

„Das noch nicht Gesagte sichtbar machen“

DIE BUNDESVERFASSUNGSRICHTERIN A. D. SUSANNE BAER IM INTERVIEW

Femina Politica (FP): *Im Interview, das wir 2012 mit dir führten (Baer 2012), hastest du den Anspruch formuliert, dem Amt als Bundesverfassungsrichterin gerecht zu werden – gerade auch aus dem Grund, weil es ein Amt ist, das die Demokratie so wenigen Menschen für eine Zeit von zwölf Jahren eine so große Macht gibt. Wie schätzt du es heute und im Rückblick auf deine Tätigkeit als Bundesverfassungsrichterin ein: Ist es dir aus deiner Sicht gelungen, dem Amt gerecht zu werden?¹*

Susanne Baer (SB): Die Antwort auf die Frage, ob mir das gelungen ist, obliegt wohl letztlich anderen. Das wären zum einen meine Kollegen und Kolleginnen, die alles gesehen haben, was hinter den Kulissen stattfindet. Denn vieles, was das Verfassungsgericht macht, wird nach außen ja nicht sichtbar, aber trägt trotzdem die Institution. Zum anderen wären das – letztlich für mich entscheidender – die Bürgerinnen und Bürger, die Politik, die Institutionen, die Anwaltschaft, die Gerichte, also das Publikum und die von den Entscheidungen Adressierten. Sie alle haben hoffentlich den Eindruck gewonnen, dass wir mit dem, was wir gemacht haben, überzeugt haben. Und ich falle da sofort ins Wir, weil die Mühe, dem Amt gerecht zu werden, ein Bemühen darum war und ist, sich in einem Wir zu platzieren, also gemeinsam wirksam zu werden. Das ist eine sehr spezielle Konstellation, in der so ein Amt gefüllt wird.

FP: *Konntest du bestimmte Vorstellungen und Erwartungen in Zusammenarbeit mit anderen umsetzen, aber auch eigene Perspektiven, Ideen und Vorstellungen einbringen?*

SB: Als ich zu meiner eigenen und der Überraschung vieler anderer gewählt wurde – und auch schon, als ich gefragt wurde, ob ich mich zur Wahl vorschlagen lassen würde – hatte ich kein Programm. Aber ich hatte das Grundgesetz in der Hand. Und das Grundgesetz ist eine tolle Verfassung. Das genügt als Arbeitsauftrag. Im Laufe der Zeit wurde mir dann klar, dass ich an dieses Gericht als eine zutiefst feministisch kritische Rechtswissenschaftlerin gekommen war – und das bedeutet, die juristischen Probleme vom Leben her zu denken. Das unterscheidet sich fundamental von Menschen, die lange professionell trainiert haben und auch darin sozialisiert sind, Probleme von der Norm her zu begreifen. Insofern gab es durchgängig die Erfahrung, dass mein Bemühen, dem Amt gerecht zu werden, daran hing, von der Lebensrealität her zu denken. Und das bedeutet, Lebensrealitäten immer als ungleiche, vermachtete Verhältnisse zu sehen, und in dubio Erfahrungen vor Gericht auch als Verhältnisse der Ungerechtigkeits Erfahrungen zu betrachten.

Dazu kommt natürlich, dass man juristisch auf der Höhe der Zeit sein muss. Das bedeutet nicht nur, wirklich sehr viel zu arbeiten, um das Verfassungsrecht und auch

das Völkerrecht zu verstehen, denn die gehören in Deutschland zusammen. Man muss insofern das Normative im Griff haben. Aber *diesem* Amt wirklich gerecht werden, konnte ich nur über die Perspektivierung eines juristischen Problems eben vom Leben aus, von den Menschen und ihren Erfahrungen aus, also mit der sozialen Realität, die an das Gericht herangetragen wurde.

FP: Verstehe ich es richtig, dass kein anderes justizielles Amt es ermöglicht, dieses normative Wissen oder dieses Wissen um die Norm, welches Du als Rechtsprofessorin und Wissenschaftlerin erarbeitet hast, im Verhältnis zum Leben oder zu den realen gesellschaftlichen Machtverhältnissen zu denken?

SB: Nein, das ist in jedem Justizamt gefordert. Alle Richterinnen und Richter haben die Aufgabe, die unterschiedlichen Perspektiven, Bedürfnisse, Erfahrungen der Menschen, die zu ihnen kommen und nach Recht suchen, ernst zu nehmen, zu begreifen und wirklich zu erfassen. Ich bin nur auch rechtssoziologisch trainiert, weiß also um methodische Ansprüche, und als feministische Wissenschaftlerin ist mir die Ambivalenz von Erfahrungen und die Begrenztheit subjektiver Deutung bewusst. Das sind Grundsteine für eine Reflektion dessen, was an das Gericht herangetragen wird, und sie sind nicht selbstverständlicher Teil einer juristischen Ausbildung. Ich glaube, es war wichtig, dieses interdisziplinäre Wissen zu haben.

Aber die Fähigkeit, das Leben wirklich zu sehen, ist in jedem justiziellen Amt gefordert. Es gibt ja auch viele Richter und Richterinnen, die sich insofern über Fortbildung oder Supervision engagieren, weil ihnen bewusst ist, dass sie beispielsweise Konfliktdynamiken, Altersunterschiede, Wahrnehmungsunterschiede oder Sozialisation verstehen müssen. Das ist im Familiengericht oder im Sozialgericht besonders deutlich, und da gibt es viel Bemühen.

Das Verfassungsgericht hat dann nur die Besonderheit, letzte Instanz zu sein und mit einer breiten Wirkung für die gesamte Gesellschaft zu entscheiden. Die Fälle sind jeweils konkret, aber das Grundgesetz wird maßstäblich ausgedeutet und was entschieden wird, gilt als normative Orientierung, als Rahmen für die Politik und für die Zukunft. Deshalb geht die Arbeit des Verfassungsgerichts immer deutlich über den Einzelfall hinaus. Diese Verantwortung macht den Versuch, der Sache wirklich gerecht zu werden, wohl noch anspruchsvoller.

Wenn ich hoffentlich begriffen habe, was die Menschen umtreibt, muss ich als Verfassungsrichterin auch noch begreifen, was eine Entscheidung bewirken wird. Also: Wenn wir die Menschenwürde zu einem Ankerpunkt für soziale Grundsicherung machen oder wenn im Demokratieprinzip etwas Resilienz gegen die Feinde des Demokratischen eingebaut wird – dann ist das mehr als der eine Fall. Es ist schon anspruchsvoll, diese Entscheidungen normativ konsequent und eingebettet in die internationale Ordnung zu denken. Darüber hinaus muss ein Verfassungsgericht aber auch das politische Gefüge, die Governance-Strukturen und nicht nur Folgen, sondern auch Effekte begreifen, mitdenken, ‚einpreisen‘. Es formuliert für einen langen

Zeitraum Maßgaben für politisches Handeln, und für viele politische und wirtschaftliche Akteure.

Für mich war jedenfalls das Bemühen, dem Amt gerecht zu werden, ein Doppeltes: erstens zu verstehen, was die Leute umtreibt, die zu uns kommen und was für sie damit verbunden ist; und zweitens zu verstehen, was unsere Intervention in einer demokratischen Gesellschaft und in Bezug auf soziale Verhältnisse bewirkt. Es war für mich eine dauernd präsente Herausforderung. Durch meine spezifische wissenschaftliche Prägung war sie mir noch dazu sehr nah.

FP: Gibt es Punkte, an denen sich deine Erwartungen nicht erfüllt haben oder die besonders schwierig in der Umsetzung waren?

SB: Das ist schwer zu sagen. Ich habe mich zumindest bemüht, die feministische Brille nicht abzusetzen, also das Noch-Nicht-Gesagte, das Noch-Nicht-Thematisierte und das Nicht-Präsente (oder Nicht-Sichtbare) zu erkennen. Also Fragen zu dem, was nicht auf der Hand liegt, zu stellen. Angesichts dessen, dass aber immer schon sehr viel auf dem Tisch liegt, ist dies allerdings nicht leicht. Daher bin ich nicht sicher, ob ich wirklich jedes Mal gefragt habe: Wie ist das mit den Frauen? Hat das eine Geschlechterdimension? Gibt es eine geschlechtsspezifische Benachteiligung oder Folgen? Das wäre im Steuerrecht, im Sozialrecht, im Arbeitsrecht und auch anderen Rechtsgebieten je eigentlich gefordert, vertieft und systematisch zu fragen und nach den Antworten sehr gründlich zu suchen. Ich habe das von mir verlangt und hatte auch den Eindruck, dass Leute das von mir erwarten, als ‚radikale Feministin‘ im Amt. Das war und das blieb eine Aufgabe. Aber ich bin mir eben nicht sicher, ob das – angesichts der Fülle der Arbeit und der Verantwortung in so vieler Hinsicht – immer perfekt gelungen ist.

Ein Thema war natürlich auch eine geschlechtergerechte Sprache. Das ist für mich immer auch verständliche Sprache, als Gericht auch als Teil des Sprechens zu einer Welt, die sich gehört fühlen muss. Das Bemühen darum, oft sehr komplexe Verhältnisse einfacher, gradliniger und nachvollziehbarer zu formulieren, hat meine Arbeit sehr geprägt. Und das hat die Kolleginnen und Kollegen an bestimmten Stellen wohl auch gefordert. Ich war nicht immer erfolgreich, aber ein Teil dessen, worum ich mich bemüht habe.

Und dann gibt es die Geschlechterfragen im Recht. Sie sind heute als intersektionale Fragen zu stellen. Die Mehrdimensionalität von Benachteiligung lag in einigen Fällen deutlich auf der Hand – das ließ sich dann einbringen und auch einfordern, wie in der zweiten Kopftuchentscheidung des Verfassungsgerichts. Aber es gibt andere Problemlagen, in denen nicht die Möglichkeit bestand, diese Mehrdimensionalität auszuleuchten. Die Arbeit als Verfassungsrichterin ist wohl eher eine intensive Suche und ein Alles-Tun, um möglichst viel zu begreifen. Aber es wäre vermutlich naiv zu meinen, dass das je komplett gelingt.

FP: *Wie hat sich insgesamt innerhalb der Gruppe der Verfassungsrichter*innen oder am Verfassungsgericht selbst der Erkenntnisstand zur Bedeutung von Geschlecht und der Geschlechterperspektive entwickelt? Konntest du in den letzten Jahren eine Entwicklung hin zu einer größeren Relevanz von Geschlechteraspekten feststellen?*

SB: Karlsruhe hat eine sehr schöne und lange Geschichte, insbesondere die Gleichberechtigung von Frauen und Männern intensiv zu reflektieren. Es sind ziemlich viele Fälle an die Verfassungsrichterinnen und -richter herangetragen worden und sie haben meist progressiv entschieden, wohl mit Ausnahme der Urteile zur Abtreibung (siehe auch Berghahn in diesem Heft, Red.). Das geschah lange vor meiner Zeit und betraf auch nicht nur im Hinblick auf Geschlechterverhältnisse im engeren Sinne, sondern zum Beispiel auch im Hinblick auf die Rechte von Transsexuellen.² Ein jüngeres Beispiel ist dann die Entscheidung zur dritten Option von Intersexuellen. Insofern werden auch verfassungsrechtlich diverse Geschlechterkonstellationen und -fragen behandelt.

Als Verfassungsrichterin ist dann die Aufgabe, einerseits einen frischen Blick auf die Dinge zu werfen, aber andererseits auch nicht unberechenbar zu werden. Die Vorläufer, die Präjudizien, die Präzedenzfälle müssen ernstgenommen und zur Grundlage werden. Hier ging das eben guten Gewissens, da musste niemand viel hinzuerfinden. Zudem gehörte zum Glück meiner Amtszeit, dass ich nicht die Einzige war, die dort feministische Perspektiven einbrachte. Insofern war ich nicht allein. Das ist in einer Gruppe von acht Personen wichtig. Meine Kollegen und Kolleginnen habe ich zudem als aufgeschlossen erlebt. Manchmal waren sie skeptisch, manchmal brachten sie ein völlig anderes Vorverständnis mit, aber ich habe keine kognitive Renitenz erlebt. Das war schon eine besondere Konstellation.

FP: *Hast du diese Aufgeschlossenheit zum Beispiel auch im Umgang mit Fällen indirekter Diskriminierung erlebt?*

SB: Es gab durchaus Auseinandersetzungen darum, wie weit der Schutz von mittelbarer Diskriminierung geht. Allerdings hat sich da eben auch viel bewegt. Der Senat hat am Ende meiner Amtszeit zur Triage entschieden, also der Notfallversorgung auf der Intensivstation während der Pandemie.³ Die Entscheidung drehte sich um behinderte oder chronisch kranke Menschen. Im Notfall muss ärztlich entschieden werden, wem eine Behandlung zuteilwird, und wer zurückgestellt werden darf. In der Situation besteht ein hohes Diskriminierungsrisiko. Eine Regelung muss nun absichern, dass medizinisches Personal nicht auf der Grundlage von Stereotypen handelt, die eben zu Diskriminierung führen. Und der Senat hat betont, dass Regeln wirksam schützen müssen. Das sind immer durchaus komplizierte Verhältnisse, und dann gibt es auch immer lange und intensive Beratungen dazu, wie wir das juristisch fassen und was das dann auch für viele andere Fälle bedeutet.

Dazu kommen andere Beispiele, wie die Benachteiligung von Schwangeren im Arbeitsleben. Das wird als klassischer Fall mittelbarer Diskriminierung angesehen – obwohl ich persönlich ja meine, dass es sich um eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts handelt. Auch im Sozialrecht gibt es komplizierte Regelungen, bei denen wiederum komplizierte Nachteileeffekte auftreten. Und immer wurde über die Maßstäbe, was jeweils Diskriminierung ist, wovor Gleichheit schützt und was das konkret heißt, sehr intensiv und meist auch kontrovers gesprochen. Nur gab es eben nicht diese kognitive Renitenz, die in politischen oder auch juristischen Debatten so häufig ist, wenn sich Leute also von vornherein sperren, ein Argument überhaupt zur Kenntnis zu nehmen. Das habe ich im Verfassungsgericht nicht erlebt.

FP: Gibt es einen systematischen Blick auf und gegen Diskriminierung in Bezug auf die Komplexität von Geschlecht und Diskriminierung?

SB: Ich habe den Eindruck, dass das Verfassungsgericht da auf einem guten Weg ist. Den Blick gibt es über Artikel 3 des Grundgesetzes und eine gesellschaftlich intensivere Thematisierung von Benachteiligung. Das betrifft insbesondere die Benachteiligung von Behinderten und die Benachteiligung von jungen oder alten Menschen, und diese Benachteiligungssensibilität kann dann zurückschlagen auf die Klassiker, also Sexismus und Rassismus. So gibt es mittlerweile mehrere Entscheidungen zur Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit beim Elterngeld⁴ oder gegen Rassismus am Arbeitsplatz⁵.

Ich würde also sagen: Es gibt eine erhöhte verfassungsrichterliche Aufmerksamkeit für Diskriminierungskonstellationen. Vielleicht trägt dazu bei, dass Artikel 3 des Grundgesetzes nach der Reform von 1994 in Absatz 2 Satz 2 ein staatlicher Förderauftrag für die tatsächliche Gleichstellung ist. Und auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte spielt eine Rolle, denn die Rechtsprechung aus Straßburg wird ja einbezogen.

Allerdings kann sich hier niemand zurücklehnen und auf Erreichtem ausruhen. Jedes Gericht lebt vom nächsten Fall und von denen, die diesen nächsten Fall entscheiden. Es kommen immer wieder neue Fragen auf dem Tisch. Da wird nie ein konsolidierter Zustand erreicht, in dem gesagt werden kann „Das haben wir“, sondern es muss immer wieder neu argumentiert und erstritten werden. Aber wir sind im Jahr 2023 doch verfassungsrechtlich deutlich weiter als im Jahr 1990, oder sogar 2000.

FP: Du hast das Konzept eines postkategorialen Diskriminierungsrecht entwickelt. Da stellt sich ja immer die Frage, wie ein Gesetz aussehen könnte, das traditionelle Selbstverständlichkeiten in Bezug auf Geschlecht wie Zweigeschlechtlichkeit und Heteronormativität überwindet und damit auch jene mitnimmt, die Angst vor einer Kürzung der Bemühungen zur Geschlechtergleichstellung haben.

SB: Ja, das ist eine der Fragen. Der Vorschlag für ein postkategoriales Anti-Diskriminierungsrecht ist ja zunächst einmal schon textlich damit konfrontiert, dass in Artikel 3 des Grundgesetzes oder auch im Gleichbehandlungsgesetz tendenziell essentialistische Charakter- oder Merkmalsbegriffe stehen. Aber: Es gibt eine produktive Art und Weise, damit umzugehen, eben nicht als Kategorien, sondern postkategorial. Der textliche Anker im Grundgesetz „Frauen und Männer sind gleichberechtigt. Niemand darf aufgrund seines Geschlechts benachteiligt werden“ ermöglicht durchaus eine Analyse, die nicht essentialistisch-biologistisch ausfällt. Hier gilt es zu verstehen, dass die Verfassungsgebenden geschlechtsbezogene Benachteiligung meinten, also von Sexismus die Rede ist. Damit steht die Frage des Umgangs mit Frauen im Arbeitsrecht, im Steuerrecht und so weiter im Vordergrund, weil Frauen in aller Regel nachteilig betroffen sind. Aber es ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass es geschlechtsbezogene Benachteiligung von Männern gibt. Und erst recht trifft die Orientierung an angeblich zwei fixen Geschlechtern alle, die nicht in diese binäre Ordnung passen. Das geschlechtsbezogene Denken ist im Grundgesetz also legitim, wenn es über ein postkategoriales Denken in Sexismen gelingt, von der biologistischen Fixierung wegzukommen. Das bringt uns analytisch in die anspruchsvolleren Gefilde geschlechtsspezifischer Benachteiligung.

Damit ist ein postkategoriales Recht auch nicht anti-kategorial, sondern nimmt selbstverständlich einen Verfassungstext oder eine Norm oder Menschenrechtskonvention oder die universale Charta der Menschenrechte ernst, wo Geschlecht und ‚Rasse‘ genannt sind.⁶ Es versucht, zu verstehen – teleologisch würden Juristinnen und Juristen sagen –, was Sinn und Zweck solcher Diskriminierungsverbote ist. Und da ist eben historisch, systematisch und dann auch teleologisch völlig klar: Es ist eine Rechtsordnung gemeint, die Rassismus und Sexismus usw. keinen Raum gibt. Und die funktioniert postkategorial.

***FP:** Ich würde dazu gerne anhand eines Beispiels nachfragen: Wie siehst du die Diskussion um die Einführung eines exklusiven Geschlechterbegriffs in der Schweiz? Dort ist seit dem 1. Januar 2023 ein Gesetz in Kraft, das einen Geschlechterwechsel per Sprechakt ab dem 16. Lebensjahr möglich macht. Dazu braucht es einen Termin im Zivilstandesamt und 75 Franken Gebühr. Darüber hinaus wird in Basel eine Reform des kantonalen Gleichstellungsgesetzes diskutiert, in dem ein inklusiver Geschlechterbegriff eingeführt werden soll und nicht mehr von ‚Mann‘ und ‚Frau‘ die Rede ist. Ein Gesetz, das eigentlich zum Schutz von und zur Förderung von Frauen geschaffen wurde, soll also künftig auf alle sexuellen und geschlechtlichen Minderheiten ausgeweitet werden, um den Bedürfnissen der LGBTQI+-Community gerecht zu werden.⁷*

SB: Zum einen: Recht schafft natürlich nie Kategorien ab, sondern der Gesetzgeber entscheidet sich dafür, bestimmte Begriffe zu benutzen, um soziale Verhältnisse zu benennen. Deshalb wird es auch weiterhin die Begriffe Männer und Frauen geben.

Die Polemik, dass Feministinnen, die angebliche Gender-Bewegung und LGBTIQ-Aktivist*innen das Geschlecht abschaffen würden, führt ja gezielt in die Irre. Sie behauptet Unsinn, denn das Recht schafft nichts ab, auch nicht Geschlechter. Zum anderen: Es gibt eine meines Erachtens völlig zeitgemäße und konsequente Diskussion darum, ob wir Gleichstellungsgesetze, die sich einmal gegen Sexismus, gegen Patriarchat, insbesondere oder auch nur gegen die Benachteiligung von Frauen wandten, heute besser formulieren müssten und können. Gerade in den Gender Studies haben wir über Jahrzehnte daran gearbeitet, uns klarzumachen, dass *die* Frau und *der* Mann als Stereotype stigmatisierende Konstrukte sind. Wir wissen, dass *der* Geschlechterunterschied zwischen Frauen und Männern eher eine historische Fiktion ist als eine medizinische Tatsache. Was folgt daraus im Recht? Es geht hier um das Bemühen, auch normativ so zu formulieren, dass Frauen und Männer und Menschen, die sich so nicht identifizieren, vor sexistischer Benachteiligung geschützt werden. Das ist entscheidend. Und wenn das funktioniert, ist es eine gute Idee. Tatsächlich wird da allerdings mitunter das Kind mit dem Bade ausgeschüttet und insbesondere in antifeministischen Kreisen geradezu herausgekickt. Reformen wie in Basel oder wie etwa das Selbstbestimmungsgesetz in Deutschland tun das ja gerade nicht. Sie werden aber als „Abschaffung der Frauen“ aus dem öffentlichen Raum denunziert – wie gesagt: absurd – oder als ein Ende der Geschlechtergleichstellung, der Gleichberechtigung, auch der Frauenbeauftragten. Das ist aber überhaupt nicht zwingend. Hier wird eine von kritischen und dekonstruktiv arbeitenden Gender Studies mitproduzierte Debatte gezielt überspitzt; das ist auch politisch gefährlich. Hier werden Erkenntnisse funktionalisiert, um eigentlich jede Auseinandersetzung mit Gender zu denunzieren. Seitdem der Papst von einer ‚Gender-Ideologie‘ gesprochen hat, ist das einer der großen Topoi rechtsautoritärer und patriarchal-nostalgischer Bewegungen. Gegen sie muss ‚die Frauen-Frage‘ als feministische Frage immer wieder stark gemacht werden. Und das bedeutet: Es geht nicht um neues Gleichstellungsrecht ‚nur‘ für LGBTIQ+Personen, sondern um endlich einmal funktionierendes Gleichstellungsrecht gegen Sexismus und das Patriarchat, das auch diejenigen schützen würde, die sich als lesbisch, trans-, inter- und so weiter identifizieren.

FP: Du hast gesagt, dass der Vorwurf oder die Kritik einer Aufhebung der Gleichstellungsarbeit zugunsten des Diskriminierungsschutzes den politisch rechten Positionen in die Hände spielt. Daran möchte ich mit Fragen zu den rechtspopulistischen Entwicklungen anschließen: Deren rechte Angriffe auf die Demokratie erfolgen ja im Zusammenhang mit solchen Argumentationen und Debatten und zielen vor allem auf demokratische Geschlechterverhältnisse, indem sie rhetorisch zentrale Begriffe etwa der Familie, Gleichstellung und Frauen umdeuten. Welche Herausforderungen ergeben sich daraus für einen grundrechtlichen Minderheitenschutz?

SB: Ich würde zunächst einmal früher ansetzen: Mein Rückblick auf die zwölf Jahre als Richterin des Bundesverfassungsgerichts mit der Frage, was sich verändert hat,

was gelungen ist und was vielleicht auch an Fortschritt erreicht werden konnte, ist auch davon geprägt, was mittlerweile passiert ist und passiert. Und tatsächlich hat sich im Laufe meiner Amtszeit die Stimmung rund um Verfassungsgerichtbarkeit und rund um Gleichstellung, Antidiskriminierung und Gerechtigkeit im Grundrechtsschutz verändert. Gerade Gerichte, die mutig, unabhängig und konsequent entscheiden, sind weltweit massiv unter Druck geraten. Insofern habe ich meine Amtszeit komfortabler begonnen als ich sie beenden kann. Meine Nachfolgerinnen und Nachfolger haben es jetzt und in Zukunft schwerer.

***FP:** Wenn ich da einhaken darf: In der öffentlichen Debatte werden immer wieder Polen und Ungarn angeführt. Dann ist häufig zu hören, dass es glücklicherweise so weit bei uns noch nicht sei. Doch verstehe ich Dich nun so, dass die Konsequenzen rechter Politik auch hier zu Lande immer deutlicher zu spüren sind – nicht nur im Bundesverfassungsgericht, sondern in der bundesrepublikanischen Gesellschaft insgesamt?*

SB: Es wäre naiv, die Diagnose auf zwei Länder zu begrenzen. Diese Entwicklungen verlaufen in vielen Ländern und auf allen Kontinenten strategisch abgestimmt und werden nicht nur lokal isoliert umgesetzt. Die rechtsautoritären Bewegungen und politischen Kräfte sind also heutzutage nicht national vereinzelte Grüppchen, sondern sie sind international vernetzt, agieren mit ähnlichen Konzepten, profitieren voneinander.

Sie gehen uns außerdem alle etwas an, wenn es sich um Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) handelt – das ist nicht schlicht ‚Ausland‘, sondern betrifft uns damit auch selbst. Zudem ist es unsere Vorstellung vom Rechtsstaat und unsere Verpflichtung darauf, die verfassungsrechtlich über Artikel 23 des Grundgesetzes⁸ verbindlich ist, die hier angegriffen werden.

Die Erosion des Rechtsstaats in Europa ist also Teil des ethnonationalistischen, rechtspopulistisch-autoritären Programms. Und vor Ort werden dann die Verfassungsgerichte entmachtet, um so den Rechtsstaat in Europa zurückzudrängen und die Demokratie zu kapern. Damit steht dann auch Straßburg als das Gericht des großen Europas, also des Europarates, unter Druck.

Es ist Teil des autoritären Programms, fast selbstverständlich folgerichtig, diejenigen aus dem Weg zu räumen oder zu schwächen oder lahm zu legen, die ihnen im Weg sein könnten, wenn sie mit angeblichen Mehrheiten ihre autoritäre Politik machen. Und wer ist da im Weg? Unabhängige Medien, Wissenschaft und eben Gerichte. Gerade Verfassungsgerichte sind diejenigen Institutionen, die einer populistischen Autokratie in den Arm fallen können. Wenn Wahlen gewonnen wurden, bleiben als Korrektiv nur noch ein Verfassungsgericht, internationale Gerichte und, aber ohne Mehrheit und ganz schnell ohne Mittel, eine politische Öffentlichkeit.

Deshalb sind Verfassungsgerichte auch eine Zielscheibe autoritärer Denunziation. Das haben wir in den letzten Jahren verschärft erlebt. Das zielt dann auf Einzel-

personen, die ‚zu politisch‘ seien oder sich ‚zu sehr einmischen‘, treffen aber die Institution. Es wird hinterfragt, wer eigentlich diese Leute in den roten Roben sind, in einer gefährlichen Tonlage. Klar: Deutschland ist nicht Ungarn und auch nicht die Türkei oder das Trump‘-sche Amerika, aber die Tonlage gibt es. Diese hat sich auch in der Wissenschaft verbreitet, wird über Medien verschärft und wird von zu vielen aufgegriffen.

Und dieser *Souçon* fällt noch dazu in eine gute kritische Tradition. Denn Skepsis gegenüber der Macht von Verfassungsgerichten ist ja durchaus eine demokratische Tugend. Tatsächlich ist es erklärungsbedürftig, warum acht Leute sogar ein Gesetz für verfassungswidrig erklären können, über das ein gewähltes Parlament lange diskutiert hat. Diese Kontrolle ist immer eine Zumutung für ein politisches System. Aber die gute Skepsis, die dazu führt, immer wieder zu tarieren und nicht zu weit zu gehen, zu balancieren und im Respekt voreinander zu arbeiten, wird auch missbraucht. Sie ist ein Einfallstor für rechtsautoritäre Kritik und Denunziation geworden. Das ist dann nicht nur Kritik, sondern ein Angriff auf die Substanz.

FP: Was macht das Bundesverfassungsgericht, um diese Angriffe abzuwehren? Welche Möglichkeiten gibt es auch im Zusammenhang mit einer Verstärkung des grundrechtlichen Minderheitenschutzes, die in den Fokus dieser rechtsautoritären Entwicklungen geraten ist?

SB: In meiner Abschiedsrede vom Gericht habe ich versucht, nochmals deutlich zu machen, dass jede und jeder im Sinne der Grundrechte in diesem Land Minderheit ist. Die Grundrechte brauchen ja immer nur die, die sich nicht schon politisch durchsetzen können – und insofern sind wir alle wohl einmal auf die Grundrechte angewiesen. Das kann sein, weil sie die falsche Religion haben, eine andere Meinung, anders leben wollen usw. Minderheitenschutz nach der Verfassung geht also jede und jeden etwas an. Es ist kein gruppenspezifischer Schutz für irgendwelche merkwürdigen Subkulturen, sondern Schutz für jedes Individuum. Das Verfassungsgericht ist also nicht für Grüppchen zuständig, sondern arbeitet für alle.

Das Gericht tut auch viel dafür, das zu vermitteln. So hat das Gericht zum Beispiel im Rahmen der Corona-Pandemie über Pressemitteilungen zu erklären versucht, an wie vielen Fällen es arbeitet, wie lange das dauert und warum es etwas länger dauert. Und es wird künftig eher noch mehr Öffentlichkeitsarbeit benötigen. In meiner Zeit wurden auch Filme produziert, als Informationsfilme, die Leuten deutlicher machen können: ‚Okay, es mag etwas merkwürdig sein, dass da acht Leute in roten Roben entscheiden. Aber es hat einen Sinn, ist rechtlich gesteuert, kein freies Politisieren, sondern juristisches Tun‘. Da muss viel erklärt werden.

Und ein Gericht braucht Unterstützung. In den anglo-amerikanischen Ländern gibt es ja eine Tradition der *amici curiae*. Das sind die Freundinnen und Freunde des Gerichts, die Schriftsätze zu großen Verfahren schreiben. Als die rechtsautoritären Attacken auf Gerichte begannen, habe ich erklärt, dass gerade Verfassungsgerichte

diese *amici curiae* in der Gesellschaft brauchen. Sie mögen Dinge entscheiden, die immer einer Seite nicht gefallen. Aber sie sind eine Bedingung für eine funktionierende Demokratie. Es braucht also ein freundschaftliches Verhältnis, in dem man nicht alles super findet, aber im Zweifel zueinandersteht. Das würde ein Verfassungsgericht, aber vor allen Dingen die Demokratie davor schützen, nicht verfassungsfeindlichen Ressentiments überlassen zu werden. Es liegt also an allen, eine Verfassungsgerichtsbarkeit und damit auch grundgesetzlichen Minderheitenschutz für jeden und jede in dieser Gesellschaft sowie demokratische Verfahren und Institutionen zu schützen.

FP: *Wie groß ist der Spielraum dafür beim Bundesverfassungsgericht? Oder inwiefern ist dieser Spielraum begrenzt, in dem sich die Politik bewegt?*

SB: Bürger und Bürgerinnen erhoffen sich vom Verfassungsgericht oft *die* Antwort auf *die* Frage. Aber die Aufgabe des Verfassungsgerichts ist es immer wieder, der Politik zu sagen, in welchem Rahmen sie Antworten auf die Fragen geben muss. Das lässt sich als Abwehr der Überkonstitutionalisierung beschreiben: Wenn alles Verfassungsrecht wäre, was uns bewegt, wäre die Politik im Juristischen erstickt. Daher muss ein Verfassungsgericht immer ein Stück weit enttäuschen und gerade so genug Spielraum eröffnen für die politische Auseinandersetzung. Die rechtsautoritäre Herausforderung liegt dann – in Europa und in Deutschland – darin, diesen Spielraum tatsächlich demokratisch und überzeugend zu füllen.

FP: *Wie funktioniert das dann aber im konkreten Fall zum Beispiel der Geschlechterforschung? Auch in Deutschland scheint ihr Ausbau mitunter nicht nur gestoppt, sondern vielerorts gibt es auch Rückschritte etwa der Institutionalisierung an den Universitäten. Es ist schwieriger geworden, diese Forschung zu betreiben. Und Forschungsgesellschaften fördern bestimmte Themen eher als andere. In Polen und Ungarn kam es sogar zur Einschränkung und Abschaffung der Geschlechterforschung, aber auch mit Blick auf den Einfluss rechtsautoritärer Entwicklungen und dem Erstarken der AfD hierzulande: Was tun? Welche Möglichkeiten hat das Verfassungsgericht in Hinblick auf Parteiverbote, und wie wirksam wäre das?*

SB: Die Frage, was das Verfassungsgericht dafür tun kann, unsere Demokratie resilient zu gestalten, bewegt im Moment sehr viel, ist aber nicht ganz leicht zu beantworten. Es gibt sehr klare Worte in der Rechtsprechung zu Parteien, zuletzt im gescheiterten Verfahren zum NPD-Verbot, und auch in Verfahren zu Vereinsverboten. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss bestätigt, dass eine rechtsradikale Vereinigung, eine den Terrorismus der Hamas unterstützende Vereinigung und eine gewalttätige Vereinigung verboten werden können, weil alle drei aus unterschiedlichen Ecken heraus das demokratische Miteinander bedrohten. Dazu kommen Entscheidungen zur Meinungsfreiheit und ihren Grenzen: Es kann nicht

alles überall gesagt werden, weshalb beispielsweise rassistische Bemerkungen in einem Betrieb eine fristlose Kündigung rechtfertigen. So versucht das Gericht dazu beizutragen, dass die Demokratie ein wunderbarer, freiheitlicher Raum ist, solange sie vom wechselseitigen Respekt, von demokratischen Verfahren und von Gewaltfreiheit lebt.

Das Gericht handelt also in allererster Linie, indem es entscheidet. Es ist ein responsiver Akteur; es kann sich nicht aussuchen, worüber es spricht, anders vor allem als die Politik. Und auch ein Verfassungsgericht entscheidet nur Einzelfälle. Es hat allerdings die Aufgabe, das allgemeinverbindlich zu tun. Es muss dabei den europäischen Kontext und auch diese Bedrohungslage mit reflektieren. Dann muss es klare Worte finden, Signale setzen und auch Bürgerinnen und Bürgern, den politischen Akteuren und Akteurinnen und den Fachgerichten Orientierung geben. Das ist viel und anspruchsvoll. Aber es wird die Verfassung allein nicht schützen können. Dieses Grundgesetz liegt in den Händen aller Beteiligten. Der Job des Verfassungsgerichts ist also wichtig, auf gewisse Weise auch zentral und unverzichtbar, und es spielt für ein großes Spektrum von Konflikten eine Rolle. Aber deswegen ist es zu einfach, sich auf Parteiverbotsverfahren zu konzentrieren.

Es gibt noch dazu sehr viele Felder, auf denen abgesichert wird, wie Demokratie funktioniert. Ich möchte dazu auch die Entscheidungen zur sozialen Grundsicherung nennen, zum Existenzminimum. Sie tragen dazu bei, dass niemand ganz rausfällt aus dieser Gesellschaft. Und damit sind auch sie ein wichtiger Baustein des Demokratischen. Sie werden manchmal nur als die soziale Frage gesehen, aber sie gehört unbedingt dazu.

Das Verfassungsgericht muss sich also bemühen und sich in Zukunft auch immer besser erklären. Aber allein rettet es die Demokratie nicht. Das müssen alle gemeinsam tun.

***FP:** Stellt das Gericht nicht aber dennoch einen gewissen Schutz von Minderheiten gegen Mehrheitsentscheidungen dar?*

SB: Das tut es, solange das Gericht nicht demontiert wird, und auch dagegen lassen sich noch Vorkehrungen treffen. Von Madeleine Albright gibt es ein eindrückliches Buch über die Gefahr des heraufziehenden Faschismus⁹ von 2018. In Anlehnung an ein Sprichwort vergleicht sie die Technik der Faschisten und autoritären Bewegungen mit dem Rupfen eines Hühnchens. Nacheinander wird Feder für Feder ausgerissen, und immer nur leise gequiekt. Am Ende ist das Hühnchen aber nackt. Nur hat niemand gemerkt, dass es komplett gerupft wurde. Und das erleben wir in Europa: Stückchen für Stückchen Demontage der Demokratie.

Beim Bundesverfassungsgericht müssen wir also darauf achten, dass niemand anfängt, die Federn auszureißen. Zum Beispiel: Alle Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts müssten künftig begründet werden. Das ist total plausibel: kein autoritärer Laden, sondern begründen, was entschieden wird. Und dazu noch die

kleine Vorgabe, alle Fälle nach Eingang zu bearbeiten. Auch das ist total plausibel, denn wer zuerst kommt, mahlt zuerst. Aber: wenn das so geregelt würde, wäre das Gericht lahmgelegt. So ähnlich lief es in Ungarn oder auch in Polen. Die ersten Schritte waren klein und plausibel, aber am Ende war das Gericht gekapert. Und das Beispiel zeigt, dass eine Gesellschaft und politisch Verantwortliche aufpassen müssen, dass niemand mit so kleinen, netten, scheinbar vernünftigen Dingen anfängt, eine Institution zu zerstören. Denn genau das ist es, was rechtsautoritäre Kräfte in Europa versuchen. Und da müssen wir dagegenhalten.

FP: Ganz herzlichen Dank für das interessante Gespräch!

Literatur

Albright, Madeleine 2018: Faschismus. Eine Warnung. Köln.

Baer, Susanne 2012: Die Geschlechtergleichstellung hat eine etwas ambivalente Situation erreicht. In: *Femina Politica*. Zeitschrift für feministische Politikwissenschaft. 21 (2), 24-37.

Baer, Susanne 2010: Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen. In: Heinrich Böll Stiftung: Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, Berlin. Internet: http://www.boell.de/downloads/Endf_Positive_Massnahmen.pdf, 11-20 [13.1.2024]

Baer, Susanne 2022: Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts. In: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hg.): *Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte*. München, 223-260.

Elsumi, Sarah 2007: Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel ‚Geschlecht‘. In: Behmenburg, Lena/Berweger, Mareike/ Gevers, Jessica/Nolte, Karen/Sänger, Eva/Schnädelbach, Anna (Hg.): *Wissenschaft(f) Geschlecht*. Frankfurt/M., 133-147.

Lembke, Ulrike/**Liebscher**, Doris 2014: Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik? In: Phillip, Simone/Meier, Isabella/Aposotolovski, Veronika/Starl, Klaus/Schmidlechner, Karin Maria (Hg.): *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis*. Baden-Baden, 261-290.

Naguib, Tarek 2012: Postkategoriale Gleichheit und Differenz. Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken!? In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Beiheft 128, 179-194.

Terkessidis, Mark 2007: Alltagsrassismus und Alltagsdiskriminierung als Hindernis der Integration. In: *Forum gegen Rassismus, Umsetzung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)*. Berlin, 25-27.

Anmerkungen

- 1 Die Schwerpunkttherausgeberinnen danken Laura Jachmich herzlich für die Transkription des Interviews. Die Literaturhinweise in diesem Interview stammen von den Schwerpunkttherausgeberinnen.
- 2 1 BvR 2019/16, vgl. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/bvg17-095.html> [26.1.2024]
- 3 1 BvR 1541/20, vgl. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-109.html> [26.1.2024].
- 4 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Februar 2012 – 1 BvL 14/07 – (kein Ausschluss vom Elterngeld).

- 5 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Februar 2012 – 1 BvL 14/07 – (kein Ausschluss vom Elterngeld).
- 6 Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht (Baer 2010 und 2022) reagiert auf die Probleme der Kategorienbildung im Recht und setzt nicht auf Persönlichkeitsmerkmale oder die Zugehörigkeit zu einer Gruppe, sondern auf die stereotype Zuordnung zu angeblich homogenen Gruppen. Postkategoriale Ansätze (dazu auch Elsuni 2007; Naguib 2012; Lembke/Liebscher 2014; Terkessidis 2007) zielen nicht darauf, Diskriminierungskategorien als kritische Benennungs- und Analysebegriffe für soziale Ungleichheiten abzuschaffen, sondern auf Recht, das stärker auf Prozesse reagiert, die aufgrund von Herrschaftsverhältnissen wie Rassismus, Antisemitismus, Sexismus und Heteronormativität zu Benachteiligungen, Gewalt und Diskriminierung führen.
- 7 Am 10. Januar 2024 hat der Grosse Rat des Kantons Basel-Stadt das Gesetz mit 69:15 Stimmen verabschiedet, <https://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/grosser-rat-als-erster-kanton-in-der-nordwestschweiz-basel-sagt-ja-zum-gleichstellungsgesetz-ld.2563893> (26.2.2024).
- 8 Art. 23 Abs. 1 GG: „Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3“.
- 9 Madeleine Albright, US-Außenministerin unter Bill Clinton, beschreibt in Faschismus. Eine Warnung (2018), die Entstehung des Rechtsautoritären durch Demontage und Missachtung demokratischer Institutionen.