

Kinder, die in eine Ehe von Mann und Frau geboren werden. Das geltende Recht trägt dem nicht Rechnung. Es verweist die Ehefrau der biologischen Mutter auf ein langwieriges Adoptionsverfahren. Nach meiner festen Überzeugung besteht hier dringender Reformbedarf.

Ein zweites Beispiel: die Gestaltung des Umgangsrechts bei häuslicher Gewalt. Unser geltendes Recht betont als Leitprinzip: Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Diese gesetzliche Vermutung ist im Grundsatz auch richtig. Meines Erachtens darf diese Vermutung allerdings nicht gelten, wenn ein Elternteil gegen den anderen Elternteil gewalttätig war. Und das muss im Gesetz auch klar zum Ausdruck kommen. Klarer als dies derzeit der Fall ist.

Ich bedaure sehr, dass nicht schon in dieser Legislaturperiode gelungen ist, unser geltendes Familienrecht in diesem Sinne zu reformieren. Die Möglichkeit hierzu bestand durchaus. Schon im Sommer letzten Jahres habe ich einen entsprechenden Gesetzesvorschlag vorgelegt: einen ausgewogenen Vorschlag für eine Teilreform des Abstammungs-, Unterhalts-, Sorge- und Umgangsrechts. Doch der Koalitionspartner hat sich quergestellt. Insbesondere gegen die gemeinsame Mutterschaft bei lesbischen Paaren gab es dort starke Vorbehalte: Vorbehalte, für die mir jedes Verständnis fehlt.

Ich setze fest darauf, dass wir diese überfällige Reform in der nächsten Legislaturperiode ins Gesetzblatt bringen.

Dringender Handlungsbedarf besteht aus meiner Sicht schließlich auch beim Thema Teilhabe von Frauen an der politischen Macht.

Weniger als ein Drittel der Abgeordneten des 19. Deutschen Bundestags sind Frauen. In den Länderparlamenten und bei den kommunalen Vertretungen sieht es nicht besser aus. Mehr als hundert Jahre nach Einführung des Frauenwahlrechts ist das ein empörender Befund. Und höchst problematisch ist auch, dass der Frauenanteil unter den Mandatsträgern zuletzt sogar zurückgegangen ist.

Ich bin überzeugt: Diesen Mangel der demokratischen Repräsentation zu beheben muss ein vordringliches Ziel der Politik sein. Denn Gleichstellung heißt eben auch: gleiche Teilhabe an der politischen Macht. Welche Mittel sich hierfür empfehlen: Darüber wird seit geraumer Zeit bekanntlich kontrovers diskutiert. Und gewiss werden auch Sie darüber intensiv diskutieren.

Für mich jedenfalls ist klar: Es wäre eine Illusion, darauf zu hoffen, dass sich das Repräsentations-Problem von selbst lösen wird. Denn wenn es eine Lehre gibt aus 150 Jahren Kampf für Gleichstellung und Gleichberechtigung, dann doch wohl diese: Fortschritt kommt nicht von alleine.

Liebe Teilnehmerinnen und Teilnehmer, ich wünsche Ihnen einen lebendigen und spannenden Kongress. Und ich vertraue fest darauf, dass der Deutsche Juristinnenbund, dass Ihre Vereinigung auch in der nächsten Legislaturperiode die sein wird, als die ich sie kenne:

Eine wichtige Gesprächspartnerin der Politik – mit einer entschlossenen und kraftvollen Stimme für mehr Gleichstellung und Gleichberechtigung von Frauen in allen Lebensbereichen.

DOI: 10.5771/1866-377X-2022-1-4

## Demokratie und Rechtsstaatlichkeit

Festvortrag auf dem 44. djB-Bundeskongress am 16. September 2021

Prof. Dr. Doris König

Vizepräsidentin des Bundesverfassungsgerichts

Sehr geehrte, liebe Frau *Wersig*, liebe *Katharina*, liebe Mitglieder des djB, meine sehr geehrten Damen und Herren,

ich freue mich sehr, heute Abend zur Eröffnung des 44. djB-Bundeskongresses den Festvortrag zum Thema „Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“ halten zu können. Es wäre natürlich noch schöner gewesen, wenn wir uns alle, wie ursprünglich geplant, in Hamburg hätten versammeln und uns nach der Veranstaltung untereinander hätten austauschen können. Leider ist das persönliche Zusammentreffen wie so vieles andere der Corona-Pandemie zum Opfer gefallen. Dank der vorausschauenden Organisation des Bundesvorstands kann der Kongress aber immerhin in digitalem Format stattfinden.

### I. Warum dieses Thema für den heutigen Festvortrag?

Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind für Juristinnen und Juristen in der Bundesrepublik Deutschland etwas Vertrautes

und Selbstverständliches. Die meisten von uns sind in dieser freiheitlichen Demokratie aufgewachsen, haben an freien Wahlen in Bund, Ländern, Gemeinden und in der Europäischen Union teilgenommen und spätestens während des Jurastudiums die Mechanismen des Rechtsstaats kennengelernt und verinnerlicht.

Doch sind Demokratie und Rechtsstaatlichkeit heute noch etwas ganz Selbstverständliches? Wir alle mussten in den letzten Jahren beobachten, wie sich in einigen unserer Nachbarländer, insbesondere in Polen und Ungarn, aber auch in unserem Land politische und gesellschaftliche Strömungen ausgebreitet haben, die Demokratie und Rechtsstaatlichkeit aushebeln wollen.

Diese Entwicklungen erfüllen uns alle mit Befremden und mit Sorge. Sie beschäftigen auch die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts, nicht nur in internen Diskussionen und bei öffentlichen Veranstaltungen, sondern auch in unserem Arbeitsalltag.<sup>1</sup> Das Bundesverfassungsgericht, das in diesem Jahr

1 Vgl. z.B. Voßkuhle, Andreas, Rechtsstaat und Demokratie, in: Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, Berlin 2021, S. 199 ff.

70 Jahre alt wird, genießt zwar nach wie vor ein vergleichsweise hohes Ansehen in der Bevölkerung. Es werden aber zunehmend Versuche unternommen, es einerseits zur Erreichung politischer Ziele zu instrumentalisieren und andererseits die Akzeptanz seiner Entscheidungen zu schwächen sowie einzelne seiner Mitglieder öffentlich anzugreifen. Natürlich hat es auch früher schon harsche und laute Kritik an Entscheidungen unseres Gerichts gegeben. Solange dabei das Recht nicht verletzt wird, ist dies in einem demokratischen Rechtsstaat notwendig und legitim. Doch die jetzigen Angriffe haben eine neue – besorgniserregende – Qualität, weil sie den gesellschaftlichen Grundkonsens, das im Grundgesetz niedergelegte gemeinsame Wertefundament verlassen und dazu dienen, das Vertrauen in die Institution als solche zu untergraben.

Eine ähnliche Entwicklung lässt sich auch in anderen Bereichen der Gesellschaft beobachten. Spätestens seit 2015, dem Beginn der sogenannten Flüchtlingskrise, ist der Umgangston in politischen Debatten – um es einmal ganz vorsichtig auszudrücken – rauer und unversöhnlicher geworden. Durch die Aufrüstung der Rhetorik haben sich die Grenzen des Sagbaren in unserer Gesellschaft verschoben.<sup>2</sup> Aus politischen Gegnern sind Feinde geworden, die man als Rechtsbrecher brandmarkt und deren Tod man bei Demonstrationen ungeniert auf mitgeführten Plakaten fordert. Regierung und Parlament werden verächtlich gemacht.

Diese Entwicklung setzt sich im Netz nicht nur fort, sondern verstärkt sich aufgrund der dort herrschenden Anonymität noch. Nicht ohne Grund sprechen wir seit einiger Zeit von „Hass im Netz“, der sich auch und gerade gegen Frauen richtet. Besonders betroffen sind Frauen, die sich politisch engagieren, weil sie sichtbar und damit leicht angreifbar sind. Die mit solchen Angriffen verbundenen persönlichen Belastungen können die Bereitschaft von Frauen, in die Politik zu gehen, zusätzlich mindern.

Dies führt mich zu einem weiteren Problem für die Demokratie in unserem Land, das viele allerdings noch immer nicht als solches wahrnehmen. Nach wie vor fehlt es an einer gleichberechtigten Teilhabe von Frauen an der Macht in Regierungen und Parlamenten. Wie wir alle wissen, ist der Frauenanteil im Bundestag der jetzt auslaufenden Legislaturperiode auf knapp 31 Prozent abgesunken. Nur bei denjenigen Parteien, die in ihren Statuten eine verbindliche Frauenquote festgelegt haben (SPD, Bündnis 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE), liegt der Frauenanteil unter den Abgeordneten zwischen 42 Prozent und 58 Prozent. Die andauernde Unterrepräsentanz von Frauen an den Schaltstellen der Macht hat *Elisabeth Selbert* einmal so kommentiert: „Die mangelnde Heranziehung von Frauen zu öffentlichen Ämtern und ihre geringe Beteiligung in den Parlamenten ist schlicht Verfassungsbruch in Permanenz.“ Hier müssen im Rahmen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit Veränderungen herbeigeführt werden, um den Frauen – gut 50 Prozent der Bevölkerung – die gleichberechtigte Teilhabe an der Macht zu ermöglichen.

## II. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit unter Druck

### 1. Wie hängen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zusammen?

Auch wenn wir alle eine gewisse Vorstellung vom Inhalt dieser Verfassungsprinzipien haben, zeichnen sich sowohl der Begriff

der Demokratie als auch der Begriff der Rechtsstaatlichkeit durch Weite und Offenheit aus. Ich möchte deshalb in aller Kürze versuchen, holzschnittartig die verfassungsrechtlichen Kernelemente dieser beiden Begriffe herauszuarbeiten und ihr Verhältnis zueinander zu beschreiben.

a) Die Demokratie ist – jedenfalls so, wie sie in Art. 20 GG als Staatsform verankert ist – Ausdruck der Freiheit und Selbstbestimmung des Volkes.<sup>3</sup> Die freie Selbstbestimmung des Volkes setzt die Gleichheit aller Bürgerinnen und Bürger in Bezug auf ihre politischen Mitwirkungsrechte voraus.<sup>4</sup> Kernelement der Demokratie ist das Mehrheitsprinzip. Im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts heißt es dazu: „Für die vom Grundgesetz verfasste Staatsordnung ist eine durch Wahlen und Abstimmungen betätigte Selbstbestimmung des Volkes nach dem Mehrheitsprinzip konstitutiv.“<sup>5</sup> Wir haben in unserer Geschichte inzwischen leidvoll erfahren, dass das Mehrheitsprinzip Herrschaft nicht deshalb legitimiert, weil die Mehrheit die Vermutung der immanenten Richtigkeit oder gar einer höheren Wahrheit für sich hätte.<sup>6</sup> Die Legitimität der Mehrheitsherrschaft setzt vielmehr eine politische Gemeinschaft mit einem gewissen Grundkonsens und einer gemeinsamen Wertebasis sowie die Einhaltung bestimmter formaler Verfahren bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung voraus.

Ein weiteres wesentliches Strukturelement der Demokratie ist die Herrschaft auf Zeit. Die Akzeptanz der Mehrheitsherrschaft stützt sich maßgebend darauf, dass durch Neuwahlen in regelmäßigen Abständen die Möglichkeit besteht, dass die zunächst unterlegene Minderheit zur Mehrheit werden und vorangegangene Entscheidungen revidieren kann. Ein Kennzeichen demokratischer Herrschaft ist die grundsätzliche Korrigierbarkeit von Mehrheitsentscheidungen und die Möglichkeit politischer Kurswechsel durch Ablösung der vormaligen Mehrheit durch die ehemalige Minderheit. Zu betonen ist allerdings, dass solche Kurswechsel nur im Rahmen und auf dem Boden unserer Verfassung vorgenommen werden dürfen. Um den demokratischen Prozess für solche Wechsel offenzuhalten, bedarf es des Schutzes der Rechte parlamentarischer Minderheiten beziehungsweise der Opposition. Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem Grundgesetz den Grundsatz effektiver Opposition hergeleitet, ein Gebot zur Schaffung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte über die im Grundgesetz verankerten Minderheitenrechte hinaus aber abgelehnt.<sup>7</sup> Dem Ziel der Offenhaltung des politischen Prozesses dient zudem der Grundsatz der Chancengleichheit

2 Vgl. zu den rhetorischen Strategien der „Neuen Rechten“ Diekmann, Marie/Welsch, Lea, Die neuen Rechten und der Streit um die Meinungsfreiheit, *Kritische Justiz* 53 (2020), S. 286-298 (293 ff. m.w.N.).

3 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Band 2, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 24 Rn. 3

4 Vgl. Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar* Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 61; Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), *Grundgesetz Kommentar*, Band III, Art. 20 II Rn. 35 ff., jeweils m.w.N. BVerfGE 123, 267 <341>.

5 Dreier (Fn. 4), Art. 20 Rn. 68.

7 Vgl. BVerfGE 142, 25 <55 ff. Rn. 85 ff.; 58 ff. Rn. 91 ff.>.

der Parteien, den das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Entscheidungen konkretisiert hat.<sup>8</sup>

Eine weitere konstitutive Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie ist ein von staatlicher Einflussnahme freier, offener Kommunikationsprozess. Dieser wird im Grundgesetz insbesondere gewährleistet durch die Meinungsäußerungs-, die Informations- und die Versammlungsfreiheit sowie die Presse- und Rundfunkfreiheit. Gerade in diesem Bereich haben in den letzten zwei Jahrzehnten gravierende Veränderungen des Kommunikationsverhaltens stattgefunden. Die Kommunikation in den sozialen Netzwerken hat den offenen Kommunikationsprozess einerseits bedeutend erweitert, ist aber andererseits auch mit erheblichen Gefährdungen dieses Prozesses verbunden (Stichwort: Kommunikationsblasen, Beeinflussung durch Algorithmen, Fake News, Enthemmung durch Anonymisierung).<sup>9</sup>

Meine Ausführungen beziehen sich wohlgerne auf die Ausgestaltung demokratischer Herrschaft auf staatlicher Ebene, so wie sie im Grundgesetz vorgenommen worden ist. Wie sich die Kernelemente und Grundvoraussetzungen der Demokratie auf überstaatlicher Ebene, insbesondere in der Europäischen Union, verwirklichen lassen und welcher Modifikationen des Demokratieprinzips es hierzu bedarf, ist damit noch nicht gesagt.<sup>10</sup>

b) Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zielt darauf ab, staatliches Handeln im Rahmen einer verlässlichen Rechtsordnung umzusetzen und am Maßstab des Rechts zu messen bzw. zu kontrollieren. Es dient der Begrenzung und Bindung staatlicher Herrschaftsgewalt zum Schutze individueller und gesellschaftlicher Freiheit und somit der Einhegung staatlicher Macht.<sup>11</sup> Auch wenn sich aus dem Rechtsstaatsprinzip keine konkreten Ge- und Verbote herleiten lassen,<sup>12</sup> zeichnet es sich doch durch bestimmte Kernelemente aus. Dazu gehören insbesondere der Grundsatz der Gewaltenteilung, die Gesetzmäßigkeit des Handelns von Exekutive und Judikative sowie das Recht auf effektiven Rechtsschutz. Dieses gewährleistet seinerseits den Zugang zu einem Gericht und die Kontrolle hoheitlichen Handelns durch sachlich und persönlich unabhängige sowie unparteiische Richterinnen und Richter.<sup>13</sup>

c) Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind in einem freiheitlichen Staat auf das Engste miteinander verzahnt. Sie sind im europäischen Verfassungsstaat sozusagen zwei Seiten einer Medaille. Demokratie als Mehrheitsherrschaft ist stets in der Gefahr, die Rechte der Minderheit zu beschneiden und zum Zwecke des eigenen Machterhalts den offenen Meinungs- und Willensbildungsprozess zu beschränken. Um dies zu verhindern, bedarf es auch in der Demokratie der Bindung staatlicher Herrschaftsgewalt an das Recht einerseits und der Kontrolle staatlichen Handelns durch unabhängige Gerichte andererseits. Nur so können die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger auf Dauer gesichert werden.

Die enge, sozusagen symbiotische Verzahnung von Demokratie, Grundrechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit ist nicht nur im Grundgesetz verankert, sondern auch in Art. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV). Sie bildet damit die Grundlage des Wertefundaments der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten.

## 2. Ist der demokratische Rechtsstaat in Gefahr?

Mit Blick auf die Europäische Union verfestigt sich der Eindruck, dass Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in manchen Mitgliedstaaten immer mehr unter Druck geraten. Wir alle haben in den letzten Jahren mit ansehen müssen, wie insbesondere in Polen und Ungarn durch die sogenannten Justizreformen und eine fortschreitende Beschränkung der Presse- und Rundfunkfreiheit der demokratische Rechtsstaat von innen immer weiter ausgehöhlt wird. Wenn man sich die Reihenfolge der Ereignisse anschaut, kann man – ohne die jeweiligen Besonderheiten auszublenken – eine Art Masterplan erkennen, nach dem zunächst die Verfassungs- und Höchstgerichte, dann die allgemeine Justiz umgebaut und parallel Vielfalt und Freiheit der Presse beschränkt worden sind. Dies alles geschah im Namen der Demokratie, das heißt in Umsetzung des Mehrheitswillens des Volkes, zu dessen Anwalt sich rechtspopulistische Parteien aufgeschwungen haben.

Zur Erinnerung: In Polen ging die in den Wahlen siegreiche PiS-Partei bereits Ende 2015 gegen das Verfassungstribunal vor und ersetzte in kurzer Zeit die meisten seiner Mitglieder mit ihr politisch genehmen Richterinnen und Richtern.<sup>14</sup> Die verfassungsrechtliche Kontrollinstanz wurde damit faktisch ausgeschaltet.<sup>15</sup> Auch die Richterschaft des bereits seit 1917

8 Vgl. BVerfGE 154, 320 <334 f. Rn. 46>; 148, 11 <24 Rn. 42>; 140, 1 <23 Rn. 62>; 138, 102 <110 Rn. 29>; 124, 1 <20>; 111, 382 <398>; 107, 286 <294>; 104, 14 <19 f.>; 73, 40 <89>; 66, 107 <114>; 20, 56 <116>.

9 Auf solche Gefährdungen hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zur Erhöhung der Rundfunkgebühren explizit hingewiesen, vgl. Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Juli 2021 – 1 BvR 2756/20, 2775/20 und 2777/20 –, Rn. 80 f.

10 Vgl. zu den damit verbundenen Fragen Masing, Johannes, Verfassung im internationalen Mehrebenensystem, in: Herdegen u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 2 Rn. 172 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

11 Vgl. Böckenförde (Fn. 3), Rn. 83; Schmidt-Aßmann, Eberhard, Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 26 Rn. 1, 51 ff.

12 Vgl. BVerfGE 65, 283 <290>; stRspr.

13 Vgl. BVerfGE 149, 346 <363 Rn. 34 f.>.

14 Vgl. dazu im Einzelnen de Vries, Tina, Der Konflikt um den polnischen Verfassungsgerichtshof – Teil 1, Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO) 2016, S. 71-75 und Teil 2, WiRO 2016, S. 104-109; dies., Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 1, WiRO 2018, S. 105-110; und Voßkuhle (Fn. 1), S. 201 f. m.w.N.

15 Hierzu führte die Europäische Kommission bei der Einleitung des Rechtsstaatsverfahrens gegen Polen gemäß Art. 7 Abs. 1 EUV aus: „Die rechtswidrige Ernennung der Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs, die Zulassung der drei vom 8. Sejm ohne gültige Rechtsgrundlage benannten Richter, die Ernennung eines dieser Richter zum Vizepräsidenten des Gerichtshofs, die Tatsache, dass die drei im Oktober 2015 von der vorherigen Volksvertretung rechtmäßig benannten Richter ihr Amt als Richter am Gerichtshof nicht antreten konnten, sowie die (...) anschließenden Entwicklungen innerhalb des Gerichtshofs haben de facto dazu geführt, dass der Gerichtshof außerhalb des normalen verfassungsmäßigen Verfahrens für die Ernennung von Richtern völlig neu zusammengesetzt wurde. Aus diesem Grund vertrat die Kommission die Auffassung, dass Unabhängigkeit und Legitimität des Verfassungsgerichtshofs stark beeinträchtigt sind und die Verfassungsmäßigkeit der polnischen Gesetze daher nicht mehr wirksam garantiert werden kann. Die vom Gerichtshof unter diesen Umständen erlassenen Urteile können nicht mehr als wirksame verfassungsgerichtliche Kontrolle angesehen werden.“, in: Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM (2017) 835 final vom 20. Dezember 2017.

bestehenden Obersten Gerichts, das unter anderem für Wahlprüfungsverfahren zuständig ist, wurde im Gefolge mehrerer umstrittener Gesetzesänderungen inzwischen zu einem erheblichen Teil ausgetauscht. Als Mittel wurden etwa das „court packing“ eingesetzt, d.h. die Erhöhung der Richterzahl um knapp 30 auf 120, und die Herabsetzung des Pensionsalters. Zudem wurden neue Sonderkammern, insbesondere eine Disziplinarkammer für Richter und Staatsanwälte, eingerichtet, über die die Regierungspartei politischen Einfluss auf die Dienstaussübung der in der Justiz Tätigen nehmen kann.<sup>16</sup> Auch die Zusammensetzung des Landesjustizrates – ehemals ein Gremium der justiziellen Selbstverwaltung –, der nach der Verfassung für den Schutz der Unabhängigkeit der Gerichte zuständig ist und dem Präsidenten alle Richterinnen und Richter zur Ernennung vorschlägt, ist durch die nunmehrige Wahl seiner Mitglieder durch den Sejm im Sinne der PiS-Partei politisiert worden.<sup>17</sup> