeit.<sup>223</sup> Dafür bedürfte es eines Ökonomiebegriffs, der Ökonomie nicht unabhängig von Reproduktion denkt und versteht, dass das Leitbild der (Voll-)Erwerbstätigkeit konstitutiv mit Geschlechterungleichheit verbunden ist.

223 *Biesecker/Hofmeister*, in: Bauhardt/Çağlar, Im Fokus: Das (Re)Produktive.

## IV. Fazit

Nicht nur Freiheits- und Gleichheitsrechte sondern auch staatsorganisationsrechtliche Normen und Maßstabsbildungen lassen sich unter Ungleichheitsgesichtspunkten untersuchen. In der Verfassungswissenschaft und der Verfassungspraxis wird dies bisher jedoch nicht getan. Während sich die Ungleichheitsachse Geschlecht im Rahmen von Individualrechten relativ gut thematisieren lässt und ein antidiskriminierungsrechtlicher Ansatz dafür ein Vokabular entwickelt hat, bleiben Geschlechterbeziehungen im Staatsorganisationsrecht dethematisiert.

Dass eine relationale Perspektive weiterführend sein und zu einer alternativen Maßstabsbildung führen kann, wurde anhand der Geschlechterbeziehungen für das Demokratieprinzip, für judikative und exekutive Staatsämter sowie die föderale Kompetenzordnung argumentiert. Eine relationale Perspektivität kann zum einen danach fragen, wer in staatlichen Institutionen eigentlich präsent und wer abwesend ist, sie kann zum anderen danach fragen, welche Themen präsent sind und anhand welcher Kompetenztitel sie verhandelt werden.

Eine solche Perspektive setzt allerdings voraus, dass Ungleichheit in staatlichen Institutionen als verfassungsrechtlich relevantes Problem definiert wird. Erst dann kann eine verfassungsrechtliche Sprache dafür entwickelt werden. Die Deutung der staatlichen Sphäre als eine der abstrakten Gleichheit scheint einer Thematisierung jedoch im Wege zu stehen.

### 1. Abstrakte Staatlichkeit

Die Problematisierung der unzureichenden Präsenz vielfältiger Subjektpositionen in staatlichen Institutionen funktioniert nicht, das zeigt das Beispiel der repräsentativen Demokratie, ohne die Reflexion konkreter Exklusionserfahrungen. Richtet sich die streng formal konzipierte Wahlrechtsgleichheit gegen die politische Ungleichheit von männlichen Subjekten in der Kaiserzeit, gründet sie sich zugleich auf einer maskulin definierten Normalität repräsentativer Demokratie, die durch die Postulation eines homogenen Volkes und des freien Mandats die ungleiche Repräsentation weiblicher Subjekte nicht als verfassungsrechtlich relevantes Problem definiert und Konzepte von Geschlechterdemokratie als Abweichung erscheinen lässt. Dies zeigt sich in der Privilegierung einer abstrakten Wahlrechtsgleichheit und Parteifreiheit in der Kommentarliteratur sowie in den Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Rheinland-Pfalz und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs. Die herrschende Maßstabsbildung des Demokratieprinzips basiert auf einer abstrakten Subjektivität, anstatt sich an konkreten Exklusions- und

Ungleichheitserfahrungen, also an einem relationalen Maßstab, zu orientieren.

Die unzureichende Präsenz des weiblichen Geschlechts setzt sich in den judikativen und exekutiven Spitzenpositionen fort. Erneut ist hier die Parteipolitik bestimmend für die Kandidat\*innenauswahl. Die Beteiligung von Bündnis90/Die Grünen und der SPD an den Bundes- und Landesregierungen hat sich sowohl beim Vorschlag von Bundesverfassungsrichtern als auch Bundesministerinnen positiv ausgewirkt – ihr Anteil liegt inzwischen bei immerhin 30 bis 40 Prozent. Die Staatsspitze ist jedoch mit wenigen Ausnahmen durchgehend maskulin besetzt. Hier schlagen die Parteien ganz überwiegend Spitzenkandidaten vor.

Zwar sieht das Verfassungsrecht traditionell keine institutionellen Mechanismen vor, um eine Politik der Präsenz in hohen Staatsämtern zu gewährleisten, dennoch stellt sich die Frage, ob angesichts der anhaltenden geschlechtlich codierten Parteipolitik nicht über institutionelle Mechanismen nachgedacht werden müsste. Der weltweite Erfolg von Quotenregelungen für die Parlamente zeigt, dass aller Widerstände zum Trotz, solche Mechanismen durchaus erfolgreich eine Politik der Präsenz gewährleisten können. Interessant ist jedoch auch hier die bestehende diskursive Lücke. In der verfassungsrechtlichen Literatur wird dies nicht thematisiert. Staatsführung und hohe Staatsämter bleiben ein geschlechtsloses Thema. Die faire Repräsentation von Frauen in den staatlichen Institutionen der drei Gewalten scheint daher keine Verfassungsfrage zu sein.

Eine relationale Interpretation des Demokratieprinzips bietet demgegenüber einen Maßstab für gerechte Staatlichkeit an. Eine relationale Perspektive auf Demokratie und Repräsentation setzt an den konkreten Exklusionserfahrungen an und ist darauf gerichtet, historisch exklusive staatliche Strukturen in inklusive zu transformieren. Auf diese Weise werden zuvor Ungleiche als Gleiche im Sinne einer symbolischen Repräsentation anerkannt. In einer relationalen Perspektive stellt die Gewährleistung einer gleichberechtigten Präsenz zuvor ausgeschlossener Subjekte keine Beeinträchtigung, sondern die Durchsetzung des Demokratieprinzips dar. In praktischer Hinsicht kann mit einer relationalen Perspektive die Notwendigkeit begründet werden, staatliche Ämter geschlechtergerecht zu vergeben. Sie liefert beispielsweise für eine paritätische Wahlrechtsreform eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung.

## 2. Geschlechtsloser Föderalismus

Zur föderalen Ordnung der Geschlechterbeziehungen existiert bisher kaum Forschung. Daher lassen sich nur schwer analytische Aussagen treffen. Der letzte Abschnitt dieses Kapitels hat dennoch gezeigt, dass

der grundgesetzliche Föderalismus für die rechtliche Regulierung der Geschlechterbeziehungen und ihrer Verteilungswirkungen relevant ist. Die Institutionalisierung von Gleichstellungspolitik begann in Deutschland auf den unteren Ebenen. Die wesentlichen Impulse für einen Wandel deutscher Vereinbarkeitspolitik kam demgegenüber – wenn auch ökonomisiert – von der europäischen Ebene und der Bundesebene. Der Bund hat durch das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz die ökonomische Situation erwerbstätiger Eltern verbessert und durch das Kinder- und Jugendhilfegesetz die wesentlichen staatlichen Rahmenbedingungen für die öffentliche Kinderbetreuung gesetzt. Mit der Bildung eines Sondervermögens hat der Bund finanzielle Anreize für die Länder gesetzt, die frühkindliche Betreuung weiter auszubauen. Der Freistaat Bayern hat durch eigene Sozialleistungen und das Betreuungsgeld versucht, den Initiativen der Europäischen Union und der Bundesebene etwas entgegenzusetzen, um am Ernährermodell festzuhalten. Dezentralisierung kann daher auch ein Hindernis für eine bundesweite Gleichstellungspolitik sein. In diesem Sinne hat beispielsweise das *CEDAW-Committee* in seiner letzten *list of issues* Bedenken geäußert, dass die Vielzahl der Länder zu einer uneinheitlichen Implementierung der UN-Frauenrechtskonvention führt und sich dies nachteilhaft auswirken kann.<sup>224</sup> Auch Sabine Lang sieht diese Gefahr verschärft in Zeiten neoliberalen Sparens: »From a gender perspective, policies that represent cornerstones of social citizenship should not be left solely to the Länder. Mobilization around such issues becomes increasingly difficult if 16 different policies are in play.«<sup>225</sup>

Schließlich haben die Entscheidungen zur föderalen Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern sowohl bei der nordrhein-westfälischen Bevorzugungsregelung als auch bei der öffentlichen Fürsorge gezeigt, dass sich die föderale Maßstababildung nicht losgelöst von den konkreten Konflikten um die Geschlechterbeziehungen vollzieht. Sie dreht sich um die verfassungsrechtliche Frage, welche Ebene die Geschlechterbeziehungen und ihre distributiven Effekte rechtlich regulieren darf. Dabei können unterschiedliche Normverständnisse und Gegenstandsbeschreibungen zu unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Ergebnissen führen. So hat die formale Interpretation der Gleichheitsgarantie gemäß § 9 BeamStG zu einer Verneinung der Landeskompetenz geführt, obwohl eine materiale Interpretation aufgrund der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Rechtsprechung plausibler gewesen wäre. Die fehlende Rezeption dieser verweist auf die Dominanz einer abstrakt-individuellen Rationalität bzw. einer maskulinen Perspektivität

224 *CEDAW Committee*, List of Issues in Relation to the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Germany.

225 Lang, *German Studies Review* 2010, 517 (528).



– selbst in den Fällen, bei denen es offensichtlich um Geschlechtergerechtigkeit geht.

Maßnahmen, die auf die Transformation des Ernährermodells zielen, werden auf die Bundeskompetenz der öffentlichen Fürsorge gestützt. Da dies suggeriert, es handele sich bei Kindererziehung um einen Dauernotfall, wäre zu überlegen, ob nicht über den Kompetenztitel der Wirtschaft und dessen Interpretation als geschlechtergerechte Ökonomie die Vereinbarkeit von Familie und Beruf besser adressierbar wäre. Damit würde die Wirtschaft nicht unabhängig von der Reproduktion gedacht und es würde deren Abhängigkeitsverhältnis sichtbar gemacht werden.

# Schluss

Für die Entwicklung des Verfassungsaudits konnten die ökonomiekritischen und feministischen Kritiken an einer abstrahierenden Rechtssubjektivität sowie deren Forderung, diese durch ein relationales Verständnis von Subjektivität und Autonomie zu überwinden, produktiv gemacht werden. Basierend auf diesen Kritiken wurde ein Vorschlag für eine relationale Analyse des Rechts entwickelt. Dieser liefert sowohl Impulse für die konkrete Rechtsprechung und -praxis, indem er alternative Interpretationsweisen in konkreten Rechtsfällen aufzeigt, als auch einen Analyserahmen für zukünftige wissenschaftliche Untersuchungen und Kritiken des Rechts.

Das hier entwickelte Verfassungsaudit unterscheidet zwischen einer individualisierenden und einer relationalen Methodik. Während eine individualisierende Rechtsmethodik das einzelne Subjekt im Rahmen der rechtlichen Entscheidungsfindung fokussiert, ist eine relationale Methodik auf Beziehungen gerichtet. Ein relationaler Ansatz verschiebt also den traditionellen Fokus des Rechts vom abstrakten freien und gleichen Subjekt auf die konkreten gesellschaftlichen Beziehungen, weil es in diesen das prägende Moment menschlichen Lebens und individueller Autonomie sieht. Eine relationale Perspektive ist normativ daher auf »gute« bzw. symmetrische Beziehungen gerichtet.

Methodisch kann die Verfassungspraxis eine Ungleichheitsachsen thematisierende oder dethematisierende sowie eine konkrete oder abstrakte Argumentationsweise verfolgen. Dabei wird entweder eine Perspektive der Betroffenen oder der Rechtfertigung eingenommen und die eigene Perspektivität vor dem Hintergrund der herrschenden Normalität mehr oder weniger reflektiert. Den vier Kriterien der relationalen Rechtsanalyse liegt die These zugrunde, dass es einen Unterschied macht, ob und wie bestimmte Lebenssachverhalte im Verfassungsrecht adressiert werden und dass eine relationale Methodik die Verhandlung von gesellschaftlichen Ungleichheitsverhältnissen im Verfassungsrecht erleichtert. Es besteht also ein Zusammenhang zwischen dem methodischen Zugriff und der rechtlichen Thematisierbarkeit von Ungleichheit. Durch die konkret-kontextuelle Perspektive der relationalen Methodik werden insbesondere tradierte Trennlinien – die zwischen Staat und Gesellschaft sowie die zwischen Erwerbsarbeit und reproduktive Arbeit – infrage gestellt und der Fokus auf gesellschaftliche Beziehungen gerichtet. In der Konsequenz wird die Rechtsfindung also nicht nur durch die in der Rechtswissenschaft gängigen vier Auslegungsmethoden – der Auslegung anhand des Wortlauts, des Telos, der Systematik und der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift –, sondern eben ganz entscheidend

dadurch bestimmt, ob eine individualisierende oder relationale Auslegung des Rechts verfolgt wird.

Im Rahmen der drei Teilstudien Umverteilung, Anerkennung und Repräsentation wurde untersucht, wie klassen- und geschlechtsbasierte Ungleichheit methodisch im Verfassungsrecht adressiert wird. Damit wurde die verfassungsrechtlich garantierte Gleichheit in ihrer ökonomischen, kulturellen und politischen Dimension analysiert; zugleich wurde rekonstruiert, wie das deutsche Verfassungsrecht als »interface between the polity and the society« gesellschaftliche Beziehungen imaginiert und ordnet.<sup>1</sup>

Für die *Umverteilungsdimension* lässt sich feststellen, dass die Ungleichheitsachse Klasse begrenzt als verfassungsrechtliches Problem benannt wird. Relevante konstitutionelle Anknüpfungspunkte sind die materialen Grundrechtsgehalte, insbesondere ein materialisierter Eigentumsbegriff, eine relationale Deutung der Privatautonomie, der Justizgewährungsanspruch und die Menschenwürde. Wie die Sondervoten zum Sozialstaatsprinzip und die Entscheidungen zum materialisierten Eigentumsbegriff zeigen, wird die ungleiche Eigentumsverteilung durchaus als Quelle ökonomischer Ungleichheit identifiziert. Dies gelingt insbesondere über eine kontextuell-konkrete Argumentation, die Sozialdaten einbezieht und auf die daraus resultierende ungleiche ökonomische Positionierung von Subjekten eingeht. Dennoch kann sich Klassenungleichheit grundsätzlich nicht gegenüber rechtfertigenden Gründen, insbesondere Finanzierungsargumenten, durchsetzen. Methodisch wird über eine Perspektive der Rechtfertigung eine verfassungsrechtlich zurückgenommene Kontrolle konstatiert und daher der Gestaltungsfreiheit der demokratischen Politik regelmäßig der Vorrang eingeräumt. Aufgrund des Verweises auf die demokratische Politik wird das Feld des verfassungsrechtlich Sagbaren begrenzt, sodass sich das Verfassungsrecht für ökonomische Ungleichheit für überwiegend *unzuständig* erklärt. Dies scheint dem kulturell-gesellschaftlichen Kontext eines befriedeten Klassenkompromisses der Nachkriegszeit, der zunehmenden Individualisierung von ökonomischen Risiken durch ein neoliberales Paradigma sowie der Schwäche der Arbeiter\*innenbewegung zu entsprechen.

Eine relationale Perspektive fehlt insbesondere beim Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. Dieses wird allein abstrakt-individualisierend verhandelt. Es wird weder auf die Ursachen für fehlende ökonomische Ressourcen noch auf die abhängige Position der

1 *Ritter*, *The Constitution As Social Design*, S. 8. »At the interface between the polity and society, by recognizing and rewarding certain social roles and relationships, the constitutional order helps to constitute society itself. (...) Constitutions do not just call upon social identities; they help to create and regulate social order.«, ebenda.

Betroffenen noch auf daraus resultierende Stigmatisierungserfahrungen eingegangen. Aus einer relationalen Perspektive würde sich eine Maßstabsbildung anbieten, die sich stärker an der Thematisierung der Betroffenenensituation und ökonomischer Privilegien orientiert. Damit kann sozialstaatliche Umverteilung als Privilegienausgleich anstatt als ahistorischer Eingriff in die Rechte von Vermögenden bzw. als Sonderbehandlung von Leistungsempfänger\*innen verstanden werden. Auch fehlt eine strukturelle Perspektive, die die Verschränkung von Klasse und Geschlecht, also die weibliche Codierung von Armut und finanzieller Abhängigkeit, in den Blick nimmt. Eine relationale Perspektive könnte über die Einführung einer antidiskriminierungsrechtlichen bzw. stereotypensensiblen Argumentation die kulturelle Abwertung von Transferleistungsbeziehungen\*innen sowie die geschlechtliche Dimension sozialverfassungsrechtlicher Konflikte benennbar machen.

