

# Teilhabegerechtigkeit in der Rechtsetzung – Hegemoniale Positioniertheit im juristischen Paritätsdiskurs

Lea Rabe

**Abstract:** *Die Frage nach der Verfassungskonformität von Paritätsgesetzen bespielt den Titel „Zugang zu Recht“ auf zweierlei Weise: als Zugang zum wissenschaftlichen Diskussionsraum und als Zugang zum Staat. Der Beitrag untersucht die Paritätsdebatte anhand einer Diskursanalyse und setzt sich vorab mit der Anwendbarkeit der Methode in der Rechtswissenschaft auseinander. Die Analyse ergibt, dass der Paritätsdiskurs inhaltliche und personelle Ausschlüsse reproduziert. Repräsentation und materiale Gleichheit werden als Schlüsselbegriffe der Debatte freigelegt. Den Einwand, das letztere einer intersektionalen Reflexion bedarf, verarbeiten die verschiedenen Begründungsansätze für Parität unterschiedlich gut. Wird ein materiales, mehrdimensionales Verständnis struktureller Ungleichheit – entsprechend der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – aktiviert, erscheint als Alternative zu Parität ein demokratisches Antidiskriminierungsrecht.*

## *I. Recht und Diskurs als Verteilungsschlüssel gesellschaftlicher Macht*

Recht kategorisiert, erzeugt Zugänge und Ausschlüsse. Es ist folglich nicht nur ein Instrument der Emanzipation, sondern auch der Regulierung und (ver)schafft somit Macht. Das ist etwa für diesen Beitrag zu beobachten: Nicht allein das rege Interesse am Thema Parität, sondern auch subjektive Positioniertheit fungiert als Vorbedingung. Nach der Promotionsordnung ist die Verfasserin Doktorandin und damit hier grundsätzlich sprachbefugt. Recht (die Promotionsordnung) sortiert Menschen entlang von sozialen Ungleichheitsdimensionen (hier Klasse). Anhand dieser Kategorisierungen verteilt es Ansprüche, Teilhabechancen (Redebeiträge) und dadurch gesellschaftliche Macht.

Dieses Recht wird in Diskursen geschaffen. Der Paritätsdiskurs ist einer davon. Dominante Positionen in der Wissenschaft und Rechtspraxis formen diesen Diskurs und beeinflussen damit auch realpolitische Resultate. Dieser Beitrag soll nicht die Argumente für und gegen Parität wiederho-

len, denn diese sind mittlerweile vielerorts nachvollziehbar.<sup>1</sup> Vielmehr werden die Dynamiken der Debatte und ihre Wirkungen anhand einer Diskursanalyse untersucht. Dabei müssen zunächst die Anwendbarkeit und Ausformung der Methode auf diese rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung begründet werden. Der Verlauf der Paritätsdiskussion lässt drei Zäsuren erkennen. Es wird nach den Themen in den jeweiligen Phasen gefragt – und wo blinde Flecken bestehen. Richtungsweisend sind Vorverständnisse von Repräsentation und Gleichheit. Hier relevant wird Konzept der Intersektionalität, mit dem sich die Lösungsansätze für Parität auseinandersetzen müssen. Möglicherweise bietet sich zur Problemlösung ein antidiskriminierungsrechtlicher Ansatz an.

## II. Zur diskursanalytischen Herangehensweise in der Rechtswissenschaft

Diese Diskursanalyse orientiert<sup>2</sup> sich an den sozialwissenschaftlichen Ansätzen von *Jäger* und *Schweitzer*. Den komplexen Begriff des Diskurses definiert *Jäger* als „gesellschaftliche Redeweisen [...], die institutionalisiert sind, also gewissen – veränderbaren – Regeln unterliegen und die deshalb Machtwirkung besitzen, weil und sofern sie Handeln von Menschen bestimmen“<sup>3</sup>. Die Paritätsdiskussion ist vornehmlich wissenschaftlich und in den Fachmedien institutionalisiert, findet aber auch vor Gericht und in der Politik statt.<sup>4</sup> Machtwirkung hat sie, weil sie Recht gestaltet. Die Regeln, denen die Debatte folgt, sollen hier genauer untersucht werden.

---

1 Hervorhebenswert: *Achenbach*, Anlage zu LT Brandenburg, P-HA 6/49, Sitzung am 5.6.2019 und *Morlok/Hobusch*, Anlage zu LT Thüringen, AIK 73/6, Sitzung vom 6.6.2019.

2 Aus Platzgründen kann nicht näher auf die Feinanalyse eingegangen werden. Bedient werden *Jägers* Grundprinzipien 1-3 und 5; dies reicht aus, um die Diskursdynamik freizulegen, *dies.*, Diskursanalyse: Ein Verfahren zur kritischen Rekonstruktion von Machtbeziehungen, in: Becker/Kortendiek (Hrsg.), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie*, 3. Aufl. 2010, S. 386 (389).

3 *Jäger*, Diskursanalyse (Fn. 2), S. 386.

4 Daraus ergibt sich das Diskursmaterial: Beiträge in rechtswissenschaftlichen Fachzeitschriften, Monografien, gutachterliche Stellungnahmen sowie die (von der Literatur beeinflussten und rezipierten) Urteile der Landesverfassungsgerichte, die sich mit der verfassungsrechtlichen Dimension der Frage nach gesetzlichen und freiwilligen (erste Diskursphase) Parteiquoten befassen, ferner auch sich in die Debatte einspeisende politikwissenschaftliche Äußerungen, produzieren die Diskursdynamiken. Das hier beispielhaft zitierte Material wurde durch Sichtung

Dies bedarf zunächst einer historischen Einordnung des Diskurses mit seinen verschiedenen Diskurssträngen. Notwendig ist ebenfalls, die inhaltlichen Schwerpunkte nebst ihrer Entwicklung herauszuarbeiten. Die anknüpfende Strukturanalyse des Diskursmaterials bietet einen Überblick über die Streuung dominanter Themen im Gesamtdiskurs, die dann genauer untersucht werden können.<sup>5</sup> Diskursanalysen stammen aus der soziologischen Diskursforschung und sind in der Rechtswissenschaft eine Ausnahmeerscheinung.<sup>6</sup> Dabei können sie ein wertvolles Instrument darstellen, um Machtdynamiken aufzudecken.

Bei interdisziplinärer Arbeit drängt sich die Methodenfrage auf; eine zufriedenstellende Antwort für die Rechtswissenschaft steht noch aus.<sup>7</sup> Auch ist die konkrete diskursanalytische Methode stets abhängig vom Untersuchungsgegenstand.<sup>8</sup> Vor diesem Hintergrund kann sich der vorliegende Beitrag nur darauf beschränken, die Anwendbarkeit der hier gewählten spezifischen Form der Analyse des Paritätsdiskurses kohärent zu begründen.

Die von *Foucault* für Wahrheitsdiskurse entwickelte Diskursanalyse auf das Recht als normativen Diskurs anzuwenden, begegnet besonderen Bedenken.<sup>9</sup> Denn Recht sagt nicht, was wahr ist, sondern was sein soll. Der juristischen Auseinandersetzung ist der Streit um die Ausfüllung bewusst deutungs offen gehaltener Begriffe (etwa unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln) immanent.<sup>10</sup> Interessant sind deswegen nicht primär die Fortentwicklung von Wissen und Widersprüchlichkeiten dieses Prozesses, sondern vor allem Mechanismen der Stagnation und Nichtthematisierung.<sup>11</sup> Diskursanalysen sind als Instrument der Abbildung von Machtdynamiken bei der juristischen Wissensproduktion durchaus sinnvoll; sie betreffen aber nicht Bedingungen des Wahrsprechens, sondern das juristische Sprechen.<sup>12</sup>

---

der Bibliotheksbestände (VKV), juristischen Datenbanken und Online-Foren sowie (landes)parlamentarischer Vorgänge zusammengestellt.

5 *Jäger*, Diskursanalyse (Fn. 2), S. 389.

6 Im Ansatz etwa bei *Westphal*, Deutungshoheit über Texte, 2019, S. 123 ff. und *Klafki*, DÖV 2020, 856 ff.

7 Unsicherheiten bzgl. interdisziplinärem Arbeiten und methodischer Absicherung waren wiederkehrende Gesprächsinhalte der 61. JTÖR.

8 *Jäger*, Diskursanalyse (Fn. 2), S. 389; *Schweitzer*, ZfRSoz 35 (2015), 201 (202).

9 *Schweitzer*, ZfRSoz 35 (2015), 201 (203 f.).

10 *Schweitzer*, ZfRSoz 35 (2015), 201 (216).

11 *Schweitzer*, ZfRSoz 35 (2015), 201 (216).

12 *Schweitzer*, ZfRSoz 35 (2015), 201 (215) mit Hinweisen auch auf die Ansätze *Webers*, *Habermas* und *Luhmanns* auf S. 217.

Allerdings ist es im Paritätsdiskurs durchaus Usus, eigene Aussagen als Wahrheit auszuweisen. Insbesondere die Verfassungstheorie ist mit scheinbar zwingenden Annahmen über das „gute Leben“ im Staat überfrachtet. Das meint sowohl die Staatsorganisation als auch die Abwägung individueller Freiheit und Gleichheit. Normative Aussagen des Rechtsdiskurses lösen sich nicht vollends von einem Wahrheitsanspruch, der über die vier Auslegungskriterien (Grammatik, Systematik, Entstehungsgeschichte, Teleologie) zu substantiieren gesucht wird. Das dargestellte diskursanalytische Verfahren bietet sich also für die Untersuchung des Paritätsdiskurses an, weil mit ihm Machtausübungsdynamiken offengelegt werden, die zu einer Verfestigung der hegemonialen Argumentationsmuster führen. Die Zugangschancen zum Diskurs sind aufgrund der Parameter Äußerungssubjekt und -inhalt ungleich verteilt. Sind die Machtausübungsdynamiken freigelegt, schließen sich Fragen nach den dahinterstehenden personellen und inhaltlichen Hegemonien an.

### III. Historische Untersuchung: Die drei Zäsuren im Paritätsdiskurs

Erster Schritt meiner Diskursanalyse ist daher die Untersuchung des Verlaufs der Paritätsdebatte, um inhaltliche dominierende Themen aufzuzeigen. Über Parität wird rechtswissenschaftlich seit den späten achtziger Jahren diskutiert, damals allerdings vor allem in Bezug auf freiwillige Quoten in Parteisatzungen. 2015 hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Quotenregelungen bei der Wahl zu Parteiämtern mit Hinweis auf die herrschende Meinung bestätigt: Diese entsprächen der Parteienfreiheit.<sup>13</sup>

Davon zu unterscheiden – und hier vorrangiger Untersuchungsgegenstand – ist die Debatte um gesetzliche Quoten. Diese wurde über Jahre hinweg insbesondere von *Laskowski* vorangetrieben.<sup>14</sup> An Schwung deut-

---

13 BVerfG, Beschl. v. 1.4.2015 – 2 BvR 3058/14, juris, Rn. 25 m. w. N.

14 *Laskowski*, Gleichberechtigung und Demokratie, in: Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Kassel (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz. Vortragsreihe, Kassel 2010, <https://www.uni-kassel.de/ub/index.php?id=39129&h=9783862190027> (17.6.2021), S. 119 ff.; *dies.*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gesetzlicher Paritéregelungen für die Kommunal- und Landtagswahl in Thüringen, Gutachten im Auftrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Landtagsfraktion Thüringen, 2014, <https://www.aktionsbuendnis-parite.de/presse/> (17.6.2021); *dies.*, STREIT 2/2015, 51 ff.; *dies.*, Verfassungsrechtlicher Hintergrund der Popularklage „Paritätisches Wahlrecht in Bayern“ vom 30.11.2016, 2016, <https://www.aktionsbuendnis-parite.de/download-pdfs/> (17.6.2021).

lich aufgenommen hat die Auseinandersetzung in den vergangenen drei Jahren. Die Entwicklung fällt zusammen mit dem Erlass der Paritätsgesetze in Brandenburg und Thüringen im Jahr 2019 und diese wiederum mit dem einhundertjährigen Jubiläum des Frauenwahlrechts, das wohl zur Reflexion der Rolle von Frauen in der Politik anregte.<sup>15</sup> Nach den Gesetzeserlassen haben sich debattenförmige Prozesse entwickelt: So etwa die Auseinandersetzung von *Morlok/Hobusch* und *Meyer* in DÖV und NVwZ, in der djbZ, aber vor allem auch online: Auf JuWiss und dem Verfassungsblog. Hier erschien zum ersten Paritätsurteil aus Thüringen im Juli 2020 das Symposium „Gender Parity in Parliaments“<sup>16</sup>. Dabei hat das Urteil aus Thüringen selbst Debattencharakter, denn es erging mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit nebst zwei umfangreichen Sondervoten.

Erkennbar sind also drei Marker im Verlauf: Die Diskussion um freiwillige Quoten, die Landesparitätsgesetze und die Urteile der Landesverfassungsgerichte.<sup>17</sup>

Am 2. Februar 2021 veröffentlichte das Bundesverfassungsgericht zudem einen Wahlprüfungsbeschluss zum Thema Parität. Es hatte über eine Wahlprüfungsbeschwerde zur Wahl des 19. Bundestages zu entscheiden. Die Beschwerdeführerinnen hatten die nichtparitätische Nominierung von Kandidatinnen und Kandidaten als einen erheblichen und beachtlichen Wahlfehler gerügt.<sup>18</sup> Die paritätische Ausgestaltung des Wahlrechts sei verfassungsrechtlich geboten, um die Chancengleichheit von Kandidaten und Kandidatinnen und die effektive Einflussnahme auch des weiblichen Bevölkerungsanteils auf die politische Willensbildung sicherzustellen. Das Bundesverfassungsgericht wies die Beschwerde wegen mangelnder Substantiierung als unzulässig zurück.<sup>19</sup> Im Beschluss zeichnet sich ab, dass das Grundgesetz jedenfalls keine *Pflicht* zur Einführung von Parität statuiert.<sup>20</sup> Die Auswirkungen des Beschlusses auf die Debatte sind noch nicht absehbar. Bisher reagierten vor allem die Presse und soziale Medien. Die ersten Beiträge in Fachmedien spiegeln durchaus die Polarität der Reaktio-

15 Beispielhaft ist die „Jubiläumskampagne“ des BMFSFJ und der EAF Berlin, die zwischen Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft vermittelt, <https://www.100-jahre-frauenwahlrecht.de/jubilaum/> (17.6.2021).

16 <https://verfassungsblog.de/category/debates/gender-parity-in-parliaments-debates/> (17.6.2021).

17 ThVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, NVwZ 2020, 1266; VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 55/19, juris; gemeinsam ergangen mit VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 9/19, juris.

18 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, NVwZ 2021, 469 (470).

19 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, NVwZ 2021, 469 Rn. 35.

20 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, NVwZ 2021, 469.

nen wider: Während die einen „Todesstoß“<sup>21</sup> für Parität erkennen wollen, nehmen andere eine grundsätzliche Offenheit des Gerichts für Begründungsansätze für Parität wahr; diese ließen sich möglicherweise auf das Demokratieprinzip, vor allem aber Art. 3 Abs. 2 GG stützen.<sup>22</sup> Interessant ist insbesondere, dass das Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als ein der Parteienfreiheit und den Wahlrechtsgrundsätzen gleichrangiges Verfassungsgut ausweist.<sup>23</sup> Diese Hervorhebung des Gleichberechtigungsauftrags hebt sich von den landesverfassungsgerichtlichen Urteilen ab.

#### IV. Strukturanalyse: Dominante und vernachlässigte Themen des Paritätsdiskurses

In einem nächsten Schritt folgt eine Strukturanalyse. Gefragt wird nach Thematisierungen sowie Dethematisierungen in den jeweiligen Abschnitten.

##### 1. Personelle Hegemonien: Keine Reflexion der Subjektpositionen

Schon die erste Phase verdeutlichte den groben verfassungsrechtlichen Diskussionsrahmen: Es geht um die Wahlrechtsgrundsätze, das Abgeordnetenmandat, die Status der Parteien, Art. 3 GG und das Demokratieprinzip. Worüber nicht gesprochen wurde, ist *wer* spricht: Nämlich mehrheitlich männliche Autoren.<sup>24</sup> Der Grund hierfür ist simpel: Es gab nur wenige Verfassungswissenschaftlerinnen. Der Anteil der Jura-Doktorandinnen lag

---

21 So der kurze Kommentar zur klausurtauglichen Aufbereitung bei *Wüstenbecker*, RÜ 2021, 179 (182).

22 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, NVwZ 2021, 469 Rn. 83, 94 ff.; so *Valentiner*, How to...Paritätsgesetz, Mit dem Bundesverfassungsgericht zur verfassungskonformen Regelung, 2021, <https://verfassungsblog.de/how-to-paritatsgesetz/> (17.6.2021), die Skepsis gegenüber einer Begründung mit dem Demokratieprinzip äußert.

23 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, NVwZ 2021, 469 Rn. 97, 99; *Valentiner*, Paritätsgesetz (Fn. 22).

24 *Nohlen*, ZParl 18 (1987), S. 228 (231); *Lange*, NJW 1988, 1174 ff.; *Maidowski*, Umgekehrte Diskriminierung, 1988, S. 196 ff.; *Heyen*, DÖV 1989, 649 ff.; v. *Nieding*, NVwZ 1994, 1171 ff.; sowie die Kommentarliteratur ggü. *Slupik*, JR 1990, S. 317 ff.; *Eulers*, Frauen im Wahlrecht, 1991; *Deller*, Die Zulässigkeit von satzungsrechtlichen und gesetzlichen Quotenregelungen zugunsten von Frauen in politischen Parteien, 1994.

in den Jahren 1980 bis 1990 zwischen ca. 8 und 16%, von Professorinnen bei ca. 1,5 bis 2% und bei Dozentinnen und Assistentinnen sogar rückläufig zwischen 18 und 14% – insgesamt, nicht nur im Öffentlichen Recht.<sup>25</sup> Die akademische Qualifikation wirkt als Mechanismus der Diskursregulierung in Form der Zugangsbegrenzung. Dabei bleibt die ungleiche Verteilung von Qualifikationschancen unreflektiert. Frauen erleben Ausschlussprozesse in der Rechtswissenschaft unter anderem aufgrund vergeschlechtlichter Substrukturen (beispielsweise aufgrund homosozialer Kooptation zwischen Männern), dem Mangel an geeigneten Mentor:innen sowie tatsächlichen oder erwarteten Vereinbarkeitsproblemen aufgrund vergeschlechtlichter Arbeitsteilung.<sup>26</sup>

In der zweiten Diskussionsphase entstand dann teilweise ein Bewusstsein für die Vermachtung der Debatte. Das gilt insbesondere für die thematisierbaren Inhalte. Zwar wurde nicht gefragt, *wer* diskutiert, zumindest aber nach den inhaltlichen Dominanzen und ihren Wirkungen. Vereinzelt wurden Meta-Analysen insbesondere in Bezug auf die demokratie- und repräsentationstheoretischen Grundannahmen veröffentlicht.<sup>27</sup>

## 2. Erster Diskussionsinhalt: Verdeckte repräsentationstheoretische Vorannahmen

In der zweiten und dritten Diskursphase zeichnete sich mit zunehmender Deutlichkeit eine inhaltliche Hegemonie der monistischen und interessenpluralistischen Repräsentationstheorien ab. Denn argumentiert wird vor allem mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (Gesamtrepräsentation, freies Mandat) und innerparteilichen Aggregationsprozessen.<sup>28</sup> Monismus bedeutet, das

---

25 *Schultz u. a.*, De jure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft, 2018, S. 159; aktuelle Zahlen und Befund anhaltender „eklatanter Unterrepräsentanz“ auch bei *Sacksofsky/Stix*, KJ 51 (2018), 464 (473).

26 *Schultz u. a.*, De jure (Fn. 25), S. 452 f.

27 *Röhner*, Ungleichheit und Verfassung, 2019, S. 276 ff.; *Wapler*, JöR 67 (2019), 427 ff.; *dies.*, Die Crux mit der Quote – Paritätsgesetze und demokratische Repräsentation, 2019, <https://www.kas.de/de/analysen-und-argumente/detail/-/content/die-crux-mit-der-quote> (17.6.2021), S. 7 ff.; *Mangold*, Repräsentation von Frauen und gesellschaftlich marginalisierten Gruppen als demokratietheoretisches Problem, in: Eckertz-Höfer/Schuler-Harms (Hrsg.), Gleichberechtigung und Demokratie – Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-)Wissenschaftliche Annäherungen, 2019, S. 111 ff. – Die frühe Analyse *Eulers* wurde zum Veröffentlichungszeitpunkt nicht rezipiert, *dies.* (Fn. 24), S. 68 ff.

28 Früh zum Vorgang in Rheinland-Pfalz schon *Jutzi*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung „Gendergerechte Demokratie“ am 10. Februar 2012 in der Enque-

Volk homogen als Einheit zu denken, das einen Gemeinwillen hat. Partikularinteressen sind dann nicht von Belang. Das Volk als überindividuelle geistige Gemeinschaft kann nur als eben solche, als politische Idee, nicht aber als pluralistische Gemeinschaft von Individuen, repräsentiert werden.<sup>29</sup> Das geht zurück auf *Leibholz* und *Schmitt*. Die Autoren begreifen das Volk als ideelle Einheit, die es mehr als darzustellen gilt: Repräsentation ist Schöpfungsakt. Das Heterogene müsse nach *Schmitt* nötigenfalls ausgeschieden oder vernichtet werden;<sup>30</sup> Repräsentation sei der Vorgang, der das Volk erst existent werden lasse als politische Einheit in Willen und Wirken (abbildend-monistische Repräsentation).<sup>31</sup> Anknüpfungspunkt in diesen Phasen der Paritätsdebatte ist Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG: Abgeordnete sind Vertreter des ganzen Volkes.<sup>32</sup> Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG lässt sich aber auch kollektiv-prozessual lesen: Die Abgeordneten sind dann in ihrer Gesamtheit für die Gemeinwohl*produktion* verantwortlich.<sup>33</sup> Hier knüpfen prozessual-pluralistische, interessenbezogene Repräsentationstheorien an.<sup>34</sup>

---

te-Kommission 16/2 „Bürgerbeteiligung“, S. 11 f.; weitere Nachweise bei *Wapler*, *Crux* (Fn. 27), S. 8 ff.

- 29 *Leibholz*, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Aufl., 1966, S. 46, 48, 63 f.; *Neumann*, Repräsentation als staatsrechtswissenschaftliches Thema vom Vormärz bis heute, in: Voigt (Hrsg.), Repräsentation. Eine Schlüsselkategorie der Demokratie, 2019, S. 15 (28 ff.).
- 30 *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus, 10. Aufl. 2017 [1923], S. 14.
- 31 *Leibholz*, Repräsentation (Fn. 29), S. 47 (57 f.); *Schmitt*, Verfassungslehre, 5., unveränderte Aufl. 1970 [1928], S. 10, 209 ff., 223; hierzu *Fraenkel*, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie [1964], in: v. Brünneck, (Hrsg.), Ernst Fraenkel, Gesammelte Schriften, 6 Bd., Bd. 5, Demokratie und Pluralismus, 2007, S. 256 (264 f.); *Hofmann*, Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 6., unveränderte Aufl., 2020, S. 125.
- 32 Die ideelle Theorie begreift das *abbildend*: Die einzelnen Abgeordneten an sich verkörpern das Gemeinwohl. Daneben gibt es eine, eng verwandte, prozessual-monistische Wendung: Die einzelnen Abgeordneten *produzieren* in *individuellen* Reflexionsprozessen das Gemeinwohl.
- 33 So der BayVerfGH, *Entsch. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16*, NVwZ-RR 2018, 457 Rn. 112: Das freie Mandat soll die jeweiligen Abgeordneten befähigen, am „Integrationsprozess der Herausbildung eines überindividuellen Gesamtwillens mitzuwirken“.
- 34 *Fraenkel*, Pluralismus (Fn. 31), S. 280; *Hofmann/Dreier*, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 5 Rn. 23.



Röhner hat herausgearbeitet, dass der Interessenpluralismus soziale Ungleichheit dethematisiert.<sup>35</sup> Die Artikulationsbedingungen im politischen Wettbewerb werden nicht reflektiert. Dies kann durch teilhabe- und perspektivitätsbezogene Repräsentationstheorien überwunden werden, auf die sogleich eingegangen werden soll. Dass es verschiedene Konzepte gibt, wird zumeist verschwiegen.<sup>36</sup> Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und das Demokratieprinzip werden mit der herrschenden Meinung als monistisch und interessenpluralistisch in Stellung gebracht. Sofern Beiträge überhaupt ihre repräsentationstheoretischen Grundannahmen offenlegen, setzen sie sich regelmäßig nicht mit deren historischer Perspektivität auseinander. Wenn aber Repräsentation mit dem formal gleichen Wahlrecht gleichgesetzt wird, gilt zu berücksichtigen, dass diese aus einer spezifischen Situation erwachsen ist, um spezifische Probleme zu lösen.<sup>37</sup> Die Übertragbarkeit auf Problemlagen einer modernen, sozial zerklüfteter Gesellschaft müsste begründet werden.

Immer wieder finden sich allerdings Gedanken zu „spiegelbildlicher Repräsentation“<sup>38</sup>. Die Drohkulisse eines vermeintlich wiederkehrenden „Ständestaates“ wirkt, doch handelt es sich hierbei um einen rhetorischen Strohhalm. Dieser passt sich *prima facie* gut in das Argumentationsschema um Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein. Das freie Mandat bringe zum Ausdruck, dass eine inhaltliche Bindung an regionale und gesellschaftliche Gruppen unerwünscht sei.<sup>39</sup> Ein spiegelbildliches, besser als abbildend-pluralistisches zu beschreibendes Repräsentationsverständnis ist aber nicht Kern der paritätischen Forderung. Im Vordergrund stehen pluralistische Prozesse und die Reflexion von Gleichheit im Verfassungsstaat.

35 Röhner, DER STAAT 59 (2020), S. 421 (430).

36 Selbst in ihrer zunächst ausführlischer wirkenden Auseinandersetzung lesen Iwers/Platter ohne nähere Begründung nur einen formal-autorisierenden Repräsentationsbegriff ins Grundgesetz ein und lassen so materiale Repräsentation unberücksichtigt, *dies.*, Geschlechterparität bei Landtagswahlen, LT Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst, 2018, S. 54 f.; oberflächlich bleiben auch Morlok/Hobusch, DÖV 2019, 14 (17).

37 Röhner, DER STAAT 59 (2020), S. 421 (438 f.).

38 BayVerfGH, Entschd. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16, NVwZ-RR 2018, 457 Rn. 114, Jutzi, Stellungnahme (Fn. 28), S. 9 ff.; Burmeister/Greve, ZG 34 (2019), 154 (162); Pernice-Warneke, DVBl. 2020, 81 (86); differenzierter v. Ungern-Sternberg, JZ 2019, 526 (531 f.).

39 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, NVwZ 2021, 469 Rn. 66; Butzer, NdsVBl. 2019, 10 (16).

### 3. Zweiter Diskussionsinhalt: Materialer und formaler Gleichheitsbegriff

Neben dem Verständnis von Repräsentation bildet jenes von Gleichheit die zweite Schlüsselfrage der Debatte. Ein breiteres Bewusstsein hierfür besteht seit der zweiten Phase des Diskurses.<sup>40</sup> Gegenüber stehen sich ein formaler und materialer Gleichheitsbegriff. Die formale Gleichheit ist ein Produkt der liberalen Demokratie, der Egalisierung der Staatsbürgerlichkeit. Sie durchzieht die verfassungsrechtliche Argumentation gegen Paritätsgesetze als ein roter Faden und wird immer dann ersichtlich, wenn der allgemeine oder die speziellen Gleichheitssätze bespielt werden: Bei den Differenzierungsverboten der Wahlrechtsgleichheit, der Chancengleichheit der Parteien und den Absätzen 2 und 3 des Art. 3 GG – jedenfalls in ihrer traditionellen Lesart. Formale Gleichheit meint: Alle sind vor dem Gesetz gleich. Dem wird entgegengehalten: Die Gesellschaft und damit auch die staatsbürgerlichen Partizipationsbedingungen sind ungleich. Das gelte es aufzuholen.

Materiale Gleichheit wurde vereinzelt schon in der ersten Phase des Diskurses betont.<sup>41</sup> In der zweiten Phase wurden dann vermehrt das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität in Stellung gebracht.<sup>42</sup> Es heißt hier: Materiale Gleichheit knüpft an die allgemeine Menschengleichheit an und zielt auf die größtmögliche Freiheit aller Herrschaftsunterworfenen ab; sie fordert daher gleiche Zugänge zur Staatsgestaltung ein. Ein materiales Gleichheitsverständnis setzt also die Einebnung von Partizipationshindernissen voraus. Angesichts vermachteter Sozialstrukturen ist materiale Gleichheit nichts anderes als die logische Konsequenz der liberalen Theorie des Staates als Zusammenschluss freier und gleicher Subjekte; ein demokratisches Prinzip.<sup>43</sup> Formale Gleichheit hingegen produziere Ausschlüsse.

Dieser Argumentationsstrang hat durch das Paritätsurteil aus Thüringen und dessen Rezeption im genuinen Paritätsdiskurs noch einmal Aufwind erlangt. Auf der Zeitachse markiert dies die dritte Zäsur des Paritätsdis-

---

40 Röhner, Ungleichheit (Fn. 27), S. 293; Wawzyniak, in: LT Bbg, P-AIK 6/45 vom 25.5.2018, S. 16; Laskowski, Pro Parité! Ein verfassungskonformes Wahlrechtsmodell, in: Eckertz-Höfer/Schuler Harms (Fn. 27), S. 125 (139 ff.), die für ein „Recht der Bürgerinnen und Bürger auf gleichberechtigte demokratische Teilhabe und effektive Einflussnahme“ sowie einen „Anspruch auf tatsächliche Chancengleichheit der Wahlbewerberinnen“ argumentiert; Wapler, JÖR 67 (2019), 427 (447).

41 Eulers (Fn. 24), S. 87 f.

42 Sacksofsky, JÖR 67 (2019), 377 (390); Wapler JÖR 67 (2019), 427 (429, 432).

43 BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 (208).

kurses. Die Senatsmitglieder *Licht* und *Petermann* aus Thüringen stellen in ihrem Sondervotum explizit auf materiale Gleichheit ab und berufen sich auf einen soziologischen Begriff der strukturellen Diskriminierung<sup>44</sup>. Darunter verstehen sie die Benachteiligung einzelner Gruppen aufgrund der Organisation der Gesellschaft. Die strukturelle Benachteiligung von Frauen sei aufzuarbeiten; hierfür eigne sich die Quote, die im Förderauftrag in der Landesverfassung beziehungsweise des Grundgesetzes<sup>45</sup> ihr rechtliches Fundament finde.

Erkennbar ist die Entwicklung von Gleichheitsrechten hin zu materialer Gleichheit. Dies hat *Mangold* in einem Drei-Phasen-Modell herausgearbeitet.<sup>46</sup> Die erste Phase sei durch die Versagung der Rechtsgleichheit gekennzeichnet. Damit einher gehe die Aberkennung der gleichen Menschenwürde der Ausgeschlossenen.<sup>47</sup> In der zweiten Phase folge die rechtliche Gleichstellung. Insofern würden die aus der Aberkennung gleicher Würde herrührenden Differenzierungen abgebaut.<sup>48</sup> Instrument der Angleichung sind formale Differenzierungsverbote. Der Gleichheitsbegriff der dritten Phase, ein materialer, eigne sich schließlich, um die tatsächliche Gleichberechtigung gegen faktische Diskriminierung durchzusetzen und so an den gesellschaftlichen Machtverhältnissen zu rütteln. Dies kann durch die Auslegung von Gleichheitssätzen als Dominierungs- beziehungsweise Hierarchisierungsverbote geschehen.<sup>49</sup> Dem gehe die Einsicht voraus, dass das formale Gleichheitsverständnis Machtstrukturen unberührt lasse, denn

44 ThVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, NVwZ 2020, 1266 (1275).

45 Dass die Senatsmehrheit einzig Art. 2 Abs. 2 ThürVerf heranzieht und nicht Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als „Auffanggrundrecht“ prüft, ist nicht zu beanstanden, denn Art. 142 GG begründet als *lex specialis* zu Art. 31 GG die „Doppelspurigkeit“ des Grundrechtsschutzes auf Landes- und Bundesebene, aufgrund derer auch Minder- und Mehrgeährleistungen wirksam bleiben können, hierzu BVerfG, Beschl. v. 15.10.1997 – 2 BvN 1/95, BVerfGE 96, 345 (365) und *Rozek*, AöR 119 (1994), 450 (464).

46 *Mangold*, RphZ 2 (2016), 152 (160 ff.); ähnlich schon früher *Sacksofsky*, Diskriminierung und Gleichheit – aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Opfermann (Hrsg.), Unrechtserfahrungen. Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur, 2007, S. 31 (38 ff.).

47 *Mangold*, RphZ 2 (2016), 152 (160).

48 *Mangold*, RphZ 2 (2016), 152 (160).

49 *Mangold*, RphZ 2 (2016), 152 (161 f.) mit Hinweisen auf die zugrundeliegenden Arbeiten von *MacKinnon*, *Baer* und *Sacksofsky*.

vermeintlich neutrale Vorschriften wirkten sich auf verschiedene gesellschaftliche Gruppen andersartig aus.<sup>50</sup>

### V. Mangelnde Reflexion von Diskursinhalt und -akteuren

Fragen wir wieder: Wer spricht worüber (nicht) und was bewirkt das? Zunächst einmal: Auch in der dritten Phase wird kaum gefragt, wer spricht.<sup>51</sup> Deutlich wird dies etwa in Bezug auf enby-Personen<sup>52</sup>, also solchen, deren Geschlecht nicht der binären Geschlechterordnung folgt. Als Sprachrohr für enby-Personen hat sich bisher vor allem die Piratenpartei Brandenburg positioniert und eine Beschwerde beim Landesverfassungsgericht gegen das Paritätsgesetz eingelegt.<sup>53</sup> Nicht-binäre Stimmen in Fachzeitschriften, sonstigen wissenschaftlichen Publikationen oder den Spruchkörpern fehlen.

Enby-Personen wurden auch inhaltlich in der Paritätsdebatte lange vernachlässigt. Im Anschluss an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Dritten Option erhöhte sich ihre Sichtbarkeit.<sup>54</sup> Dabei liegt ihr Einbezug gegenüber anderen marginalisierten Gruppen aufgrund der Verortung der Diskussion in der Ungleichheitsdimension Geschlecht doch eigentlich nahe und ist ihre Berücksichtigung doch gerade Konsequenz der materialen Gleichheit. Doch wird dies im Paritätsdiskurs mehr als Bedrohung denn als Chance wahrgenommen: Das Landesverfassungsgericht Brandenburg etwa stellte in Bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ausschließlich auf eine Benachteiligung von Männern und Frauen gegenüber personenstandsrechtlich als „divers“ oder ohne Geschlechtseintrag registrierten Per-

---

50 Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 2. Aufl., 1996, S. 97; *Man-gold*, RphZ 2 (2016), 152 (161).

51 Vereinzelt wurde darauf hingewiesen, dass die einzigen beiden Richterinnen des Thüringer Verfassungsgerichtshofes ihre Argumentation für Parität entgegen der männlichen Mehrheit in den Sondervoten behaupteten; kritische Reaktionen kamen überwiegend von Juristinnen, hierzu *Klafki*, DÖV 2020, 856 (862).

52 Begriffserklärung im queerfeministischen Glossar der TU Dortmund: <http://gleichstellung.tu-dortmund.de/cms/de/Themen/klargestellt/index.html#007-Enby> (17.6.2021).

53 Für erledigt erklärt durch VfGBbg, Beschl. v. 11.12.2020 – VfGBbg 16/19, juris.

54 Das BVerfG entschied, dass die geschlechtliche Identität von enby-Personen sowohl durch Art. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) als auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützt werde, BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 (1).

sonen ab, denen eine größere Auswahl an Listenplätzen zur Verfügung stehe. Auf einen Vergleich zwischen Männern und Frauen komme es nicht an. Dem liegt wiederum formale Gleichheit zugrunde, die die spezifische Marginalisierung von enby-Personen nicht reflektiert.

## VI. Intersektionale Parität – ein Oxymoron?

Weiterführend hingegen ist die Frage nach einem Ansatz für Parität, der kohärent aus pluralistischer Repräsentationstheorie und materialer Gleichheit folgt. Nichtbinarität bettet sich in eine intersektionale Reflexion ein, die die Chance einer weiterreichenden Analyse zugrundeliegender Machtstrukturen birgt.

Intersektionalität meint mit *Crenshaw* die Verschränkung mehrerer, Ungleichheit produzierender Strukturkategorien.<sup>55</sup> Aus einer Analyse mehrerer US-amerikanischer Gerichtsurteile zur Diskriminierung Schwarzer<sup>56</sup> Frauen schloss sie, dass Schwierigkeiten für Mehrfachdiskriminierte immer dann entstehen, wenn verlangt wird, dass diese die Ungleichbehandlung entlang einer eindimensionalen Ungleichheitsachse begründen.<sup>57</sup> Ohne ein Verständnis für das Zusammenwirken mehrerer Strukturkategorien kann Diskriminierung nicht umfassend begriffen werden, weil durch die eindimensionale Herangehensweise ein Verständnis für die Heterogenität von sozialen Gruppen und der damit verbundenen Binnenhierarchisierung verloren geht.<sup>58</sup> So erfahren Schwarze Frauen sowohl doppelte Diskriminierung – nämlich als Schwarze und als Frauen – als auch spezifische Diskriminierung durch die Verschränkung der beiden Ungleichheitsachsen der rassistischen Diskriminierung und Vergeschlechtlichung.<sup>59</sup>

Eine intersektionale Herangehensweise ermöglicht also eine tiefergreifende Auseinandersetzung mit den zugrundeliegenden Herrschaftssysteme-

---

55 Grdl.: *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Policy and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum 1/1989, 141 ff.

56 Zu Schreibweise und rassismussensibler Sprache: GWI/CIJ (Hrsg.), „Reach Everyone on the Planet...“ – Kimberlé Crenshaw und die Intersektionalität, 2019, <https://www.gwi-boell.de/de/reach-everyone-planet-kimberle-crenshaw-und-die-intersektionalitaet> (17.6.2021).

57 *Crenshaw* (Fn. 55), 149.

58 *Crenshaw* (Fn. 55), 140, 151; *Baer*, Der problematische Hang zum Kollektiv und ein Versuch, postkategorial zu denken, in: Jähner/Aleksander/Kriszio (Hrsg.), Kollektivität nach der Subjektkritik, 2013, S. 47 (53).

59 *Crenshaw* (Fn. 55), 149; *Roig*, djBZ 22, Heft 2, 71 (71).

men als eine nur eindimensionale Vergleichslogik. Das heißt, die Verschränkungen von Patriarchat, Kolonialismus, Rassismus und Kapitalismus werden offengelegt.<sup>60</sup> Sie ist auch normativ anspruchsvoller, weil sie auf eine Restrukturierung dieser Systeme abzielt.<sup>61</sup> Für die Paritätsdiskussion birgt eine intersektionale Herangehensweise daher die Chance, Ausschlüsse im politischen Bereich umfassender als nur in der Geschlechterdimension zu verstehen (interkategorialer Ansatz)<sup>62</sup>. Die alleinige Berücksichtigung von Vergeschlechtlichung kennzeichnet sie als unzureichend. Denn ein solcher Ansatz läuft zum einen Gefahr, Binnenhierarchisierungen innerhalb der Geschlechterdimension auszublenden, zum anderen stellt sich die Frage, warum nur Geschlecht und nicht etwa Ausschlüsse aufgrund rassistischer Diskriminierung, Klasse, Körper, Sexualität oder Religion aufgeholt werden sollten.<sup>63</sup>

Dass unsere Gesellschaft sich entlang verschiedener Ungleichheitsachsen strukturiert, von denen Geschlecht nur eine ist, erkennt jetzt auch das Bundesverfassungsgericht. In seiner Wahlprüfungsentscheidung vom 15. Dezember 2020 heißt es: „Führt die fehlende Geschlechterparität zu einem demokratischen Legitimationsdefizit, müsste dies wohl auch bei sonstigen Defiziten in der Abbildung des Elektorats [...] gelten.“<sup>64</sup> *Mangold* hat den Wahlprüfungsbeschluss als „Bastelanleitung“ für Parität bezeichnet.<sup>65</sup> Denn aus der Ablehnung einer Normsetzungspflicht folgt nicht, dass ein Paritätsgesetz nicht vom Entscheidungsspielraum der Legislative gedeckt sein kann: Der Beschluss weist explizit darauf hin, dass für eine solchen Maßnahme überzeugende Begründungen aus dem Demokratieprinzip, dem Repräsentationsgedanken und aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG entwickelt werden müssten.<sup>66</sup>

---

60 *Crenshaw* (Fn. 55), 152; *Roig*, djbZ 22, Heft 2, 71 (71 f.).

61 *Roig*, djbZ 22, Heft 2, 71 (73).

62 *McCall*, *Signs* 30 (2005), Heft 3, 1771 (1773, 1784 ff.).

63 Als Vorfrage stellt sich vonseiten der poststrukturalistischen Geschlechtertheorie, ob Kategorisierungen im Recht überhaupt nützlich oder zur Vermeidung ihrer Perpetuierung gänzlich zu verabschieden sind, *Butler*, *Gender Trouble, feminism and the subversion of identity*, New York, 1990. Ich gehe hier mit *Baer*, deren postkategorialer Ansatz Kategorisierungen als Produkte gesellschaftlicher Machtstrukturen reflektiert, also einen nicht-essentialisierenden Umgang mit ihnen pflegt, *dies.*, Kollektiv (Fn. 58), S. 62 ff. Das heißt: Solange unsere Gesellschaft durch Ungleichheit strukturiert ist, darf Recht an Ungleichbehandlung anknüpfen, um Hierarchien einzuebnen.

64 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, NVwZ 2021, 469 Rn. 73.

65 <https://twitter.com/feministconlaw/status/1356535912642011136> (17.6.2021).

66 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, NVwZ 2021, 469 Rn. 54.

Hierfür gibt es mehrere Ansätze, die zumindest teilweise auch eine intersektionale Reflexion beinhalten. Diese sollen hier zumindest kurz angerissen werden.<sup>67</sup> Für Parität wird einerseits mit einem spezifischen Ausschluss von Frauen argumentiert. *Rodríguez-Ruiz* und *Rubio-Marín* haben ein geschlechtsspezifisches Teilhabeargument entwickelt.<sup>68</sup> Demnach beruhe unsere Gesellschaft auf der Dichotomie privat/öffentlich, die in weiblich/männlich übersetzt werde. Der daraus resultierende Ausschluss von Frauen solle nun aufgeholt werden. *Laskowski* argumentiert ähnlich. Parität sei also die Antwort auf die spezifische Situation von Frauen, was ähnliche oder andersartige Lösungen für andere Strukturkategorien zwar nicht ausschließt, allerdings auf das Bedürfnis gesonderter Problemanalysen hinweist.<sup>69</sup> Jedoch bleiben auf diese Weise Binnenhierarchisierungen innerhalb der Kategorisierung „Frauen“ erhalten und die Chance einer umfassenden Reflexion von sozialer Ungleichheit wird ausgeschlagen.

Eine andere Begründungsvariante zielt auf die Schaffung fairer und ertragreicher Bedingungen der Gemeinwohlproduktion ab. *Young* hat *Habermas'* Deliberationstheorie auf hierarchisch geordnete Gesellschaften angewendet. Sie hat erkannt, dass sich die dominante Perspektive regelmäßig als universal und neutral geriert und folglich auch bestimmt, was im Diskurs als sagbar und belastbar gilt.<sup>70</sup> Situiertes Wissen – auch solches, das aus Exklusionserfahrungen erwächst – sei eine politische Ressource.<sup>71</sup> Vielfalt gilt als Gewinn: Die multiperspektivische Betrachtung politischer Problemstellungen führe zu praktikableren Lösungen als die Orientierung an monoperspektivischen Allgemeinplätzen.

*Phillips* schließlich argumentiert mit demokratischer Teilhabegerechtigkeit für eine Einbindung vormals Ausgeschlossener in staatliche Strukturen als Ausdruck ihrer Anerkennung als politisch Gleiche.<sup>72</sup> Damit weist sie über die Geschlechterdimension hinaus. Im Kern handelt es sich um ein demokratisches Antidiskriminierungsrecht, das an Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG anknüpfen kann. Hier von Interesse ist insbesondere das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur „Dritten Option“.

67 Siehe ausführlicher auch den Beitrag *Röhners* in diesem Band, S. 97 f.

68 *Rodríguez-Ruiz/Rubio-Marín*, On Parity, Interdependence, and Women's Democracy, in: Baines/Barak-Erez/Kahana (Hrsg.), *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives*, Cambridge, 2012, S. 188 (200).

69 *Rodríguez-Ruiz/Rubio-Marín*, Parity (Fn. 68), S. 201.

70 *Young*, *Inclusion and Democracy*, Oxford, 2002, S. 108, 116.

71 *Young*, *Inclusion* (Fn. 70), S. 144 ff.

72 *Phillips*, *The Politics of Presence*, Oxford u. a., 1998, S. 40.



# VII. Fazit und Ausblick: Ansätze eines demokratischen Antidiskriminierungsrechts

Karlsruhe hat festgestellt: „Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“<sup>73</sup>. Das wirft einmal mehr die Frage auf, was genau Benachteiligung heißt. In Geschlechterfragen, in denen der Schutz vor mittelbarer Diskriminierung schon lange anerkannt ist, stellte das Bundesverfassungsgericht bisher inkonsistent mal auf Art. 3 Abs. 2, mal auf Abs. 3 GG ab. Die Literatur diskutierte, ob das eine geschlechtsspezifische Sonderdogmatik oder in letzter Konsequenz eine Ausweitung des Schutzes des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sei.<sup>74</sup> Die Anerkennung strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen im Urteil zur „Dritten Option“ bedeutet, dass das Gericht von einer sozial vermachteten Gesellschaft ausgeht. Zwar betrifft das Urteil die Ungleichheitsdimension Geschlecht und das Bundesverfassungsgericht diskutiert primär den Diskriminierungsschutz von enby-Personen in Bezug auf die Normsystematik der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG – doch stieß es das Tor zu einem breiteren, das heißt auf alle in Abs. 3 genannten Strukturkategorien und gesellschaftliche Verhältnisse bezogenen Diskriminierungsschutz ein Stück weiter auf.<sup>75</sup> Es bleibt insofern abzuwarten, ob und wie dieser Ansatz weiterentwickelt wird.

Interessant in diesem Zusammenhang ist auch die Novelle des Berliner Gesetzes zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft. Im Rechtsgutachten hierzu heißt es: „Positive Maßnahmen sollen gerade vor Diskriminierung schützen und auch die Ausübung von Grundrechten [...] ermöglichen. Eine kompensierende Bevorzugung hinsichtlich einer der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Kategorien kann daher [...] erforderlich sein.“<sup>76</sup> Hiermit werden verschiedene positive Maßnahmen zur Durchset-

73 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 (28); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 26.1.1993 – 1 BvL 40/92, BVerfG, Beschl. v. 26.1.1993 – 1 BvL 38, 40, 43/92, BVerfGE 88, 87 (96) und BVerfG, Beschl. v. 27.8.2003 – 2 BvR 2032/01, NJW 2004, 50 Rn. 17.

74 Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 104.

75 Dies beobachtet auch Markard, Struktur und Teilhabe: zur gleichheitsdogmatischen Bedeutung der „Dritten Option“, 2017, <https://verfassungsblog.de/struktur-und-teilhabe-zur-gleichheitsdogmatischen-bedeutung-der-dritten-option/> (17.6.2021). – Zu einem material-asymmetrischen Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG insgesamt Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 418 ff.

76 Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sei ein Grundrecht mit nachteilsausgleichendem Gehalt zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund, Liebscher, Möglichkeiten zur



zung der gleichberechtigten Teilhabe und gesellschaftlichen und politischen Partizipation von Menschen mit Migrationsgeschichte begründet.<sup>77</sup> Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erlebt eine Fortentwicklung hin zu intersektionaler materialer Gleichheit.

Liegt hierin, also in der material-gleichheitsrechtlichen Öffnung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der Schlüssel für ein demokratisches Antidiskriminierungsrecht anstelle der 50/50-Parität? Diese Frage kann hier nicht abschließend beantwortet werden. Es liegen andere Vorschläge vor, wie *Critical-Mass*-Quoten, reservierte Sitze oder themenbezogene Veto- und Anhörungsrechte.<sup>78</sup> *De lege lata* dürfte sich angesichts der hervorgehobenen Stellung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG eine Frauenquote mit Ausnahmeregelung für enby-Personen vertreten lassen.

Abschließend nun das diskursanalytische Fazit: Die herrschende Meinung legt ihre Perspektivität nicht offen und dominiert den Diskurs. Sie blendet dabei Ungleichheit aus. Bleiben wir bei *Young*: Die dominante Position geriert sich auch beim Thema Parität als neutral und bestimmt die Diskursregeln: Das Strohhannargument der „spiegelbildlichen Repräsentation“ ist ein Beispiel hierfür. Denn es trägt inhaltlich wenig, verschiebt aber den Diskurs. Sodass die eigentlichen Themen – materiale Gleichheit und faire Deliberation – untergehen. Deren Ausblendung hat in der Praxis zur Nichtigerklärung zweier Paritätsgesetze geführt, beantragt durch die AfD. Der Diskurs übersetzt sich in Recht, übersetzt sich in gesellschaftliche Realität – und diese prägt wiederum die Deliberationsbedingungen.

Das Bundesverfassungsgericht verlangt in seinem jüngst veröffentlichten Beschluss eine intersektional reflektierte Begründung für Parität und weist dafür auf das Demokratieprinzip und vor allem Art. 3 Abs. 2 GG hin. Der Weg zu fairer Deliberation führt über faire Deliberation: Diskutieren wir miteinander nicht nur über die Unmöglichkeiten, sondern auch über

---

Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund/Migrationsgeschichte durch eine Novellierung des PartIntG Berlin, Rechtswissenschaftliches Gutachten, 2019, S. 24 f.; <https://www.berlin.de/lb/intmig/themen/partizipation-in-der-migrationsgesellschaft/> (17.6.2021).

77 Beauftragte für Integration und Migration des Senats von Berlin, Eckpunkt Papier zur Novelle des PartIntG, S. 1, <https://www.berlin.de/lb/intmig/themen/partizipation-in-der-migrationsgesellschaft/#Materialien> (17.6.2021); als Menschen mit Migrationsgeschichte definiert es solche, die selbst eingewandert sind oder eine familiäre Migrationsgeschichte haben sowie jene, denen eine Migrationsgeschichte aufgrund ihres Namens oder Aussehens zugeschrieben wird, ebd., S. 2.

78 Ein möglicher Ansatz für die Identifizierung hierzu Berechtigter könnte sich aus den Betroffenheitskollektiven aus dem Internationalen Recht entwickeln lassen, siehe hierzu den Beitrag *Markus Hasls* in diesem Band, S. 297.

Möglichkeiten von Parität. Eingangs wurde auf die Veröffentlichungsbedingungen dieses Beitrags hingewiesen. Fragen wir weiter: Wer bleibt stumm, wer publiziert nicht? Wer kann die eigene, möglicherweise sehr hilfreiche Perspektive auf politische Partizipation hier und andernorts nicht einbringen? Auch die geänderten Bedingungen für Wissensproduktion in der Corona-Pandemie sollten nicht unberücksichtigt bleiben; denn Bibliotheken als Arbeitsplätze und Rechercheorte blieben weitestgehend geschlossen.<sup>79</sup> Deliberation heißt Austausch nicht nur mit „Gleichen“, sondern auch mit den als „ungleich“ Markierten. Der Zugang zur Diskussion, zur Artikulation erlebter Entrechtung, öffnet Tür und Tor zum Recht. Diese Zugänge zu schaffen ist nicht nur fair und produktiv, es ist ein demokratisches Prinzip.

---

79 Zu den Herausforderungen für die Forschung unter Pandemiebedingungen: *Cichon/Weber*, Digital forschen und promovieren in Zeiten der Corona-Krise, <https://www.juwiss.de/114-2020/> (17.6.2021); zu Veröffentlichungen von Frauen und der Corona-Krise, *dies.*, in: *djbZ* 23, S. 167 ff. – Ermöglichungsbedingungen einer Publikation in der Pandemiezeit ist auch der Zugang zu wissenschaftlichen und räumlichen Ressourcen; ich danke insofern der juristischen Fakultät der WWU Münster und dem Team des Rechtswissenschaftlichen Seminars für die Einrichtung des Scanservice, weise aber gleichsam darauf hin, als externe Promovierende in der aktuellen Situation zunehmend auf Onlinequellen angewiesen zu sein. Dank gebührt ferner *Carolyn Stix*, *Markus Hasl* und *Ulrike Jürschik* für ihre wertvollen Anmerkungen zum Beitragsmanuskript.