Das Verfassungsaudit hat im Bezug auf Klasse also sichtbar gemacht, dass diese trotz fehlender Nennung im Grundgesetz in diversen Konstellationen eine Rolle spielt und in der Verfassungspraxis adressiert wird. Das Audit hat aber auch gezeigt, dass sich Klasse aufgrund der Argumentation über rechtfertigende Gründe verfassungsrechtlich nicht durchsetzen kann und nicht in gleicher Weise wie die Geschlechterungleichheit Gegenstand des Verfassungsrechts – bzw. eine Verfassungsfrage – ist. Diese verfassungsrechtliche Ordnungsbildung bei Klasse ergibt sich, so die These, aus einer *individualisierenden Methodik*, die weder eine Perspektive der Betroffenen noch eine der existentiellen Abhängigkeiten einnehmen kann, sondern stattdessen dem abstrakten Subjekt verhaftet bleibt.

Für die *Anerkennungsdimension* lässt sich eine andere Verfassungspraxis beobachten. Bei der Geschlechterungleichheit ist die Sprachfähigkeit des Verfassungsrechts deutlich stärker ausgebildet. Die kulturelle und ökonomische Benachteiligung von Frauen kann als Diskriminierung verfassungsrechtlich adressiert werden. Dafür knüpft die Verfassungspraxis an die konstitutionelle Gleichheit an und hat über ein materiales Diskriminierungsverständnis – und insbesondere über die Figur der mittelbaren Diskriminierung – der demokratischen Politik enge Grenzen gezogen. Daher ist konträr zur Kategorie Klasse eine Argumentationsweise zu beobachten, die das Verfassungsrecht der demokratischen Politik überordnet und für die Geschlechtergleichheit für *zuständig* erklärt.

Für diese dogmatische Entwicklung ist eine *relationale Methodik* maßgeblich. Diese umfasst Ansätze einer stereotypensensiblen und intersektionalen Maßstabsbildung. Methodisch wird dies durch die Erörterung des sozialen Kontextes, die Einnahme einer Betroffenenperspektive sowie die Reflexion der maskulinen Perspektivität des Arbeits- und Sozialrechts erreicht. In dieser Maßstabsbildung stehen also die ungleichen Effekte rechtlicher Regelungen sowie geschlechterstereotype Gesetzgebung

im Fokus. Auf diese Weise verlieren rechtfertigende Gründe und Finanzierungsargumente an diskursivem Gewicht und treten hinter der Diskriminierung zurück.

Widerstände gegen ein materiales Diskriminierungsverständnis zeigen sich insbesondere bei der Diskussion um positive Maßnahmen. Hier wird deutlich, dass der herrschende Diskurs der Idee der formalen Gleichheit verhaftet bleibt und in positiven Maßnahmen die Diskriminierung des männlichen Geschlechts sieht. Anerkennung geht also mit der Umverteilung von Chancen und Macht zwischen den Geschlechtern einher, indem sie auf eine verstärkte Repräsentation von Frauen in ökonomisch und politisch attraktiven Positionen zielt. Für eine zukünftige Verfassungspraxis könnte daher die UN-Frauenrechtskonvention weiterführend sein, weil die Konvention Geschlechterstereotype als kulturelle Hürde für Geschlechtergleichheit bereits auf textlicher Ebene adressiert und der CEDAW-Fachausschuss über seine allgemeinen Empfehlungen darauf aufmerksam gemacht hat, dass sich der maskuline Maßstab von Leistung und Qualifikation zugunsten weiblicher Lebensrealitäten ändern muss.

Eine relationale Perspektive ist darüber hinaus weiterführend, um Privilegien im Recht zu thematisieren und auf diese Weise den Fokus von »den Anderen« auf »die Privilegierten« zu verschieben. Damit lässt sich der Blick für die gesellschaftlich-vergeschlechtlichte Normalität schärfen und diese kritisch hinterfragen, so z.B. die von Sorgearbeit freigestellte Vollerwerbstätigkeit.

Die dogmatische Entwicklung eines materialen Diskriminierungsverständnisses entspricht feministischen Gleichheitskritiken und verweist auf deren Erfolg im verfassungsrechtlichen und wissenschaftlichen Diskurs. Dieser Erfolg manifestiert sich langsam auch in der Kommentarliteratur, da inzwischen zwei feministische Kommentierungen von Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG existieren.<sup>2</sup> Dies entspricht darüber hinaus dem kulturell-gesellschaftlichen Kontext, in dem feministische Kritiken am Ernährermodell parallel zu ökonomischen Interessen laufen bzw. Forderungen nach weiblicher Emanzipation als Aktivierung des weiblichen Humankapitalpotentials ökonomisch reformuliert werden.

Das Verfassungsaudit zeigt bei der Achse Geschlecht also auf, dass das Verfassungsrecht durchaus Maßstäbe für Verteilungsgerechtigkeit formuliert, wenn sie über eine Identitätskategorie adressiert wird. Es zeigt zudem, dass die Verhandlung kulturell-ökonomischer Geschlechterungleichheit methodisch ganz wesentlich über eine relationale Argumentationsweise gelingt.

2 Sacksofsky, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Bd. 1; Baer/Markard, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1 (7. Aufl. i.E.).

Für die *Repräsentationsdimension* ist schließlich eine *Dethematisierung* von Ungleichheit in der Staatsorganisation festzustellen. Ungleichheit in der Staatsorganisation, die sich sowohl in der überproportionalen Präsenz der hegemonialen Subjektposition in den staatlichen Führungsämtern (im Parlament, in der Verfassungsgerichtsbarkeit und in der Exekutive) als auch im Fehlen eines Kompetenztitels des Bundes für Vereinbarkeitspolitik manifestiert, ist bisher nicht als verfassungsrechtlich relevantes Problem – als Verfassungsfrage – identifiziert worden.

Obwohl die Arbeiter\*innenbewegung historisch für die Durchsetzung des allgemeinen Wahlrechts zentral war, spielt Klassenungleichheit und deren Repräsentation in staatlichen Institutionen im heutigen Verfassungsdiskurs keine Rolle mehr. Auch die Repräsentation von Frauen wird trotz feministischer Kritiken regelmäßig nicht als demokratisches Problem im Verfassungsdiskurs benannt. Stattdessen dominiert ein *individualisierendes Subjektverständnis*, das als Ausdruck einer freiheitlich-demokratischen Staatsordnung gedeutet wird. Dabei wird die staatliche Sphäre aus einer rein abstrahierenden Perspektive betrachtet, die die Effekte der ungleichen gesellschaftlichen Beziehungen auf die Präsenz unterschiedlicher Subjektivitäten in den staatlichen Institutionen dethematisiert.

Eine relationale Perspektive auf die Staatsorganisation kann hier in zweifacher Hinsicht ansetzen. Eine relationale Interpretation des Demokratieprinzips ist auf die Gewährleistung einer gleichberechtigten Präsenz historisch ausgeschlossener Subjekte in den staatlichen Institutionen gerichtet. Sie bietet daher eine verfassungsrechtliche Begründung für institutionelle Inklusionsmechanismen bzw. für eine gesetzliche Verpflichtung, staatliche Ämter geschlechtergerecht zu vergeben. Aufgrund des historischen Ausschlusses von Frauen aus der Öffentlichkeit fehlt darüber hinaus eine Bundeskompetenz für die Regulierung der Geschlechterbeziehungen, weshalb der Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung bisher auf die öffentliche Fürsorge gestützt werden musste. Eine relationale Interpretation kann öffentliche Kinderbetreuung demgegenüber als Maßnahme zur Schaffung gerechter ökonomisch-reproduktiver Beziehungen begreifen, sodass das Recht der Wirtschaft als Kompetenztitel in Betracht kommt. Dafür müsste dieser als geschlechtergerechte Ökonomie interpretiert werden, also als Ökonomie, die Arbeit und Reproduktion als voneinander abhängige Phänomene begreift.

	Umverteilung	Anerkennung	Repräsentation
<b>Verfassungsbausteine</b>	Sozialstaatsprinzip, materiale Grundrechtsgehalte, relationale Privatautonomie, materialisiertes Eigentum, Justizgewährungsanspruch, Menschenwürde, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit	Gleichberechtigungsgesetz, Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts, UN-Frauenrechtskonvention	repräsentative Demokratie, Wahlrechtsgrundsätze, Parteifreiheit, Verfassungsgerichtsbarkeit, exekutive Staatsämter, Kompetenzordnung, insbes. Gesetzgebungskompetenzen
<b>Argumentationsfiguren</b>	Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung  zurückgenommene verfassungsrechtliche Kontrolle, Verfahren und Evidenz, Finanzierungsgründe  strenge verfassungsrechtliche Kontrolle als Ausnahme	ökonomische Benachteiligung als unmittelbare und mittelbare Diskriminierung  Nachteilsausgleich und Geschlechterstereotype  strenge verfassungsrechtliche Kontrolle als Regel	abstrakter Wählerwille  abstraktes Repräsentationssubjekt  öffentliche Fürsorge und Bildung statt Geschlechterungleichheit  keine verfassungsrechtlichen Grenzen
<b>Methodik</b>	individualisierend	relational	individualisierend

Abb. 3: Zusammenfassung der Ergebnisse der Teilstudien

Die Methode des Verfassungsaudits hat also erkennbar werden lassen, dass Ungleichheitsachsen unterschiedlich gut verfassungsrechtlich thematisierbar sind und bei Klasse und Geschlecht jeweils eigene diskursive Lücken rationalisiert werden müssen. Während für die Achse der Klasse das Verfassungsrecht nur eine schwache Kontrolle vorsieht und Verteilungs- und Sozialfragen ansonsten der demokratischen Politik überlässt, hat es für das Geschlechterverhältnis und dessen distributive Effekte strenge Maßstäbe entwickelt und der demokratischen Politik deutlich engere Grenzen gezogen. Die geschlechterungleichheitssensible

Verfassungspraxis endet allerdings in der staatlichen Sphäre, worin sich die wirkmächtige Trennung von öffentlicher und privater Sphäre manifestiert. In der Adressierung von Ungleichheit wird also auch das Verhältnis von Verfassungsrecht und demokratischer Politik ausgehandelt und die Grenze zwischen diesen definiert. Das Verfassungsrecht kann entweder als zuständig oder unzuständig für die Regulierung gesellschaftlicher Beziehungen beschrieben werden, sodass mit diesen Un-/Zuständigkeits-erklärungen die soziale Ausrichtung einer Verfassung bzw. deren Sensorium für strukturelle Ungleichheitslagen festgelegt wird. Das Verfassungsaudit macht also auch Leerstellen und deren Rationalisierung sichtbar und lenkt die Analyse auf das Ausgeschlossene und die Nicht-Verfassungsfragen.

Beiträge aus der Literatur helfen zu verstehen, warum bestimmte Ungleichheitsachsen bisher nicht in gleicher Weise als Verfassungsfragen gerahmt werden. Dabei spielen, so die Eingangsthese in Anlehnung an Erhard Denninger in Kapitel § 1, die Kräfteverhältnisse eine wesentliche Rolle. So scheinen die Dualität von Klasse und Geschlecht sowie der Ausschluss der Geschlechterfrage aus der Staatsorganisation den herrschenden Verhältnissen zu entsprechen. Dies verweist wiederum auf die Relevanz des kulturell-gesellschaftlichen Kontextes für die Entwicklung von Verfassungsfragen und verfassungsrechtlicher Sprache.

Eine relationale Rechtsanalyse nimmt also durch eine konkret-kontextuelle Betrachtungsweise die realen gesellschaftlichen Ungleichheitsverhältnisse bzw. die asymmetrische Strukturierung von Sozialbeziehungen in den Blick und ist normativ auf die Transformation dieser asymmetrischen Beziehungen gerichtet. Indem eine relationale Methodik die strukturellen Ursachen für gesellschaftliche Ungleichheiten im Recht thematisiert, begründet sie eine gleichheitsorientierte Rechts- und Gesellschaftskritik. Eine relationale Analyse des Rechts leistet in methodischer Hinsicht daher einen Beitrag, den abstrahierenden Individualismus des Rechts zugunsten einer historisch verorteten, die Strukturierung gesellschaftlicher Beziehungen adressierenden Auslegung des Rechts zu überwinden und eine an der Rechtspraxis ansetzende Kritik des Rechts zu formulieren.



# Danksagung

Die vorliegende Untersuchung ist die überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main im Jahr 2018 angenommen wurde. Ich danke Günther Frankenberg für die Betreuung meiner Dissertation und die Ermutigung, eine Arbeit auf der Schnittstelle von theoretischer Reflexion und empirischer Analyse zu verfolgen. Anna Katharina Mangold gilt mein Dank für die Erstellung des Zweitgutachtens. Thomas Vesting und meinen Kolleginnen und Kollegen an der Professur danke ich ganz herzlich für drei rechtstheoretisch inspirierte Jahre am Institut für Öffentliches Recht.

Das Buch wurde mit freundlicher Unterstützung des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat und der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung publiziert.

Dem Cornelia Goethe Centrum der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main danke ich für die Auszeichnung meiner Dissertation mit dem Cornelia Goethe Preis. Der Stadt Frankfurt am Main gilt mein Dank für die Zuerkennung des Walter-Kolb-Gedächtnispreises. Ich danke darüber hinaus dem Deutschen Juristinnenbund für die Würdigung meiner Dissertation mit dem Marie-Elisabeth-Lüders-Wissenschaftspreis. Diese Auszeichnungen ehren mich sehr.

C.R., Februar 2019

# Literatur

- Abendroth, Wolfgang*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *Forsthoff, Ernst (Hrsg.)*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays, Darmstadt 1968, 114–144.
- Das Grundgesetz. Eine Einführung in seine politischen Probleme, 7. Aufl., Pfullingen 1978.
- Adam, Jörg*, Eigentumsschutz in der gesetzlichen Rentenversicherung, Berlin 2009.
- Adamietz, Laura*, Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, Baden-Baden 2011.
- Adomeit, Klaus*, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, 2467–2469.
- Abmed, Leila*, Women and Gender in Islam. Historical Roots of a Modern Debate, New Haven 1992.
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.
- Altwickler, Tilmann*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Heidelberg 2011.
- Arndt, Hans-Wolfgang/Schumacher, Andreas*, Die verfassungsrechtlich zulässige Höhe der Steuerlast – Fingerzeig des BVerfG an den Gesetzgeber?, NJW 1995, 2603–2605.
- Arndt, Sophie*, Das Problem der Diskriminierung: Rechtssoziologische Fallstudien zur Praxis des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), Dissertation, Universität Frankfurt, i.V.
- Arnim, Hans Herbert von*, Besteuerung und Eigentum, in: *VStRL (Hrsg.)*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. Besteuerung und Eigentum. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Innsbruck vom 1. bis 4. Oktober 1980, Berlin 1981, 287–357.
- Attia, Iman*, Die »westliche Kultur« und ihr Anderes. Zur Dekonstruktion von Orientalismus und antimuslimischem Rassismus, Bielefeld 2009.
- Islamkritik zwischen Orientalismus, Postkolonialismus und Postnationalsozialismus, in: *Ucar, Bülent (Hrsg.)*, Die Rolle der Religion im Integrationsprozess. Die deutsche Islamdebatte, Frankfurt am Main 2010, 113–126.
- Axer, Peter*, Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, in: *VStRL (Hrsg.)*, Erosion von Verfassungsvoraussetzungen. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Erlangen vom 1. bis 4. Oktober 2008, Berlin 2009, 177–218.
- Badura, Peter*, Eigentum, in: *Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.)*, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin/New York 1983, 653–696.

- Badura, Peter/Rittner, Fritz/Rüthers, Bernd*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz. Gemeinschaftsgutachten, München 1977.
- Baer, Susanne*, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995.
- Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen. Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, in: *Heinrich Böll Stiftung (Hrsg.)*, Positive Maßnahmen. Von Antidiskriminierung zu Diversity, Berlin 2010, 23–39.
  - A Closer Look at Law: Human Rights as multi-level Sites of Struggles over multi-dimensional Equality, *Utrecht Law Review* 2010, 56–76.
  - Equality, in: *Rosenfeld, Michel/Sajo, Andreas (Hrsg.)*, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 982–1001.
  - Gleichberechtigung revisited. Zur Interpretation des Art. 3 GG und internationale Gleichberechtigungsgebote, *NJW* 2013, 3145–3150.
  - Privatizing Religion. Legal Groupism, No-Go-Areas, and the Public-Private-Ideology in Human Rights Politics, *Constellations* 2013, 68–84.
  - Hat das Grundgesetz ein Geschlecht? Gender und Verfassungsrecht, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2013, 107–118.
- Baer, Susannel/Bittner, Melanie/Göttsche, Anna Lena*, Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.
- Baines, Beverly*, Using the Canadian Charter of Rights and Freedoms to Constitute Women, in: *dies./Rubio-Marín, Ruth (Hrsg.)*, The Gender of Constitutional Jurisprudence, Cambridge 2005, 48–74.
- Baines, Beverly/Barak-Erez, Daphne/Kahana, Tsvi (Hrsg.)*, Feminist Constitutionalism. Global Perspectives, Cambridge 2012.
- Balibar, Etienne*, Der »Klassen-Rassismus«, in: *dies./Wallerstein, Immanuel Maurice*, Rasse, Klasse, Nation. Ambivalente Identitäten, 2. Aufl., Hamburg 1992, 257–260.
- Gibt es einen »Neo-Rassismus«?, in: *dies./Wallerstein, Immanuel Maurice*, Rasse, Klasse, Nation. Ambivalente Identitäten, 2. Aufl., Hamburg 1992, 23–38.
- Barber, Kathleen L.*, A Right to Representation. Proportional Election Systems for the Twenty-First Century, Columbus 2000.
- Barskanmaz, Cengiz*, Das Kopftuch als das Andere. Eine notwendige postkoloniale Kritik des deutschen Rechtsdiskurses, in: *Berghahn, Sabine/Rostock, Petra/Nöhring, Alexander (Hrsg.)*, Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Bielefeld 2009, 361–392.
- Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts?, *KJ* 2011, 382–389.
- Bast, Jürgen/Rödl, Florian*, Wohlfahrtsstaatlichkeit und »soziales Europa« im Kontext der Euro-Krise, *EuR - Beiheft 1* 2013, 5–12.
- Bauhardt, Christine/Çağlar, Gülay (Hrsg.)*, Gender and Economics. Feministische Kritik der politischen Ökonomie, Wiesbaden 2010.

- Gender and Economics. Feministische Kritik der politischen Ökonomie, in: *dies./dies. (Hrsg.)*, Gender and Economics. Feministische Kritik der politischen Ökonomie, Wiesbaden 2010, 7–17.
- Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Bayerisches Landeserziehungsgeld, München 2008.
- Beck, Ulrich*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main 1986.
- Becker-Schmidt, Regina*, »Class«, »gender«, »ethnicity«, »race«: Logiken der Differenzsetzung, Verschränkungen von Ungleichheitslagen und gesellschaftliche Strukturierung, in: *Klinger, Cornelia/Knapp, Gudrun-Axeli/Sauer, Birgit (Hrsg.)*, Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität, Frankfurt am Main u.a. 2007, 56–83.
- Was mit Macht getrennt wird, gehört gesellschaftlich zusammen. Zur Dialektik von Umverteilung und Anerkennung in Phänomenen sozialer Ungleichheit, in: *Knapp, Gudrun-Axeli/Wetterer, Angelika (Hrsg.)*, Soziale Verortung der Geschlechter. Gesellschaftstheorie und feministische Kritik, 4. Aufl., Münster 2009, 91–131.
- Behrman, Robert W.*, Equal or Effective Representation. Redistricting Jurisprudence in Canada and the United States, *American Journal of Legal History* 2011, 277–304.
- Benhabib, Seyla*, Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics, Cambridge 1992.
- Benz, Arthur/Detemple, Jessica/Heinz, Dominic*, Varianten und Dynamiken der Politikverflechtung im deutschen Bundesstaat, Baden-Baden 2016.
- Berghahn, Sabine/Rostock, Petra/Nöhring, Alexander (Hrsg.)*, Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Bielefeld 2009.
- Berlit, Uwe*, Pauenschlag mit Kompromisscharakter – zum SGB II Regelleistungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010, *KJ* 2010, 145–162.
- Bernsdorff, Norbert*, Sozialhilfe für nichterwerbstätige Unionsbürger – Kassel locuta, causa finita?, *NVwZ* 2016, 633–638.
- Beunings, Rita*, Die Änderung der Rechtsprechung zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts als Abänderungsgrund i.S. von § 323 ZPO, *NJW* 2003, 568–569.
- Bhambra, Gurinder K.*, Undoing the Epistemic Disavowal of the Haitian Revolution. A Contribution to Global Social Thought, *Journal of Inter-cultural Studies* 2016, 1–16.
- Bieback, Karl-Jürgen*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts. Ihre Grundlagen im Recht der EU und ihre Auswirkungen auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten, Baden-Baden 1997.
- Biebricher, Thomas*, Neoliberalismus. Zur Einführung, Hamburg 2012.
- Bieling, Hans-Jürgen*, Die neue politische Ökonomie sozialer Ungleichheit, in: *Klinger, Cornelia/Knapp, Gudrun-Axeli/Sauer, Birgit (Hrsg.)*, Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität, Frankfurt am Main u.a. 2007, 100–115.

- Biermann, Kail/Geisler, Astrid/Polke-Majewski, Karsten/Venohr, Sascha*, Die Hans-Bremse, Die Zeit v. 8.10.2018.
- Biesecker, Adelheid/Hofmeister, Sabine*, Im Fokus: Das (Re)Produktive. Die Neubestimmung des Ökonomischen mithilfe der Kategorie (Re)Produktivität, in: *Bauhardt, Christine/Çağlar, Gülay (Hrsg.)*, Gender and Economics. Feministische Kritik der politischen Ökonomie, Wiesbaden 2010, 51–80.
- Binne, Wolfgang*, Kindererziehung und gesetzliche Rentenversicherung. Überlegungen zum »Kindererziehungszeiten-Urteil« des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 1992, FamRZ 1993, 516–525.
- Blome, Janina*, Öffentliche Kinderbetreuung in Deutschland – Suboptimale Problemlösung im Föderalismus?, in: *Gerlach, Irene (Hrsg.)*, Elternschaft, Wiesbaden 2017, 197–225.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, 159–199.
- Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, 115–145.
- Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht. Aufriß eines Problems, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, 264–276.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Jekewitz, Jürgen/Ramm, Thilo (Hrsg.)*, Soziale Grundrechte. Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, Heidelberg 1981.
- Bock-Famulla, Kathrin*, Frühkindliche Bildungs-, Betreuungs- und Erziehungssysteme in den Bundesländern – Grundlagen, Gemeinsamkeiten, Unterschiede, in: *Härtel, Ines (Hrsg.)*, Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, 301–317.
- Bogdandy, Armin von/Bitter, Stefan*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, in: *Gaitanides, Charlotte/Kadelbach, Stefan/Rodríguez Iglesias, Gil Carlos (Hrsg.)*, Europa und seine Verfassung. Festschrift für Manfred Zuleeg zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 2005, 309–322.
- Bogs, Walter*, Nachversicherungsprivileg für weibliche Pflichtversicherte als Problem »sozialer Gleichheit«. Bemerkungen zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Dezember 1973 (BVerfG 36, 237), in: *Zacher, Hans F. (Hrsg.)*, Soziale Sicherung durch soziales Recht. Festschrift für Horst Peters zum 65. Geburtstag, Stuttgart u.a. 1975, 9–19.
- Boltanski, Luc/Chiapello, Ève*, Der neue Geist des Kapitalismus, Konstanz 2003.
- Borth, Helmut*, Anmerkung zum Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts v. 18.6.2008 - 2 BvL 6/07, FamRZ 2008, 1598–1599.

- Bourdieu, Pierre*, Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft, Frankfurt am Main 1982.
- Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, in: *Kreckel, Reinhard* (Hrsg.), Soziale Ungleichheiten. Soziale Welt SB 2, Göttingen 1983, 183–198.
- Brings, Tobias/Oehl, Maximilian*, Verfassungswidrige Kürzungen und nachgeschobene Berechnungen. Zur verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit der jüngsten Reformen des AsylbLG im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum menschenwürdigen Existenzminimum, ZAR 2016, 22–31.
- Britton, Hannah Evelyn*, South Africa: Mainstreaming Gender in a New Democracy, in: *dies./Bauer, Gretchen* (Hrsg.), Women in African Parliaments, Boulder 2006, 59–84.
- Bryde, Brun-Otto*, Das Sozialstaatsprinzip als Programm, Deskription und Norm, in: *Evers, Adalbert* (Hrsg.), Sozialstaat, Gießen 1998, 34–53.
- § 17 Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band I – Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004, 679–706.
- Bublitz, Hannelore*, Diskurs, Bielefeld 2003.
- Buchner, Herbert*, Die Neuordnung des Mutterschaftsgeldzuschusses als Chance zur Korrektur sozialpolitischer Fehlentwicklung, NZA 2004, 1121–1131.
- Buckel, Sonja*, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, Weilerswist 2007.
- »Welcome to Europe«. Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts, Bielefeld 2013.
- Buck-Morss, Susan*, Hegel und Haiti. Für eine neue Universalgeschichte, Berlin 2015.
- Bundesamt der Justiz*, Zahl der Richter, Richterinnen, Staatsanwälte, Staatsanwältinnen und Vertreter, Vertreterinnen des öffentlichen Interesses in der Rechtspflege der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2016.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Lebenslagen in Deutschland. Der Vierte Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, Berlin 2013.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Erster Gleichstellungsbericht, Berlin 2011.
- Fünfter Bericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes. Bericht der Bundesregierung 2015 über den Stand des Ausbaus der Kindertagesbetreuung für Kinder unter drei Jahren für das Berichtsjahr 2014 und Bilanzierung des Ausbaus durch das Kinderförderungsgesetz, Berlin 2015.
- Kombiniertes siebter und achter Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Berlin 2015.
- 500. Frau im Professorinnenprogramm berufen. Pressemitteilung v. 26.2.2016, Berlin 2016.

- Büro für Recht und Wissenschaft*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, Berlin 2016.
- Burzan, Nicole*, Soziale Ungleichheit. Eine Einführung in die zentralen Theorien, 3. Aufl., Wiesbaden 2007.
- Butler, Judith*, Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity, New York u.a. 1990.
- Bodies That Matter. On the Discursive Limits of Sex, New York u.a. 1993.
- Kontingente Grundlagen. Der Feminismus und die Frage der Postmoderne, in: *dies./Benhabib, Seyla/Cornell, Drucilla/Fraser, Nancy (Hrsg.)*, Der Streit um Differenz. Feminismus in der Postmoderne und in der Gegenwart, Frankfurt am Main 1993, 31–58.
- Performative Akte und Geschlechterkonstitution. Phänomenologie und feministische Theorie, in: *Wirth, Uwe (Hrsg.)*, Performanz: Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main 2002, 301–320.
- Butterwegge, Christoph*, Krise und Zukunft des Sozialstaats, 4. Aufl., Wiesbaden 2012.
- Calliess, Christian*, § 44 Schutzpflichten, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.)*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, 963–992.
- Case, Mary Ann*, Reflections on Constitutionalizing Women's Equality, California Law Review 2002, 765–790.
- Castel, Robert*, Die Metamorphosen der sozialen Frage. Eine Chronik der Lohnarbeit, Konstanz 2000.
- CEDAW Committee*, General Recommendation No. 23. Political and Public Life, 1997.
- General Recommendation No. 25. On article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on Temporary Special Measures, 2004.
- Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women – Germany, 2009.
- List of Issues in Relation to the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Germany, 2016.
- Concluding Observations on the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Germany, 2017.
- Celis, Karen/Erzeel, Silvia/Mugge, Liza/Damstra, Alyt*, Quotas and Intersectionality. Ethnicity and Gender in Candidate Selection, International Political Science Review 2014, 41–54.
- Charlesworth, Hilary*, Human Rights as Men's Rights, in: *Peters, Julie/Wolper, Andrea (Hrsg.)*, Women's Rights, Human Rights. International Feminist Perspectives, New York 1995, 103–113.
- Childs, Sarah/Krook, Mona Lena*, Critical Mass Theory and Women's Political Representation, Political Studies 2008, 725–736.
- Chojacka, Julia/Lukoschat, Helga*, Deutschlandreport. Eine Analyse der Aufstellung von Kandidatinnen und Kandidaten für die Bundestagswahl 2013 unter Gleichstellungsaspekten, Berlin 2013.

- Cowan, Ruth B.*, Women's Representation on the Courts in the Republic of South Africa, *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class* 2006, 291–317.
- Crenshaw, Kimberlé*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *The University of Chicago Legal Forum* 1989, 139–167.
- Dahlerup, Drude (Hrsg.)*, *Women, Quotas and Politics*, London/New York 2006.
- Dahlerup, Drude/Freidenvall, Lenita*, Quotas as a »Fast Track« to Equal Representation of Women: Why Scandinavia is No Longer the Model, *International Feminist Journal of Politics* 2005, 26–48.
- Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge, in: *Williams, Susan H. (Hrsg.)*, *Constituting Equality. Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge 2009, 29–52.
- Däubler, Wolfgang*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, Frankfurt am Main 1973.
- Dauner-Lieb, Barbara*, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht. Zugleich Anmerkungen und Fragen zum Urteil des BVerfG vom 6.2.2001 - 1 BvR 12/92, *AcP* 2001, 295–332.
- Davidson-Schmich, Louise K.*, Gender Quotas and Democratic Participation. Recruiting Candidates for Elective Offices in Germany, *Ann Arbor* 2016.
- Davis, D. M.*, Socio-Economic Rights, in: *Rosenfeld, Michel/Sajo, Andreas (Hrsg.)*, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, 1020–1035.
- Davy, Ulrike*, Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, in: *VDStRL (Hrsg.)*, *Erosion von Verfassungsvoraussetzungen. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Erlangen vom 1. bis 4. Oktober 2008*, Berlin 2009, 122–176.
- Soziale Gleichheit – ein Anliegen für Verfassungen? Zehn Thesen aus der Sicht der Rechtswissenschaft, *ZSR* 2010, 295–318.
- How Human Rights Shape Social Citizenship: On Citizenship and the Understanding of Economic and Social Rights, *Washington University Global Studies Law Review* 2014, 201–263.
- Denninger, Erhard*, Vielfalt, Sicherheit und Solidarität: Ein neues Paradigma für Verfassungsgebung und Menschenrechtsentwicklung?, in: *ders.*, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim 1994, 13–72.
- (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare*, 3. Aufl., Neuwied 2001.
- Depenheuer, Otto*, Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? Vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff, *AÖR* 1995, 417–446.
- Der Bundeswahlleiter*, *Ergebnisse früherer Bundestagswahlen*, Berlin 2015.
- Deutscher Juristinnenbund (Hrsg.)*, *100 Jahre Frauenwahlrecht*, Schwerpunktheft *djbZ* 3/2018, 141 ff.



- Devetzi, Stamatia*, Die »Verbindung« zu einem (Sozial)Staat: Wann ist der Bund stark genug?, *EuR* 2014, 638–659.
- Dhawan, Nikita*, Zwischen Empire und Empower. Dekolonisierung und Demokratisierung, *Femina Politica* 2009, 52–63.
- Diekmann, Marie*, Rekonstruktion der demokratischen Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts, Dissertation, Universität Frankfurt am Main, i.V.
- Dinges, Martin (Hrsg.)*, Männer – Macht – Körper. Hegemoniale Männlichkeiten vom Mittelalter bis heute, Frankfurt am Main 2005.
- Dolzer, Rudolf/Abram, Hans Jürgen/Kahl, Wolfgang (Hrsg.)*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz. Loseblattwerk, Stand: 188. Aktualisierung, Heidelberg 2017.
- Dreier, Horst*, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover 1993.
- (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar. Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 3. Aufl., Tübingen 2013.
- (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar. Band 2: Artikel 20 bis 82, 3. Aufl., Tübingen 2015.
- Dürig, Günter*, Zum hessischen Sozialisierungsproblem, *DÖV* 1954, 129–131.
- Ebsen, Ingwer*, Verbindliche Quotenregelungen für Frauen und Männer in Parteistatuten, Heidelberg 1988.
- Eichenhofer, Eberhard*, Geschichte des Sozialstaats in Europa. Von der »sozialen Frage« bis zur Globalisierung, München 2007.
- El Idrissi, Asmaa*, Der juristische Umgang mit religiöser Fremdheit, Baden-Baden 2018.
- Elsuni, Sarah*, Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel »Geschlecht«, in: *Behmenburg, Lena/Berwanger, Mareike/Gevers, Jessica/Nolte, Karen (Hrsg.)*, Wissenschaft(f)t Geschlecht. Machtverhältnisse und feministische Wissensproduktion, Königstein im Taunus 2007, 133–147.
- Feministische Rechtstheorie, in: *Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.)*, Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2009, 157–178.
- Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, Baden-Baden 2011.
- End, Markus*, Antiziganismus in der deutschen Öffentlichkeit. Strategien und Mechanismen medialer Kommunikation, Heidelberg 2014.
- Enders, Christoph*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, in: *VStRL (Hrsg.)*, Der Sozialstaat in Deutschland und Europa. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, Berlin 2005, 7–52.
- Engelen-Kiefer, Ursula*, Von der Reservearmee in den Niedriglohnssektor?, in: *Hohmann-Dennhardt, Christine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard (Hrsg.)*, Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr, Baden-Baden 2010, 311–319.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar GG, München, Stand 1. Juni 2017.

- Esping-Andersen, Gøsta*, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton 1990.
- Eulers, Kathrin*, *Frauen im Wahlrecht. Möglichkeiten zur Verbesserung der Partizipation von Frauen im Bundestag*, Baden-Baden 1991.
- Europäische Kommission*, *Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung. Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften*, Luxemburg 2007.
- Umsetzung der Barcelona-Ziele auf dem Gebiet der Betreuungseinrichtungen für Kinder im Vorschulalter, SEC(2008)2597, KOM(2008) 638 endg., Brüssel 2008.
  - Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern, Luxemburg 2009.
  - Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010–2015, SEK(2010) 1079, SEK(2010) 1080, KOM(2010)491 endg., Brüssel 2010.
  - EUROPA 2020. Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endg., Brüssel 2010.
- Europäischer Rat*, *Schlussfolgerungen des Vorsitzes Europäischer Rat (Barcelona)* 15. und 16. März 2002, SN 100/1/02 REV 1, Brüssel 2002.
- *Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Brüssel)* 23./24. März 2006, 7775/1/06 REV 1, Brüssel 2006.
- Ewers, Franz-Georg*, *Warum? Überlegungen zu BGH, FamRZ 2001, 986, und BVerfG, FamRZ 2002, 527, FamRZ 2002, 1437–1440.*
- Farahat, Anuscheh*, *Kollisionsrechtliche und aufenthaltsrechtliche Perspektiven beim Leistungsausschluss von Unionsbürgern nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, NZS 2014, 490–495.*
- *Solidarität und Inklusion. Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft*, DÖV 2016, 45–55.
- Farahat, Anuscheh/Janczyk, Stefanie/Mängel, Annett/Schönig, Barbara*, *Exklusive Emanzipation. Zur Frauen- und Familienpolitik der großen Koalition*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2006, 985–994.
- Fehling, Michael*, *Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG: Vom europäischen Recht lernen!?*, in: *Heckmann, Dirk/Würtenberger, Thomas (Hrsg.)*, *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, 669–688.
- Ferguson, Susan*, *Intersectionality and Social-Reproduction Feminisms. Toward an Integrative Ontology, Historical Materialism* 2016, 38–60.
- FidAR – Frauen in die Aufsichtsräte e.V.*, *Women-on-Board-Index (WoB 160)*. *Transparente und aktuelle Dokumentation zum Anteil von Frauen im Aufsichtsrat und Vorstand der 160 im DAX, MDAX, SDAX und TecDAX notierten Unternehmen*, Berlin 2016.
- Fischer-Lescano, Andreas/Möller, Kolja*, *Der Kampf um globale soziale Rechte. Zart wäre das Größte*, Berlin 2012.
- Fischer-Lescano, Andreas/Rödl, Florian/Schmid, Christoph (Hrsg.)*, *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa*, Baden-Baden 2009.
- Foljanty, Lena*, *Repräsentation und Normkreation*, in: *dies./Lembke, Ulrike (Hrsg.)*, *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, Baden-Baden 2006, 193–213.

- Forsthoff, Ernst*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: *VStRL (Hrsg.)*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berichte und Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Bonn am 15. und 16. Oktober 1953, Berlin 1954, 8–36.
- Vorwort, in: *ders. (Hrsg.)*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays, Darmstadt 1968, VII–VIII.
- Verfassungsprobleme des Sozialstaats (1954), in: *ders. (Hrsg.)*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays, Darmstadt 1968, 145–164.
- Foucault, Michel*, Der Mensch ist ein Erfahrungstier. Gespräch mit Ducio Trombadori, Frankfurt am Main 1996.
- Frankenberg, Günter*, Critical Comparisons. Re-thinking Comparative Law, *Harvard International Law Journal* 1985, 411.
- Why Care? The Trouble with Social Rights, *Cardozo Law Review* 1995, 1365–1390.
- Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, Frankfurt am Main 1997.
- Constitutional Transfer. The IKEA Theory Revisited, *ICON* 2010, 563–579.
- Comparative Law as Critique, Cheltenham/Northampton 2016.
- Fraser, Nancy*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: *dies./Honneth, Axel*, Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse, Frankfurt am Main 2003, 13–128.
- Reframing Justice, Assen 2005.
- Identity, Exclusion, and Critique. A Response to Four Critics, *European Journal of Political Theory* 2007, 305–338.
- Feminism, Capitalism, and the Cunning of History, in: *dies.*, *Fortunes of Feminism. From State-managed Capitalism to Neoliberal Crisis*, New York 2013, 209–226.
- Social Justice in the Age of Identity Politics. Redistribution, Recognition and Participation, *The Tanner Lectures on Human Values* 1996, Stanford University, Stanford 1996.
- Fraser, Nancy/Honneth, Axel*, Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse, Frankfurt am Main 2003.
- Froese, Judith/Kempny, Simon/Schiffbauer, Björn*, Verfassungsgerichtliches Verwerfungsmonopol und effektiver Rechtsschutz, *DÖV* 2017, 261–271.
- Frohwerk, Arno*, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, Tübingen 2012.
- Fuchs, Maximilian*, Freizügiger Sozialtourismus?, *ZESAR* 2014, 103–111.
- Fuchsloch, Christine*, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung. Ableitung, Analyse und exemplarische Anwendung auf staatliche Berufsausbildungsförderung, Baden-Baden 1995.
- Frauenförderung durch Elterngeld – Wunsch und Wirklichkeit?, in: *Hohmann-Dennhardt, Christine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard (Hrsg.)*, *Geschlechtergerechtigkeit*. Festschrift für Heide Pfarr, Baden-Baden 2010, 378–391.

- Gaßner, Helmut/Neusüß, Peter/Viezens, Linus*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer zwingenden paritätischen Besetzung von Wahllisten im Kommunalwahlrecht Baden-Württemberg. Im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Landtag von Baden-Württemberg, Berlin 2012.
- Geißel, Brigitte*, Germany: Successful Quota Rules in a Gendered Society, in: *Dahlerup, Drude/Leyenaar, Monique (Hrsg.)*, Breaking Male Dominance in Old Democracies, Oxford 2013, 197–216.
- Gerhard, Ute*, Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht, München 1990.
- Für eine andere Gerechtigkeit. Dimensionen feministischer Rechtskritik, Frankfurt am Main 2018.
- Goldfarb, Sally*, The Supreme Court, the Violence Against Women Act, and the Use and Abuse of Federalism, *Fordham Law Review* 2002, 57–147.
- Grabka, Markus/Westermeier, Christian*, Anhaltend hohe Vermögensungleichheit in Deutschland, *DIW Wochenbericht* Nr. 9, 2014, 151–164.
- Grimm, Dieter*, Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: *Hassemer, Winfried (Hrsg.)*, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, 39–76.
- Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat, in: *ders.*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt am Main 1987, 138–161.
- Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991, 221–240.
- Groß, Martin*, Klassen, Schichten, Mobilität. Eine Einführung, 2. Aufl., Wiesbaden 2015.
- Guckelberger, Annette*, Bildung und Föderalismus, in: *Härtel, Ines (Hrsg.)*, Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, 217–246.
- Häberle, Peter*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962.
- Grundrechte im Leistungsstaat, in: *VDStRL (Hrsg.)*, Grundrechte im Leistungsstaat. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971, Berlin 1972, 44–131.
- Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 1, 2. Aufl., Tübingen 2010.
- Habermann, Friederike*, Hegemonie, Identität und der homo oeconomicus. Oder: Warum feministische Ökonomie nicht ausreicht, in: *Bauhardt, Christine/Çağlar, Gülay (Hrsg.)*, Gender and Economics. Feministische Kritik der politischen Ökonomie, Wiesbaden 2010, 151–173.
- Hall, Stuart*, Rassismus als ideologischer Diskurs, in: *Räthzel, Nora (Hrsg.)*, Theorien über Rassismus, Hamburg 2000, 7–16.

- Hanschmann, Felix*, »Die Ewigkeit dauert lange, besonders gegen Ende« – eine rechtliche (Neu-)Bewertung des kommunalen Wahlrechts für Drittstaatsangehörige, ZParl 2009, 74–85.
- Hark, Sabine/Kerner, Ina*, Der neue Spartenfeminismus, Feministische Studien 2007, 92–95.
- Harms, Katharina*, Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Begründung eines Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz, RdJB 1996, 99–110.
- Härtel, Ines*, Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012.
- Haverkate, Görg*, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, München 1992.
- Hegel, Georg Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrissen, Stuttgart 2009.
- Heilbronner, Kay*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185–2189.
- Heinig, Hans Michael*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom »sozialen« Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, Tübingen 2008.
- Heller, Hermann*, Rechtsstaat oder Diktatur?, Tübingen 1930.
- Henning, Christoph*, »All Men Are Created Equal«. Warum Gleichheit mehr ist als ein Sandkastenspiel, ZSR 2010, 329–334.
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.
- Hildebrandt, Achim/Wolf, Frieder (Hrsg.)*, Die Politik der Bundesländer. Zwischen Föderalismusreform und Schuldenbremse, Wiesbaden 2016.
- Hobbes, Thomas*, De Cive. The English Version (1651), Oxford 1983.
- Hoecker, Beate*, Zwischen Macht und Ohnmacht. Politische Partizipation von Frauen in Deutschland, in: *dies.* (Hrsg.), Handbuch politische Partizipation von Frauen in Europa, Opladen 1998, 65–90.
- Frauen und das institutionelle Europa. Politische Partizipation und Repräsentation im Geschlechtervergleich, Wiesbaden 2013.
- Hoffmann, Jochen*, Die Feststellung mittelbarer Diskriminierungen, AcP 2014, 822–852.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: *Bäuerle, Michael/Hanebeck, Alexander/Hausotter, Carola/Mayer, Matthias/Mohr, Jörg/Mors, Michael/Preedy, Kara/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.)*, Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde, Baden-Baden 2004, 53–76.
- Hofmann, Rainer (Hrsg.)*, Armut und Verfassung: Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich, Wien 1998.
- Hohmann-Dennhardt, Christine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard (Hrsg.)*, Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr, Baden-Baden 2010.
- Holtkamp, Lars/Schnittke, Sonja*, Die Hälfte der Macht im Visier. Der Einfluss von Institutionen und Parteien auf die politische Repräsentation von Frauen, Berlin 2010.

- Holtkamp, Lars/Wiechmann, Elke*, Genderranking deutscher Großstädte 2013, Berlin 2013.
- Holtkamp, Lars/Wiechmann, Elke/Friedhoff, Caroline*, Intersektionale Analyse der Parlamente – Repräsentation von MigrantInnen in bundesdeutschen Parlamenten, Polis Nr. 72/2013, FernUniversität Hagen 2013.
- Holtkamp, Lars/Wiechmann, Elke/Schmitz, Sonja*, Unterrepräsentanz von Frauen in der Kommunalpolitik. Parteien machen den »feinen« Unterschied, Hagen 2009.
- Holtmaat, Rikki/Tobler, Christa*, CEDAW and the EU's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination, MJ 2005, 399–425.
- Holzleithner, Elisabeth*, Emanzipation durch Recht?, KJ 2008, 250–256.
- Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: *Homel, Ulrike/Scherr, Albert (Hrsg.)*, Diskriminierung. Grundlagenforschung und Forschungsergebnisse, Wiesbaden 2010, 95–113.
- Höpner, Martin*, Soziale Demokratie? Die politökonomische Heterogenität Europas als Determinante des demokratischen und sozialen Potentials der EU, EuR - Beiheft 1 2013, 69–89.
- Hörmann, Jens-Hendrik*, Rechtsprobleme des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Zu den Auswirkungen des »Regelleistungsurteils« auf die »Hartz IV«-Gesetzgebung und andere Sozialgesetze, Hamburg 2013.
- Hübner-Oberndörfer, Conchita/Nestler, Christian*, Engagiert vor Ort – Aktiv für die Gesellschaft. Studie zum Stand der Gewinnung von Frauen für politische Mandate in Mecklenburg-Vorpommern, Rostock 2016.
- Hughes, Melanie M.*, Intersectionality, Quotas, and Minority Women's Political Representation Worldwide, American Political Science Review 2011, 604–620.
- Hughes, Melanie M./Krook, Mona Lena/Paxton, Pamela*, Transnational Women's Activism and the Global Diffusion of Gender Quotas, International Studies Quarterly 2015, 357–372.
- Iliopoulos-Strangas, Julia (Hrsg.)*, Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts, Baden-Baden 2010.
- Ipsen, Hans Peter*, Enteignung und Sozialisierung, in: *VStRL (Hrsg.)*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht. Enteignung und Sozialisierung. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Göttingen am 18. und 19. Oktober 1951, Berlin 1952, 74–123.
- Gleichheit, in: *Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich (Hrsg.)*, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Bd. II – Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin 1954.
- Über das Grundgesetz (1950), in: *Forsthoff, Ernst (Hrsg.)*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays, Darmstadt 1968, 16–41.
- Ipsen, Hans Peter/Nicolaysen, Gert*, Haager Kongreß für Europarecht und Bericht über die aktuellen Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts, NJW 1964, 339–344.
- Ipsen, Jörn (Hrsg.)*, Parteiengesetz: Kommentar, München 2008.

- Irving, Helen*, Federalism is a Feminist Issue: What Australians Can Learn From the United States Commerce Clause, *Adelaide Law Review* 2007, 159–176.
- Gender and the Constitution. Equity and Agency in Comparative Constitutional Design, Cambridge 2008.
- More than Rights, in: *Williams, Susan H. (Hrsg.)*, Constituting Equality. Gender Equality and Comparative Constitutional Law, Cambridge 2009, 75–92.
- Isensee, Josef*, Verfassung ohne soziale Grundrechte – Ein Wesenzug des Grundgesetzes, *Der Staat* 1980, 367–384.
- Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz. Ein Verfassungsproblem des Bundesstaates und der kommunalen Selbstverwaltung, *DVBl.* 1995, 1–9.
- § 126 Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: *ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VI – Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008, 3–199.
- Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005.
- Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008.
- Janda, Constanze*, Migranten im Sozialstaat, Tübingen 2012.
- Das Recht auf Existenzsicherung – Eine Frage der Kostenersparnis?, *ZRP* 2016, 152–154.
- Jarass, Hans D.*, § 38 Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.)*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, 625–654.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 14. Aufl., München 2016.
- Joop, Oliver*, Die »Frauenquote« in der französischen Verfassungsrechtsprechung. Anmerkungen zur Entscheidung No 2006-533 DC des Verfassungsrates vom 16. März 2006, *ZaöRV* 2006, 949–966.
- Jutzi, Siegfried*, Gendergerechte Demokratie – eine verfassungsrechtliche Repräsentationsanforderung?, *LKRZ* 2012, 92–97.
- Kadelbach, Stefan*, Unionsbürgerschaft, in: *Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hrsg.)*, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin 2009, 611–656.
- Kägi-Diener, Regula*, Herausforderung Gender. Geschlechtergerechtes Recht im föderalistischen Staat, Lachen 2004.
- Kabrs, Werner*, Anmerkungen zur Abschaffung der Vermögensteuer, *KJ* 1996, 201–214.
- Kamenitsa, Lynn/Geißel, Brigitte*, WAPs and Political Representation in Germany, in: *Lovenduski, Joni/Baudino, Claudie (Hrsg.)*, State Feminism and Political Representation, Cambridge/New York 2005, 106–129.
- Kantola, Johanna/Squires, Judith*, From State Feminism to Market Feminism?, *International Political Science Review* 2012, 382–400.

- Karpin, Isabelle/O'Connell, Karen*, Speaking into a Silence. Embedded Constitutionalism, the Australian Constitution, and the Rights of Women, in: *Baines, Beverly/Rubio-Marín, Ruth* (Hrsg.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge 2005, 22–47.
- Karsten, Nora*, Der politische Liberalismus und seine Kritikerinnen, KJ 1998, 45–59.
- Kaufmann, Franz-Xaver*, Die Entstehung sozialer Grundrechte und die wohlfahrtsstaatliche Entwicklung, Paderborn 2003.
- Varianten des Wohlfahrtsstaats. Der deutsche Sozialstaat im Vergleich, Frankfurt am Main 2003.
- Keller, Andreas*, Vorgaben föderaler Ordnungen für das Ausmaß und die Grenzen finanzieller Solidarität in der Europäischen Union, Berlin 2013.
- Kersten, Jens/Rixen, Stephan* (Hrsg.), Parteiengesetz (PartG) und europäisches Parteienrecht. Kommentar, Stuttgart 2009.
- Kingreen, Thorsten*, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverband. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen 2003.
- Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 877–880.
  - Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR - Beiheft 1 2007, 43–74.
  - Schätzungen »ins Blaue hinein«. Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz, NVwZ 2010, 558–562.
  - In Love With the Single Market? Die EuGH Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503–1506.
- Kinzig, Silke*, Auf dem Weg zur Macht? Zur Unterrepräsentation von Frauen im deutschen und U.S.-amerikanischen Regierungssystem, Wiesbaden 2007.
- Kirchheimer, Otto*, Funktion des Staates und der Verfassung. Zehn Analysen, Frankfurt am Main 1972.
- Kirchhof, Ferdinand*, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrechts, NZS 2015, 1–8.
- Kirchhof, Gregor*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsteuerreform und eine auf die Leistungsfähigkeit ausgerichtete »Bedürfnisprüfung«, DStR 2015, 1473–1480.
- Kirchhof, Paul*, Besteuerung und Eigentum, in: *VDSStRL* (Hrsg.), *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. Besteuerung und Eigentum. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Innsbruck vom 1. bis 4. Oktober 1980*, Berlin 1981, 213–285.
- Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, 505–515.
  - Grenzen der Staatsverschuldung in einem demokratischen Rechtsstaat, in: *Arnim, Hans Herbert von/Littmann, Konrad* (Hrsg.), *Finanzpolitik*



- im Umbruch: Zur Konsolidierung öffentlicher Haushalte, Berlin 1984, 271–281.
- Kischel, Uwe*, Anmerkung zu BVerfG, 2 BvL 6/07 v. 18. Juni 2008 (mittelbare Diskriminierung von Frauen), JZ 2008, 1110–1112.
- Klein, Hans Hugo*, § 17 Der Bundesstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Härtel, Ines (Hrsg.)*, Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, 477–495.
- Klenner, Christiana/Sopp, Peter/Wagner, Alexandra*, Große Rentenlücke zwischen Männern und Frauen. Ergebnisse aus dem WSI GenderDatenPortal, WSI-Report Nr. 29, 2016, 1–43.
- Kletzing, Uta/Lukoschat, Helga*, Engagiert vor Ort – Wege und Erfahrungen von Kommunalpolitikerinnen, Berlin 2014.
- Klinger, Cornelia/Knapp, Gudrun-Axeli/Sauer, Birgit (Hrsg.)*, Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität, Frankfurt am Main u.a. 2007.
- Klose, Alexander/Merx, Andreas*, Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG, Berlin 2010.
- Koch, Katharina/Nguyen, Alexander*, Schutz vor mittelbarer Diskriminierung – Gleiches Recht für alle? Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, EuR 2010, 364–378.
- Kocher, Eva*, Geschlechterdifferenz und Staat, KJ 1999, 182–204.
- Kocher, Eva/Porsche, Stefanie/Wenckebach, Johanna*, Mittelbare Geschlechtsdiskriminierung bei der Besoldung von Grundschullehrkräften nach Art. 12, Frankfurt am Main 2016.
- Kocher, Eva/Wenckebach, Johanna*, § 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen, Soziales Recht 2013, 17–28.
- König, Doris/Schadendorf, Sarah*, Die Rezeption der UN-Frauenrechtskonvention in Karlsruhe und Straßburg, DÖV 2014, 853–860.
- Koskeniemi, Martti*, What Should International Lawyers Learn from Karl Marx?, Leiden Journal of International Law 2004, 229–246.
- Krause, Rüdiger*, Schutzvorschriften und faktische Diskriminierung, in: *Hobmann-Dennhardt, Christinel/Körner, Marital/Zimmer, Reingard (Hrsg.)*, Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr, Baden-Baden 2010, 392–404.
- Krautkrämer-Wagner, Uta*, Die Verstaatlichung der Frauenfrage. Gleichstellungsinstitutionen der Bundesländer: Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Frauenpolitik, Bielefeld 1989.
- Krook, Mona Lena*, Quotas for Women in Politics. Gender and Candidate Selection Reform Worldwide, Oxford/New York 2009.
- Krook, Mona Lena/Zetterberg, Pär*, Electoral Quotas and Political Representation. Comparative Perspectives, International Political Science Review 2014, 3–11.
- Krüger, Herbert*, Rechtsstaat – Sozialstaat – Staat. (Oder: Rechtsstaat + Sozialstaat ergeben noch keinen Staat), Hamburg u.a. 1975.

- Ladeur, Karl-Heinz*, The Myth of the Neutral State and the Individualization of Religion. The Relationship between State and Religion in the Face of Fundamentalism, *Cardozo Law Review* 2008, 2445–2471.
- Bitte weniger Rechte!, *FAZ* vom 6. 12. 2016.
- Ladeur, Karl-Heinz/Augsberg, Ino*, Toleranz – Religion – Recht. Die Herausforderung des »neutralen« Staates durch neue Formen der Religiosität in der postmodernen Gesellschaft, Tübingen 2007.
- Lang, Sabine*, Gendering Federalism – Federalizing Gender. Women’s Agencies and Policies in German Multilevel Governance, *German Studies Review* 2010, 517–530.
- Lang, Sabine/Sauer, Birgit*, Does Federalism Impact Gender Architectures? The Case of Women’s Policy Agencies in Germany and Austria, *The Journal of Federalism* 2012, 68–89.
- Laskowski, Silke Ruth*, Pro Parité! Ohne gleichberechtigte Parlamente keine gleichberechtigten Gesetze und keine gleichberechtigte Gesellschaft! Eine juristische Streitschrift für ein modernes Wahlrecht, *djbZ* 2014, 93–130.
- Laubinger, Hans-Werner*, Frauenförderung und Freiheit der Wahl bei Kommunalwahlen. Rheinlandpfälzisches Kommunalwahlrecht auf Abwegen, *NVwZ* 2014, 121–125.
- Leibfried, Stephan*, Zum Strukturwandel des Sozialstaats und zur Umleitung seiner Energien und Verteilungsströme. Ist ein verfassungsrechtliches Neudenken erforderlich?, in: *Boysen, Sigrid/Kaiser, Anna-Bettina/Meinel, Florian (Hrsg.)*, Verfassung und Verteilung, Tübingen 2015, 1–12.
- Leibholz, Gerhard*, Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, Berlin 1925.
- Leisner, Walter*, Steuer- und Eigentumswende. Die Einheitswert-Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, *NJW* 1995, 2591–2596.
- Leitner, Sigrid (Hrsg.)*, Wohlfahrtsstaat und Geschlechterverhältnis im Umbruch: Was kommt nach dem Ernährermodell?, Wiesbaden 2004.
- Lembke, Ulrike*, Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung, *Rechtswissenschaft* 2012, 46–76.
- Religionsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter, in: *dies. (Hrsg.)*, Menschenrechte und Geschlecht, Baden-Baden 2014, 188–217.
- Lembke, Ulrike/Liebscher, Doris*, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?, in: *Meier, Isabella/Philipp, Simone/Schmidlechner, Karin Maria/Starl, Klaus/Apostolovski, Veronika (Hrsg.)*, Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Baden-Baden 2014, 261–289.
- Lembke, Ulrike/Rodi, Katja*, Geschlechterstereotype als Hindernis für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen am Arbeitsmarkt, *djbZ* 2017, 66–69.
- Lenski, Sophie-Charlotte*, Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung. Handkommentar, Baden-Baden 2011.
- Lenze, Anne*, Alleinerziehende unter Druck. Rechtliche Rahmenbedingungen, finanzielle Lage und Reformbedarf, Gütersloh 2014.
- Das Ende der Familienförderung, so wie wir sie kennen. Das Urteil des BVerfG vom 21.7.2015 zum Betreuungsgeld, *NVwZ* 2015, 1658–1661.

- Lepperhoff, Julia*, Familienpolitik in Deutschland, *Zeszyty Pracy Socjalnej* 2014, 55–63.
- Lessenich, Stephan*, Edel, hilfreich, gut? Soziale Gleichheit im Sozialstaat. Eine Einführung in die Debatte, *ZSR* 2010, 291–294.
- Die Neuerfindung des Sozialen. Der Sozialstaat im flexiblen Kapitalismus, 3. Aufl., Bielefeld 2013.
- Liebscher, Doris/Naguib, Tarek/Plümecke, Timo/Remus, Juana*, Wege aus der Essentialismusfalle. Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, *KJ* 2012, 204–218.
- Limbach, Jutta/Eckert-Höfer, Marion* (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschlands. Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform – Dokumentation, Baden-Baden 1993.
- Lindner, Ralf/Schultze, Germany*, in: *Nohlen, Dieter/Stöver, Philip* (Hrsg.), Elections in Europe. A Data Handbook, Baden-Baden 2010, 723–806.
- Loffredo, Stephen*, Poverty, Inequality, and Class in the Structural Constitutional Law Course, *Fordham Law Review* 2006, 1239–1267.
- LpB Baden-Württemberg*, Frauen in den Länderparlamenten, 2017, [www.lpb-de/frauenanteil\\_laenderparlamenten.html](http://www.lpb-de/frauenanteil_laenderparlamenten.html) (25.10.2017).
- Lübbe-Wolff, Gertrude*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.
- Justiziabilität sozialer Grundrechte und Verfassungsaufträge, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge* 2005, 1–25.
- Lukoschat, Helga/Belschner, Jana*, Frauen führen Kommunen. Eine Untersuchung zu Bürgermeisterinnen und Bürgermeistern in Ost und West, Berlin 2014.
- MacKinnon, Catharine A.*, Sexual Harassment of Working Women. A Case of Sex Discrimination, New Haven u.a. 1979.
- Toward a Feminist Theory of the State, Cambridge 1989.
- Disputing Male Sovereignty: On United States v. Morrison, *Harvard Law Review* 2000, 135–177.
- Substantive Equality. A Perspective, *Minnesota Law Review* 2011, 1–27.
- Gender in Constitutions, in: *Rosenfeld, Michel/Sajo, Andreas* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, 399–416.
- Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law, Cambridge 1987.
- Macpherson, Crawford Brough*, Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke, Frankfurt am Main 1973.
- MacRae, Heather*, Multiple Policy Scales and the Development of Parental Leave Policy in Germany, in: *Haussman, Melissa/Sauer, Marian/Vickers, Jill* (Hrsg.), *Federalism, Feminism and Multilevel Governance*, Farnham/Burlington 2010, 127–139.
- Mahoney, Martha R.*, Class and Status in American Law. Race, Interest, and the Anti-Transformation Cases, *Southern California Law Review* 2003, 799–892.
- Maidowski, Ulrich*, Umgekehrte Diskriminierung. Quotenregelungen zur

- Frauenförderung im öffentlichen Dienst und in den politischen Parteien, Berlin 1989.
- Maier, Friederike*, Die wirtschaftspolitischen Leitlinien der Europäischen Union – eine feministische Kritik, in: *Bauhardt, Christine/Çağlar, Gülay (Hrsg.)*, Gender and Economics. Feministische Kritik der politischen Ökonomie, Wiesbaden 2010, 233–257.
- Maihofer, Andrea*, Geschlecht als Existenzweise. Macht, Moral, Recht und Geschlechterdifferenz, Frankfurt am Main 1995.
- Maldonado, Daniel B.*, Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia, Cambridge 2013.
- Mangold, Anna Katharina*, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, Habilitationsschrift, Universität Frankfurt am Main 2016.
- § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, in: *Schlachter, Monika/Heinig, Hans Michael (Hrsg.)*, Enzyklopädie Europarecht VII – Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016, 167–218.
- Justitias Dresscode: Wie das BVerfG Neutralität mit »Normalität« verwechselt, Verfassungsblog v. 6.7.2017, abrufbar unter: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).
- Repräsentation von Frauen und gesellschaftlich marginalisierten Personengruppen als demokratietheoretisches Problem, in: *Schuler-Harms, Margarete (Hrsg.)*, Gleichberechtigung und Demokratie – Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-)Wissenschaftliche Annäherungen, 2019 (i.V.).
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz. Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Aufl., München 2010, (7. Aufl. i.E).
- Kommentar zum Grundgesetz. Band 2: Artikel 20 bis 82, 6. Aufl., München 2010.
- Marauhn, Thilo*, Rekonstruktion sozialer Grundrechte als Normkategorie. Zugleich eine Kritik der konventionellen Gegenüberstellung von Grundrechten und Staatszielbestimmungen, Habilitationsschrift, Frankfurt am Main 1999.
- Markard, Nora*, Die andere Frage stellen. Intersektionalität als Analyse-kategorie im Recht, KJ 2009, 353–364.
- Marks, Susan*, The Ideology of Poverty, in: *Ruiz Fabri, Hélène/Jouannet, Emmanuelle/Tomkiewicz, Vincent (Hrsg.)*, Select Proceedings of the European Society of International Law, Oxford 2008, 297–306.
- Marshall, T. H.*, Citizenship and Social Class (1950), London 1992.
- Martens, Wolfgang*, Grundrechte im Leistungsstaat, in: *VStRL (Hrsg.)*, Grundrechte im Leistungsstaat. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971, Berlin 1972, 1–42.
- Martinek, Hanne*, Die Einführung des Elterngeldes: Ermöglichung der finanziellen Unabhängigkeit für (alle) Frauen?, in: *Auth, Diana/Buchholz, Eva*

- Janczyk, Stefanie* (Hrsg.), *Selektive Emanzipation. Analysen zur Gleichstellungs- und Familienpolitik*, Opladen 2010, 151–171.
- Marx, Karl*, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, Bd. 1, MEW 23, Berlin 1962.
- *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, Bd. 3, MEW 25, 3. Aufl., Berlin 1964.
- *Zur Judenfrage*, MEW 1, 6. Aufl., Berlin 1981, 347–377.
- Marx, Karl/Engels, Friedrich*, *Manifest der Kommunistischen Partei*, MEW 4, 6. Aufl., Berlin 1972, 459–493.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*, *Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar*, München, Stand: 81. Ergänzungslieferung 2017.
- Mayer, Udo*, *Fordern statt Fördern – ältere Arbeitslose unter Hartz IV*, NZS 2005, 568–573.
- McDonagh, Eileen/Monopoli, Paula A.*, *The Gendered State and Women's Political Leadership: Explaining the American Puzzle*, in: *Baines, Beverly/Barak-Erez, Daphne/Kahana, Tsvi* (Hrsg.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge 2012, 169–187.
- Meinel, Florian*, *Eine »revolutionäre Umschichtung unseres Rechtsdenkens«*. Gerhard Leibholz und die Gleichheit vor dem Gesetz, in: *Kaiser, Anna-Bettina* (Hrsg.), *Der Parteienstaat. Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz*, Baden-Baden 2013, 169–198.
- *Verteilung als Verfassungsfrage*, in: *ders./Boysen, Sigrid/Kaiser, Anna-Bettina* (Hrsg.), *Verfassung und Verteilung*, Tübingen 2015, 19–51.
- Menke, Christoph*, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015.
- Merold, Andreas*, *Freiheit durch den Staat. Eine Auseinandersetzung mit der Reichweite und den Grenzen des verfassungsrechtlichen Existenzminimums*, Hamburg 2016.
- Meyer, Birgit*, *Elisabeth Selbert (1896–1986). »Gleichberechtigung ohne Wenn und Aber«*, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden 1988, 427–439.
- Meyer, Hans*, *Wahlssystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz*, Frankfurt am Main 1973.
- Minou, Martha*, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca 1990.
- Mohl, Robert von*, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1844.
- Monopoli, Paula A.*, *Gender and Constitutional Design*, *The Yale Law Journal* 2006, 2643–2651.
- Mußnug, Reinhard*, *Gesetzgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht*, in: *VDStRL* (Hrsg.), *Der Gleichheitssatz. Gesetzgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Tübingen vom 5. bis 8. Oktober 1988*, Berlin 1989, 113–141.
- Mutua, Athena D.*, *Introducing ClassCrits. From Class Blindness to a Critical Legal Analysis of Economic Inequality*, *Buffalo Law Review* 2008, 859–913.

- Nazik, Gülay/Ulber, Daniel*, Die »aufenthaltsrechtliche Lösung« des EuGH in der Rechtssache Dano, NZS 2015, 369–373.
- Nedelsky, Jennifer*, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford 2011.
- Neumann, Franz L.*, Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung, in: *ders.*, *Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930–1954*, Frankfurt am Main 1978, 57–75.
- Neumann-Duesberg, Rüdiger*, Anmerkung zu BVerfG Beschluss v. 12.12.1973 - 1 BvL 19/72, SGB 1974, 344–346.
- Nohlen, Dieter*, *Wahlrecht und Parteiensystem. Zur Theorie und Empirie der Wahlsysteme*, 7. Aufl., Opladen/Toronto 2014.
- Nolte, Jakob*, Rationale Rechtsfindung im Sozialrecht. Die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen an die Bestimmung des Existenzminimums im Lichte neuerer sozialgerichtlicher Rechtsprechung, *Der Staat* 2013, 245–265.
- Nußberger, Angelika*, Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe des Staates?, *ZSR* 2010, 335–345.
- Oberlies, Dagmar*, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen. Eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede aus dem Blickwinkel gerichtlicher Rekonstruktionen, *Pfaffenweiler* 1995.
- OECD, *Divided We Stand. Why Inequality Keeps Rising*, Paris 2011.
- *Crisis Squeezes Income and Puts Pressure on Inequality and Poverty. Results from the OECD Income Distribution Database*, Paris 2013.
- *Society at a Glance 2014: OECD Social Indicators*, Paris 2014.
- Pankoke, Eckart*, Von »guter Policey« zu »socialer Politik«. »Wohlfahrt«, »Glückseligkeit« und »Freiheit« als Wertbindung aktiver Sozialstaatlichkeit, in: *Sachße, Christoph/Tennstedt, Florian (Hrsg.)*, *Soziale Sicherheit und soziale Disziplinierung. Beiträge zu einer historischen Theorie der Sozialpolitik*, Frankfurt am Main 1986, 148–177.
- Papier, Hans-Jürgen*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: *Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.)*, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin/New York 1983, 609–652.
- § 55 Drittwirkung der Grundrechte, in: *ders./Merten, Detlef (Hrsg.)*, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band 2: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren, Heidelberg 2006, 1331–1361.
- Papier, Hans-Jürgen/Heidebach, Martin*, Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, *DVBl.* 2015, 125–137.
- Pateman, Carole*, *The Sexual Contract*, Cambridge 1988.
- Penz, Marco*, Frauenquote innerhalb politischer Parteien, *DÖV* 2015, 963–967.
- Peters, Anne*, *Women, Quotas, and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, European Community and International Law*, Den Haag 1999.
- Peters, Anne/König, Doris*, Das Diskriminierungsverbot, in: *Grote, Rainer/Marauhn, Thilo/Meljnik, Konstantin (Hrsg.)*, *EMRK/GG:*

- Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., Tübingen 2013, 1301–1465.
- Pfarr, Heide/Bertelsmann, Klaus*, Diskriminierung im Erwerbsleben: Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1989.
- Phillips, Anne*, *The Politics of Presence*, Oxford 2004.
- Piketty, Thomas*, *Das Kapital im 21. Jahrhundert*, München 2016.
- Podolski, Tanja*, In der Justiz läuft es gut – ganz ohne Zwang, LTO vom 8.6.2015, abrufbar unter: [www.lto.de](http://www.lto.de).
- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.
- Pötz-Neuburger, Susanne*, Kindererziehungszeiten im berufsständischen Versorgungswerk. Anmerkung zum Beschluss des BVerfG und zum Urteil des BSG, STREIT 2006, 44–45.
- Raasch, Sibylle*, Frauenquoten und Männerrechte, Baden-Baden 1991.
- Rebhahn, Robert/Kietaibl, Christoph*, Mittelbare Diskriminierung und Kausalität, Rechtswissenschaft 2010, 373–396.
- Reith, Björn*, Der Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag des Staates im Vorschulbereich. Verfassungsrechtliche Grundlagen der frühkindlichen Förderung, Baden-Baden 2014.
- Resnik, Judith*, Categorical Federalism. Jurisdiction, Gender, and the Globe, *The Yale Law Journal* 2001, 619–680.
- Richelmann, Doris*, Gleichstellungsstellen, Frauenförderung, Quotierung. Entwicklung und Diskurs aktueller frauenpolitischer Ansätze, Bielefeld 1991.
- Ridder, Helmut*, Enteignung und Sozialisierung, in: *VDSStRL (Hrsg.)*, Ungelesenes Verfassungsrecht. Enteignung und Sozialisierung. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Göttingen am 18. und 19. Oktober 1951, Berlin 1952, 124–149.
- Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, Opladen 1975.
- Ritter, Gerhard A.*, *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, 2. Aufl., München 1991.
- Ritter, Gretchen*, *The Constitution As Social Design. Gender and Civic Membership in the American Constitutional Order*, Stanford 2006.
- Rixen, Stephan*, Verfassungsgemäße Familienförderung nach dem Urteil zum Betreuungsgeld, *NJW* 2015, 3136–3140.
- Rodi, Katja*, Bekämpfung von Geschlechterstereotypen durch die Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: *Lembke, Ulrike (Hrsg.)*, Menschenrechte und Geschlecht, Baden-Baden 2014, 51–76.
- Rodríguez-Ruiz, Blanca/Rubio-Marín, Ruth*, On Parity, Interdependence, and Women's Democracy, in: *Baines, Beverly/Barak-Erez, Daphne/Kahana, Tsvi (Hrsg.)*, *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge 2012, 188–203.
- Röhner, Cara/Gall, Anna von*, Wer sich nicht wehrt, stimmt noch lange nicht zu – Völkerrechtswidrige deutsche Rechtspraxis zu § 177 I, II StGB, Verfassungsblog v. 7.11.2014, abrufbar unter: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

- Röhner, Cara, Die binäre Geschlechterordnung des Rechts. Rechtstheoretische und rechtspolitische Perspektiven, *juridikum* 2015, 516–528.
- Sicherheit als rechtswissenschaftliche Praxis, *KritV* 2015, 153–174.
  - Inter/diverse Rechtssubjekte? Vorerst kein Personenstand jenseits der Zweigeschlechtlichkeit, in: Müller-Heidelberg, Till/Steven, Elke/Pelzer, Marei/Heiming, Martin/dies./Gössner, Ralf/Heesen, Julia/Helwich, Arthur (Hrsg.), *Grundrechte-Report 2017. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland*, Frankfurt am Main 2017, 27–31.
  - Mehr als zwei Geschlechter. Dritte Option erfolgreich vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Müller-Heidelberg, Till/Pelzer, Marei/Heiming, Martin/dies./Gössner, Ralf/Fahrner, Matthias/Pollähne, Helmut/Seitz, Maria (Hrsg.), *Grundrechte-Report 2018. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland*, Frankfurt am Main 2018, 71–75.
  - Relationale Demokratie. Das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip und gerechte Staatlichkeit in Deutschland, *Femina Politica* 2/2018, 40 ff.
  - Das Frauenwahlrecht ist nicht genug. Geschlechtergleichheit, faire Repräsentation und Parité, in: Will, Rosemarie u.a. (Hrsg.), *Grundrechte-Report 2019. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland*, Frankfurt am Main 2019, i.E.
  - Unitäres Volk oder Parität? Für eine materiale Perspektive auf die Demokratie, *Verfassungsblog v. 4.1.2019*, abrufbar unter: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).
- Rommelsbacher, Brigit, Was ist eigentlich Rassismus?, in: *Melter, Claus/Mecheril, Paul (Hrsg.), Rassismuskritik. Band 1: Rassismustheorie und -forschung*, Schwalbach im Taunus 2009, 25–38.
- Rubin, Gayle, The Traffic in Women. Notes on the »Political Economy« of Sex, in: *Reiter, Rayna R. (Hrsg.), Toward an Anthropology of Women*, New York 1975, 157–210.
- Rubio-Marín, Ruth, The Achievement of Female Suffrage in Europe. On Women's Citizenship, *International Journal of Constitutional Law* 2014, 4–34.
- Rubio-Marín, Ruth/Baines, Beverly (Hrsg.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge 2005.
- Rudolf, Beate, Feministische Staatsrechtslehre?, in: *dies. (Hrsg.), Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung*, Göttingen 2009, 63–95.
- Menschenrechte und Geschlecht – eine Diskursgeschichte, in: *Lembke, Ulrike (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht*, Baden-Baden 2014, 24–50.
- Rudolf, Beate/Freeman, Marsha A./Chinkin, C. M. (Hrsg.), *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. A Commentary*, Oxford/New York 2012.
- Rudolf, Walter, § 141 Kooperation im Bundesstaat, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Heidelberg 2008, 1005–1047.
- Rüfner, Wolfgang, § 40 Leistungsrechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I*, Heidelberg 2006, 679–707.



- Rule, Wilma*, Electoral Systems, Contextual Factors and Women's Opportunity For Election to Parliament in Twenty-three Democracies, *Western Political Quarterly* 1987, 477–981.
- Rüling, Annelie*, Aufbau der frühkindlichen Betreuung in Deutschland und England – Ökonomisierung der Familienpolitik oder bildungspolitische Wende?, in: *Auth, Diana/Buchholz, Eva/Janczyk, Stefanie (Hrsg.)*, *Selektive Emanzipation. Analysen zur Gleichstellungs- und Familienpolitik*, Opladen 2010, 197–217.
- Sachs, Michael*, Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei Bewerbung um Arbeitsplatz, *JuS* 1994, 704–705.
- Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses unterhalbzeitig Beschäftigter von der Zusatzversorgung, *JuS* 1998, 1172–1173.
  - Schlechterstellung teilzeitbeschäftigter Beamter als mittelbare Diskriminierung, *JuS* 2008, 1014–1015.
  - § 182 Besondere Gleichheitsgarantien, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010, 839–933.
  - Gleichheitsprobleme beim Ausschluss von Ausländern vom Elterngeld, *JuS* 2013, 474–476.
  - (*Hrsg.*), *Grundgesetz. Kommentar*, 7. Aufl., München 2014.
  - Konzentration privater Vermögen im Sozialstaat, *NJW* 2015, 601–604.
- Sacksofsky, Ute*, Sind Schwarze und Frauen gleicher als weiße Männer? Verfassungsrechtliche Gleichheitsgarantien und Fördermaßnahmen zugunsten bisher benachteiligter Gruppen, in: *dies./Jakobeit, Cord (Hrsg.)*, *Die USA am Beginn der neunziger Jahre. Politik, Wirtschaft, Recht*, Opladen 1992, 217–239.
- Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 2. Aufl., Baden-Baden 1996.
  - Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, *ZESAR* 2004, 208–213.
  - Diskriminierung und Gleichheit – aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Opfermann, Susanne (Hrsg.)*, *Unrechtserfahrungen. Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur*, Königstein im Taunus 2007, 31–51.
  - Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern, in: *Hobmann-Dennhardt, Christine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard (Hrsg.)*, *Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr*, Baden-Baden 2010, 363–377.
  - Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages zum Thema »Einführung eines Betreuungsgeldes«, 2012, abrufbar unter: [www.jura.uni-frankfurt.de/43591809/Stellungnahme-Betreuungsgeld-2010-Sacksofsky.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/43591809/Stellungnahme-Betreuungsgeld-2010-Sacksofsky.pdf) (27.1.2017).
  - Frauenquoten – Weg zur Gleichheit der Geschlechter oder »umgekehrte Diskriminierung« von Männern?, in: *Mau, Steffen/Schöneck, Nadine (Hrsg.)*, *(Un-)Gerechte (Un-)Gleichheiten*, Berlin 2015, 134–141.
- Samour, Nahed*, Rechtsreferendarin mit Kopftuch. Rosa Parks im Zuschauererraum des Gerichts, *Verfassungsblog* v. 7.7.2017, abrufbar unter: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) (11.9.2017) .

- Sauer, Birgit*, Intersektionalität und Staat. Ein staats- und hegemonietheoretischer Zugang zu Intersektionalität, 2012, abrufbar unter: [http://portal-intersektionalitaet.de/theoriebildung/ueberblickstexte/sauer/\(24.4.2016\)](http://portal-intersektionalitaet.de/theoriebildung/ueberblickstexte/sauer/(24.4.2016)).
- Schaller, Steven*, Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat. Ideengeschichtliche Grundlagen und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden 2016.
- Scharpf, Fritz W.*, Politikverflechtung, in: *ders./Reissert, Bernd/Schnabel, Fritz (Hrsg.)*, Politikverflechtung. Theorie und Empirie der kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Kronberg im Taunus 1976, 13–70.
- Scheuner, Ulrich*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: *VDStRL (Hrsg.)*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz. Die Gegenwartsfrage des Staatskirchenrechts Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Marburg am 16. und 17. Oktober 1952, Berlin 1953, 1–74.
- Schiek, Dagmar*, Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln? Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Anti-Diskriminierungsrecht, *KJ* 2014, 396–404.
- Schlink, Bernhard*, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, *EuGRZ* 1984, 457–468.
- Schlüter, Karen*, Föderale Kompetenzverteilung am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, in: *Detterbeck, Klaus/Renzsch, Wolfgang/Schieren, Stefan (Hrsg.)*, Föderalismus in Deutschland, München 2010, 53–86.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl., Köln 2014.
- Schmitt, Carl*, Verfassungslehre, München u.a. 1928.
- Legalität und Legitimität, München/Leipzig 1932.
  - Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug. Rechtsgutachten zu der Frage: Ist den Eigentümern der von Art. 41 der Verfassung des Landes Hessen Abs. 1 Nr. 1 betroffenen Gegenstände ihr Eigentum durch Art. 41 mit Inkrafttreten der Verfassung entzogen worden? Auf Ersuchen der Buderus'schen Eisenwerke, Wetzlar 1952.
- Schnath, Matthias*, Das neue Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Ein rechtspolitischer Ausblick nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010, *NZS* 2010, 297–302.
- Schreiber, Wolfgang (Hrsg.)*, *BWahlG: Kommentar zum Bundeswahlgesetz unter Einbeziehung des Wahlprüfungsgesetzes, des Wahlstatistikgesetzes, der Bundeswahlordnung, der Bundeswahlgeräteverordnung und sonstiger wahlrechtlicher Nebenvorschriften*, 9. Aufl., Köln 2013.
- Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des »einfachen« Rechts, Baden-Baden 2000.
- Schweitzer, Doris*, Diskursanalyse, Wahrheit und Recht. Methodologische Probleme einer Diskursanalyse des Rechts, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2015, 201–221.

- Selmer, Peter*, Einheitswertbesteuerung im Vermögen- und Erbschaftsteuerrecht, JuS 1996, 656–658.
- Shoorman, Yasemin*, »... weil ihre Kultur so ist«. Narrative des antimuslimischen Rassismus, Bielefeld 2014.
- Soiland, Tove*, Gender als Selbstmanagement. Zur Reprivatisierung des Geschlechts in der gegenwärtigen Gleichstellungspolitik, in: *Andresen, Sünne/Koreuber, Mechthild/Lüdke, Dorothea (Hrsg.)*, Gender und Diversity: Alptraum oder Traumpaar? Interdisziplinärer Dialog zur »Modernisierung« von Geschlechter- und Gleichstellungspolitik, Wiesbaden 2009, 35–51.
- Somek, Alexander*, Sozialpolitik in Europa: Von der Domestizierung zur Entwaffnung, EuR - Beiheft 1 2013, 49–68.
- Sonnevend, Pál*, Eigentumsschutz und Sozialversicherung. Eine rechtsvergleichende Analyse anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des ungarischen Verfassungsgerichts, Heidelberg 2008.
- Spangenberg, Ulrike*, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung am Beispiel der Besteuerung der zusätzlichen Alterssicherung, Baden-Baden 2013.
- Spivak, Gayatri Chakravorty*, Subaltern Studies. Deconstructing Historiography, in: *Landry, Donna/MacLean, Gerald M. (Hrsg.)*, The Spivak Reader. Selected works of Gayatri Chakravorty Spivak, New York 1996, 203–235.
- Can the Subaltern Speak?, in: *Chrisman, Laura/Williams, Patrick (Hrsg.)*, Colonial Discourse and Post-Colonial Theory. A Reader, New York/Sydney 1993, 66–111.
- Starck, Christian*, § 41 Teilnahmerechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.)*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, 709–740.
- § 1 Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre, in: *Härtel, Ines (Hrsg.)*, Handbuch Föderalismus. Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, 41–55.
- Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, Kindertagesbetreuung regional 2016. Ein Vergleich aller 402 Kreise in Deutschland, Wiesbaden 2016.
- Statistische Bundesamt*, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit. Bevölkerung mit Migrationshintergrund – Ergebnisse des Mikrozensus 2016, Wiesbaden 2017.
- Steck, Brigitte/Kossens, Michael*, Die Neuordnung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe durch Hartz IV, FPR 2005, 424–427.
- Stein, Lorenz von*, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876.
- Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage. Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848, Band 3, München 1921.
- Steinberg, Rudolf*, Die Repräsentation des Volkes. Menschenbild und demokratisches Regierungssystem, Baden-Baden 2013.
- Kopftuch und Burka. Laizität, Toleranz und religiöse Homogenität in Deutschland und Frankreich, Baden-Baden 2015.

- Stichweh, Rudolf*, Leitgesichtspunkte einer Soziologie der Inklusion und Exklusion, in: *ders./Windolf, Paul (Hrsg.)*, Inklusion und Exklusion. Analysen zur Sozialstruktur und sozialen Ungleichheit, Wiesbaden 2009, 29–42.
- Stolleis, Michael*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: *ders. (Hrsg.)*, Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2001, 253–282.
- Geschichte des Sozialrechts in Deutschland. Ein Grundriß, Stuttgart 2003.
- Stoy, Volquart*, Föderale Vielfalt im unitarischen Sozialstaat. Die sozialpolitische Angebotssteuerung der deutschen Länder, Wiesbaden 2016.
- Sullivan, Kathleen M.*, Constitutionalizing Women's Rights, *California Law Review* 2002, 735–764.
- Thurn, John Philipp*, Welcher Sozialstaat? Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949–1990, Tübingen 2013.
- Thym, Daniel*, Sozialhilfe für erwerbsfähige Unionsbürger. Das Bundessozialgericht auf Umwegen, *NZS* 2016, 441–445.
- Tobler, Christa*, Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Antwerpen 2005.
- Tomuschat, Christian*, Case C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, Judgment of 12 May 1998, Full Court. [1998] ECR I-2691, *Common Market Law Review* 2000, 449–457.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.)*, Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. 1: Artikel 1 – 37 GG, Heidelberg 2002.
- Unger, Sebastian*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie. Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips, Tübingen 2008.
- United Nations Department of Economic and Social Affairs*, *The World's Women* 2010: Trends and Statistics, New York 2010.
- VStRL (Hrsg.)*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berichte und Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Bonn am 15. und 16. Oktober 1953, Berlin 1954.
- Der Gleichheitssatz. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Tübingen vom 5. bis 8. Oktober 1988, Berlin 1989.
- Veil, Mechtild*, Eine familienfreundliche oder frauenfreundliche Entscheidung? Das BVerfG vom 7. Juli 1992 zur Anrechnung von Kindererziehungszeiten im Rentenrecht, *STREIT* 1993, 63–68.
- Vesting, Thomas*, Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus – Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte, in: *Grabenwarter, Christoph/Hammer, Stefan/Pelzl, Alexander/Schulev-Steindl, Eva/Wiederin, Ewald (Hrsg.)*, Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft. 34. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung »Öffentliches Recht«, Stuttgart u.a. 1994, 9–24.

- Vogel, Lise, *Marxism and the Oppression of Women. Toward a Unitary Theory*, Chicago 2013.
- Volkmann, Uwe, *Solidarität. Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen 1998.
- Wahl, Rainer/Masing, Johannes, *Schutz durch Eingriff*, JZ 1990, 553–563.
- Walgenbach, Katharina, *Gender als interdependente Kategorie*, in: *dies./Dietze, Gabriele/Hornsbeidt, Lann/Palm, Kerstin (Hrsg.)*, *Gender als interdependente Kategorie. Neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität*, 2. Aufl., Opladen 2012, 23–64.
- Wallrabenstein, Astrid, *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung*, NJW 2005, 2426–2428.
- *Versicherung im Sozialstaat*, Tübingen 2009.
- *Chancen für ein verfassungskonformes Asylbewerberleistungsgesetz*, KritV 2012, 433–462.
- Waugh, Linda R., *The Poetic Function of the Nature of Language*, in: *Pomorska, Krystyna/Rudy, Stephen (Hrsg.)*, *Verbal Art, Verbal Sign, Verbal Time*, Minneapolis 1985, 143–168.
- Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen 2009.
- Wenner, Ulrich, *Kassen müssen jetzt bei Schwerstkranken auch für nicht anerkannte Behandlungsverfahren aufkommen*, SozSich 2006, 174–179.
- *Rationierung, Priorisierung, Budgetierung. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Begrenzung und Steuerung von Leistungen der Gesundheitsversorgung*, GesR 2009, 169–181.
- *Hartz-IV-Regelsätze auf dem Prüfstand: Was folgt aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts?*, SozSich 2010, 69–72.
- *Konkretisierung des Leistungsniveaus der Gesundheitsversorgung durch die Rechtsprechung*, in: *Wallrabenstein, Astrid/Ebsen, Ingwer (Hrsg.)*, *Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung. Optionen und Probleme rechtlicher Gestaltung*, Frankfurt am Main 2014, 115–132.
- Wersig, Maria, *Der lange Schatten der Hausfrauenehe. Zur Reformresistenz des Ehegattensplittings*, Opladen 2013.
- Wiechmann, Elke, *Politische Repräsentanz von Frauen in Kommunalparlamenten*, in: *dies./Kissler, Leo/Bogumil, Jörg (Hrsg.)*, *Arbeitsbeziehungen und Demokratie im Wandel: Festschrift für Leo Kissler*, Baden-Baden 2014, 264–280.
- Wild, Michael, *Die Gleichheit der Wahl. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung*, Berlin 2003.
- Williams, Susan H. (Hrsg.), *Constituting Equality. Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge 2009.
- *Introduction. Comparative Constitutional Law, Gender Equality, and Constitutional Design*, in: *dies. (Hrsg.)*, *Constituting Equality. Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge 2009, 1–25.
- *Equality, Representation, and Challenge to Hierarchy. Justifying Electoral Quotas for Women*, in: *dies. (Hrsg.)*, *Constituting Equality. Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge 2009, 53–72.

- Windolf, Paul*, Einleitung: Inklusion und soziale Ungleichheit, in: *ders./Stichweh, Rudolf* (Hrsg.), *Inklusion und Exklusion. Analysen zur Sozialstruktur und sozialen Ungleichheit*, Wiesbaden 2009, 11–27.
- Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, *Frauenquote in politischen Parteien*, Berlin 2012.
- *Verpflichtende Geschlechterquote bei Bundestagswahlen nach dem Vorbild des französischen Paritégesetzes*, Berlin 2014.
- Wisskirchen, Gerlind*, *Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, des Europäischen Gerichtshofes und des U.S. Supreme Court*, Berlin 1994.
- Wrase, Michael*, *Gleichheit unter dem Grundgesetz und Antidiskriminierungsrecht*, in: *Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, Baden-Baden 2006, 78–98.
- *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte*, Berlin 2016.
- Wright, Erik Olin* (Hrsg.), *Approaches to Class Analysis*, Cambridge u. a. 2007.
- *Foundations of a Neo-Marxist Class Analysis*, in: *ders.* (Hrsg.), *Approaches to class analysis*, Cambridge u. a. 2007, 4–30.
- Wünnemann, August*, *Zu Art. 2 § 27 Abs. 1 Satz 1 AnVNG. Zur Frage der Nacherichtung freiwillig erstatteter Beiträge für Zeiten der Erstattung aus Anlaß der Heirat*, DAngVers 1974, 265–269.
- Young, Iris M.*, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton 1990.
- *Polity and Group Difference. A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, in: *Matravers, Derek/Pike, Jonathan E.* (Hrsg.), *Debates in Contemporary Political Philosophy. An Anthology*, London/New York 2003, 219–238.
- Zacher, Hans F.*, *Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?*, in: *Stödter, Rolf/Thieme, Werner* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1977, 207–269.
- *Der Sozialstaat als Prozeß (1978)*, in: *ders.* (Hrsg.), *Abhandlungen zum Sozialrecht*, Heidelberg 1993, 73–93.
- *§ 28 Das soziale Staatsziel*, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band II (Verfassungsstaat)*, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 659–784.
- Zetkin, Clara*, *Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung Deutschlands*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1979.
- Zimmer, Reingard*, *Geringfügige Beschäftigung von Frauen – ein prekärer Zustand*, in: *Hohmann-Dennhardt, Christine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard* (Hrsg.), *Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr*, Baden-Baden 2010, 296–310.
- Zinsmeister, Julia*, *Mehrdimensionale Diskriminierung. Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht*, Baden-Baden 2007.
- Zöllner, Wolfgang*, *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht. Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen*, AcP 1996, 1–36.

# Ausführliches Inhaltsverzeichnis

## § 1 Verfassungsaudit

I.	Einleitung . . . . .	11
1.	Verfassungsfragen und Ungleichheit . . . . .	11
2.	Forschungslücke . . . . .	12
II.	Theorie und Methode des Verfassungsaudits . . . . .	15
1.	Kritik: Subjekte als Unabhängige, Freie und Gleiche . . . . .	15
1.1	Bourgeoise Subjektivität . . . . .	16
1.2	Maskuline Subjektivität . . . . .	19
2.	Analyseperspektive . . . . .	22
2.1	Achsen der Ungleichheit . . . . .	22
2.1.1	Relationale Kategorien . . . . .	22
2.1.2	Duale Perspektivität . . . . .	23
2.2	Rechtspraxis . . . . .	25
2.3	Dimensionen . . . . .	26
2.4	Relationale vs. individualisierende Methodik . . . . .	28
2.5	Material . . . . .	30
III.	Aufbau des Buches . . . . .	32

## § 2 Umverteilung

I.	Einleitung . . . . .	37
1.	Umverteilung und Klasse . . . . .	37
1.1	Marx und Weber . . . . .	37
1.2	Relationalität . . . . .	38
1.3	Sozialstaatliche Abhängigkeit . . . . .	40
1.4	Produktion und Reproduktion . . . . .	42
2.	Soziale Rechte . . . . .	43
2.1	Textliche Normierung . . . . .	43
2.2	Schwache Normativität . . . . .	45
2.3	Umverteilung und Anerkennung . . . . .	46
2.4	Sozialstaatlichkeit und Existenzsicherung . . . . .	47
II.	Das Sozialstaatsprinzip . . . . .	50
1.	Normativ schwache Verfassungspraxis . . . . .	52
1.1	Verpflichtung auf soziale Gerechtigkeit . . . . .	52
1.2	Konkretisierung als Aufgabe der Gesetzgebung . . . . .	53
1.3	Keine subjektive Dimension . . . . .	55

1.4	Entstehungsgeschichte und Völkerrecht . . . . .	55
1.5	Zusammenfassung . . . . .	56
2.	Rationalisierung: Das Soziale als das Andere . . . . .	57
3.	Drei abweichende Meinungen – drei Konkretisierungsversuche . . . . .	60
3.1	Sozialstaatsprinzip als soziale Gleichheit . . . . .	61
3.1.1	Mehrheitsmeinung . . . . .	62
3.1.2	Mehrheitsmethode . . . . .	62
3.1.3	Rupp-von Brünneck . . . . .	63
3.2	Sozialstaatsprinzip als gesetzgeberische Begrenzungskompetenz . . . . .	65
3.2.1	Mehrheitsmeinung . . . . .	65
3.2.2	Mehrheitsmethode . . . . .	66
3.2.3	Böckenförde . . . . .	66
3.3	Sozialstaatsprinzip als verschärfter Kontrollmaßstab . . . . .	68
3.3.1	Mehrheitsmeinung . . . . .	69
3.3.2	Mehrheitsmethode . . . . .	70
3.3.3	Gaier, Masing, Baer . . . . .	70
4.	Von der Grundsatzkontroverse zur begrenzten Sozialstaatlichkeit . . . . .	72
4.1	Systemfrage – liberaler Rechtsstaat – sozialer Rechtsstaat . . . . .	73
4.1.1	Ipsen und Abendroth . . . . .	74
4.1.2	Forsthoff . . . . .	77
4.1.3	Scheuner. . . . .	78
4.2	Neoliberale Krisendiagnosen . . . . .	79
4.3	Freiheitliche Sozialstaatlichkeit . . . . .	83
5.	Etatistisch-konservative Sozialstaatlichkeit . . . . .	83
5.1	Materialer Rechtsstaat und soziale Demokratie . . . . .	84
5.2	Rechtsstaatlich-konservativer Interventionsstaat . . . . .	86
5.3	Ordoliberalismus . . . . .	87
5.4	Schwache verfassungsrechtliche Bindung . . . . .	88
III.	Materiale Grundrechtsgehalte . . . . .	91
I.	Genese materialer Grundrechtsgehalte . . . . .	92
I.1	Kritik des liberalen Grundrechteverständnisses . . . . .	92
I.2	Böckenfördes Kritik . . . . .	94
I.3	Von der objektiven Wertordnung zu materialen Grundrechtsfunktionen . . . . .	96
I.3.1	Schutzpflichten und Gewährleistungsfunktion . . . . .	97
	<i>Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit . . . . .</i>	97
	<i>Regulierung des Privaten: Privatautonomie . . . . .</i>	98
	<i>Familiäre Nahbeziehungen: Bürgerschaft und Eheverträge . . . . .</i>	100
I.3.2	Teilhabe- und Leistungsrechte . . . . .	102



2.	Abwehr: Eigentum . . . . .	105
2.1	Soziale Funktion des Eigentums . . . . .	106
2.2	Eigentumsschutz der Sozialversicherungsansprüche . . . . .	107
2.2.1	Begründung des Eigentumschutzes . . . . .	108
2.2.2	Eigene Leistung oder wirtschaftliche Existenz . . . . .	110
2.2.3	Finanzierbarkeit der Sozialversicherungssysteme . . . . .	112
2.3	Zusammenfassung. . . . .	114
3.	Gleichheit: ungleich Egalisierung . . . . .	114
3.1	Rechtsgleichheit und ökonomische Ungleichheit . . . . .	115
3.2	Gleicher Zugang zum effektiven Rechtsschutz. . . . .	117
3.3	Keine Egalisierung im Gesundheitsbereich . . . . .	118
4.	Leistung: Menschenwürde . . . . .	120
4.1	Das menschenwürdige Existenzminimum . . . . .	120
4.2	Hilfsmaßstäbe: Evidenzkontrolle und ein rationales Verfahren . . . . .	122
4.3	Atypische Bedarfe und Pauschalierung . . . . .	124
4.4	Kritik: Individualisierung statt Relationierung. . . . .	125
4.4.1	Abstrakte Würde . . . . .	125
4.4.2	Existenzielle Abhängigkeit und Anerkennung . . . . .	126
4.4.3	Die »Überflüssigen« und das Sozialstaatsprinzip. . . . .	128
4.4.4	Multiple Exklusion . . . . .	130
4.4.5	Die Gestaltungsfreiheit der Politik . . . . .	131
IV.	Gleichheit und Fremdheit – Existenzminimum für Unionsbürger*innen . . . . .	132
1.	Rechtskonflikte um ein sozialstaatliches Europa . . . . .	132
2.	Rechtlicher Rahmen. . . . .	134
2.1	Unionsbürgerschaft . . . . .	134
2.2	Akzessorische Sozialpolitik. . . . .	135
2.3	Inklusion der Arbeitnehmer*innen . . . . .	136
2.4	Freizügigkeit ökonomisch inaktiver Unionsbürger*innen . . . . .	137
3.	Transnationale soziale Rechte . . . . .	138
3.1	Martínez Sala, Grzelczyk, Trojani . . . . .	138
3.2	Collins . . . . .	140
3.3	Zugehörigkeitskriterien . . . . .	141
4.	Einmal Sozialbürgerschaft und zurück? . . . . .	142
4.1	Förster, Vatsouras/Koupatantze und Brey . . . . .	144
4.2	Dano . . . . .	146
4.3	Alimanovic und Peña-García . . . . .	148
5.	Umkämpfte Zugehörigkeit . . . . .	150
V.	Fazit . . . . .	153
1.	Rechtsstaatliche Verfassungsrationalität und Gesetzgebungsspielraum . . . . .	153
2.	Produktive Grenzziehungen . . . . .	156
3.	Relationale Perspektiven . . . . .	156

## § 3 Anerkennung

I.	Einleitung . . . . .	161
1.	Anerkennung und Geschlecht . . . . .	162
1.1	Reproduktionsordnung . . . . .	162
1.2	Erwerbstätigkeit und marktconforme Emanzipation . . . . .	164
1.3	Analyseperspektive . . . . .	166
2.	Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot . . . . .	166
II.	Materiale Gleichheit als relationale Perspektive . . . . .	169
1.	Formal-symmetrische Gleichheit . . . . .	169
2.	Material-asy-mmetrische Gleichheit . . . . .	170
2.1	Gruppe statt Individuum . . . . .	171
2.2	Perspektivität der Vergleichstechnik . . . . .	173
2.3	Proaktives Gleichstellungsrecht . . . . .	174
3.	Fallstricke der Verhandlung von Identität. . . . .	176
3.1	Intersektionalität . . . . .	177
3.2	Kategorien . . . . .	179
III.	Materiales Diskriminierungsverständnis . . . . .	183
1.	Rentenalter . . . . .	185
2.	Nacharbeit . . . . .	187
2.1	Soziale Wirklichkeit und Nachteilsausgleich . . . . .	187
2.2	Biologisch zwingende Gründe und Geschlechterstereotype . . . . .	188
2.3	Paternalismus und staatlicher Schutz . . . . .	189
2.4	Zusammenfassung. . . . .	190
3.	Nach der Nacharbeit . . . . .	190
3.1	Unmittelbare Diskriminierung wegen Mutterschutz und Schwangerschaft . . . . .	190
3.1.1	Mutterschaftsgeld und Arbeitsmarktzugang. . . . .	191
3.1.2	Schwangerschaft in der Alterssicherung . . . . .	193
3.1.3	Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete . . . . .	195
3.2	Gleichberechtigungsgebot als Schutzpflicht im Arbeitsleben . . . . .	196
3.3	Gleichberechtigungsgebot als Rechtfertigung: aktive Vaterschaft . . . . .	198
3.4	Frauenquote . . . . .	202
3.4.1	Rechtliche Grundlagen . . . . .	203
3.4.2	EuGH: Erfordernis der Öffnungsklausel . . . . .	204
3.4.3	Rezeption in der Kommentarliteratur . . . . .	207
4.	Drei Potentiale des materialen Diskriminierungsverständnisses . . . . .	208

IV. Mittelbare Diskriminierung . . . . .	210
1. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung . . . . .	211
1.1 Genese: US disparate impact und EG Gleichstellungsrecht . . . . .	211
1.2 Rezeption in der Verfassungsrechtsprechung . . . . .	213
2. Akkommodierung von Sorgearbeit in der Alterssicherung. . . . .	218
2.1 Alterssicherung . . . . .	218
2.1.1 Anwaltsversorgung . . . . .	218
2.1.2 Teilzeitbeamtentum . . . . .	220
2.2 Exkurs: Schutz der Ehe und Familie . . . . .	223
2.2.1 Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung. . . . .	223
2.2.2 Nachehelicher Unterhalt und Familienarbeit . . . . .	226
3. Zusammenfassung . . . . .	227
V. Intersektionalität . . . . .	229
1. Klasse: Zugang zu qualifizierten Berufen . . . . .	231
2. Geschlecht: die andere Geschlechterperformance . . . . .	232
3. Rasse: antimuslimische Hierarchisierung . . . . .	233
4. Und die staatliche Neutralität? Inklusive – exklusive Ordnung. . . . .	239
5. Zusammenfassung . . . . .	241
VI. UN-Frauenrechtskonvention . . . . .	243
1. Umfassendes Diskriminierungsverständnis . . . . .	243
2. Geschlechterstereotype im Konventionstext . . . . .	246
3. Völkerrechtsfreundliches Grundgesetz . . . . .	247
4. Impulse . . . . .	249
4.1 Geschlechtsstereotype Gesetzgebung . . . . .	249
4.2 Materiale Gleichheit und positive Maßnahmen . . . . .	250
4.3 Gerichtliche Maßstabbildung . . . . .	251
VII. Fazit . . . . .	252
1. Relationale Methodik . . . . .	252
2. Stereotypensensible Maßstabbildung . . . . .	253
3. Neoliberalismus und Emanzipation . . . . .	254

## § 4 Repräsentation

I. Einleitung . . . . .	258
1. Repräsentation und die Präsenz der Anderen . . . . .	258
1.1 Politics of Presence: Geschlecht . . . . .	259
1.2 Klasse . . . . .	261

2.	Geschlecht in der Staatsorganisation . . . . .	264
2.1	Leerstelle . . . . .	264
2.2	Institutionen und Föderalismus . . . . .	265
II.	Präsenz in staatlichen Institutionen . . . . .	267
I.	Demokratie . . . . .	267
I.1	Diagnose Unterrepräsentation . . . . .	267
I.1.1	Ursachen . . . . .	268
I.1.2	Institutionelle Antworten . . . . .	269
I.1.3	Frauenanteile in den Parlamenten . . . . .	272
I.1.4	Migrantinnen . . . . .	275
I.2	Verfassungspraxis . . . . .	276
I.2.1	Unitäre Volkssouveranität . . . . .	277
I.2.2	Individuelle Wahlrechtsgleichheit . . . . .	278
I.2.3	Rheinland-Pfalz: Wahlzettel . . . . .	281
I.2.4	Bayern: Paritätische Wahlvorschläge . . . . .	283
I.3	Relationale Demokratie – drei Vorschläge . . . . .	285
I.3.1	Gruppenrepräsentation . . . . .	286
I.3.2	Geschlechterdemokratie . . . . .	288
I.3.3	Effektive Repräsentation . . . . .	290
I.3.4	Paritätische Wahlrechtsreform . . . . .	291
I.4	Zusammenfassung: Potentiale einer relationalen Demokratie. . . . .	295
2.	Staatsämter: Judikative und Exekutive . . . . .	296
2.1	Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	297
2.2	Maskuliner Präzidentialismus – femininer Parlamentarismus . . . . .	299
2.2.1	McDonagh und Monopoli: autonome Exekutive . . . . .	299
2.2.2	Bundespräsidentenamt . . . . .	300
2.2.3	Bundeskanzleramt . . . . .	301
2.2.4	Bundesministerämter . . . . .	301
2.2.5	Ministerpräsidentenämter . . . . .	302
2.2.6	Zusammenfassung . . . . .	303
III.	Föderalismus . . . . .	304
I.	Grundgesetzliche Kompetenzordnung . . . . .	306
I.1	Länder als Gegengewichte zum Bund . . . . .	306
I.2	Gesetzgebung, Verwaltung und Finanzen . . . . .	307
I.3	Bottom-up: Institutionalisierung von Gleichstellungspolitik . . . . .	308
2.	Geschlechtliche Codierung der Gesetzgebungskompetenzen . . . . .	310
2.1	In den USA: What is truly national? . . . . .	310
2.2	Im Grundgesetz . . . . .	312
2.3	In der Rechtspraxis – Eilentscheidungen aus NRW . . . . .	313

3.	Kompetenzkonflikte um das Ernährermodell . . . . .	316
3.1	Europäische Impulse – Bundesinitiativen – Bayerische Gegeninitiativen . . . . .	316
3.1.1	Europäische Union: Soft Law und Richtlinien . . . . .	318
3.1.2	Bund: Bundeselterngeld und öffentliche Kinderbetreuung . . . . .	320
3.1.3	Freistaat Bayern: Landeserziehungsgeld und Betreuungsgeld . . . . .	323
3.2	Gesetzgebungskompetenzen . . . . .	325
3.2.1	Öffentliche Kinderbetreuung . . . . .	325
3.2.2	Betreuungsgeld . . . . .	328
3.2.3	Recht der Wirtschaft als geschlechtergerechte Ökonomie . . . . .	331
IV.	Fazit . . . . .	333
1.	Abstrakte Staatlichkeit . . . . .	333
2.	Geschlechtsloser Föderalismus . . . . .	334
	Schluss . . . . .	337
	Danksagung . . . . .	344
	Literatur . . . . .	345

# THEORIE DES RECHTS bei Velbrück Wissenschaft

Ino AUGSBERG

**Die Lesbarkeit des Rechts.** Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie. 224 S., geb., ISBN 978-3-938808-65-8, EUR 24,90

Oliver M. BRUPBACHER

**Die Zeit des Rechts.** Experimente einer Moderne in Zeitschriften. 368 S., geb., ISBN 978-3-938808-85-6, EUR 38,-

Sonja BUCKEL

**Subjektivierung und Kohäsion.** Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. 360 Seiten, geb., ISBN 978-3-938808-29-0, EUR 38,-

Andreas FISCHER-LESCANO

**Globalverfassung.** Die Geltungsbegründung der Menschenrechte. 351 S., geb., ISBN 978-3-934730-88-5, EUR 38,-

Marie-Luisa FRICK

**Menschenrechte und Menschenwerte.** Zur konzeptionellen Belastbarkeit der Menschenrechtsidee in ihrer globalen Akkommodation. 452 S., br., ISBN 978-3-95832-115-1, EUR 49,90

Andreas FUNKE / Konrad LACHMAYER (Hg.)

**Formate der Rechtswissenschaft.** 292 S., br., ISBN 978-3-95832-098-7, EUR 29,90

Jonas HELLER

**Mensch und Maßnahme.** Zur Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten, 350 S., geb., ISBN 978-3-95832-141-0, EUR 34,90

Wolfgang KERSTING

**Politik und Recht.** Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie. 432 S., geb., ISBN 978-3-934730-23-6, EUR 19,90

Lena KRECK

**Exklusionen / Inklusionen von Umweltflüchtlingen.** 260 S. br.,  
ISBN 978-3-95832-086-4, EUR 29,90

Andrea KRETSCHMANN

**Regulierung des Irregulären.** Carework und die symbolische Qualität des  
Rechts. Etwa 330 S. br., ISBN 978-3-95832-094-9, EUR 34,90

Andrea KRETSCHMANN (Hg.)

**Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus.** ca. 250 S., br., ISBN 978-3-95832-147-2,  
ca. EUR 39,90 (*erscheint April 2019*)

Julia KÜPPERS

**Die wahre Wahrheit über die Bodenreform.** Theoretische Betrachtungen  
rechtsgeschichtswissenschaftlicher Praxis. 308 S., geb.,  
ISBN 978-3-942393-85-0, EUR 29,90

Karl-Heinz LADEUR

**Die Textualität des Rechts.** Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts.  
Etwa 376 Seiten, broschiert, ISBN 978-3-95832-080-2, EUR 34,90

Benjamin LAHUSEN

**Rechtspositivismus und juristische Methode.** Betrachtungen aus dem All-  
tag einer Vernunftfehe. 238 S., geb., ISBN 978-3-942393-20-1, EUR 24,-

Christoph MÖLLERS

**Die drei Gewalten.** Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungs-  
staat u. Europäischer Integration. 240 S., geb., ISBN 978-3-938808-42-9,  
EUR 29,90

Sabine MÜLLER-MALL

**Performative Rechtserzeugung.** Eine theoretische Annäherung. 304 S.,  
geb., ISBN 978-3-942393-35-5, EUR 38,-

Laura MÜNKLER / Julia STENZEL (Hg.)

**Inszenerung von Recht,** etwa 280 S., br., ISBN 978-3-95832-173-1,  
EUR ca. 39,90 (*erscheint Juli 2019*)

Sven OPITZ

**An der Grenze des Rechts.** Inklusion/Ex-klusion im Zeichen der Sicherheit.  
448 S., geb., ISBN 978-3-942393-34-8, EUR 45,-

Jörn REINHARDT

**Der Überschuss der Gerechtigkeit.** Perspektiven der Kritik unter Bedingungen modernen Rechts. 272 S., geb., ISBN 978-3-938808-63-4, EUR 29,90

Julika ROSENSTOCK

**Vom Anspruch auf Ungleichheit.** Über die Kritik am Grundsatz bedingungsloser Menschengleichheit. 364 Seiten, geb., ISBN 978-3-942393-86-7, EUR 39,90

Stephan RÜBBEN

**Bedeutungskampf.** Zur Kritik der zeitgenössischen Rechtstheorie, 280 S., br., ISBN 978-3-95832-048-2, EUR 29,90

Philipp SAHM

**Elemente der Dogmatik,** Etwa 220 S., br., ISBN 978-3-95832-171-7, EUR ca. € 29,90 (*erscheint Mai 2019*)

Hans Jörg SANDKÜHLER

**Recht und Staat nach menschlichem Maß.** Einführung in die Rechts- und Staatstheorie in menschenrechtlicher Perspektive. 688 S., geb., ISBN 978-3-942393-52-2, EUR 49,90

Thomas VESTING

**Medien des Rechts – Sprache.** 216 S., geb., ISBN 978-3-942393-05-8, EUR 24,95

**Medien des Rechts – Schrift.** 232 S., geb., ISBN 978-3-942393-06-5, EUR 24,95

**Medien des Rechts – Buchdruck.** 232 S., geb., ISBN 978-3-942939-53-9, EUR 24,95

**Medien des Rechts – Computernetzwerke**  
240 S., geb., ISBN 978-3-942939-059-8, EUR 24,95

Lars VIELLECHNER

**Transnationalisierung des Rechts,** 432 Seiten, geb., ISBN 978-3-942393-67-6, EUR 49,95

Tim WIHL

**Form, Zeitlichkeit und Gleichheit der Grund- und Menschenrechte,** ca. 290 S., br., ISBN 978-3-95832-177-9, EUR ca. 39,90 (*erscheint Mai 2019*)



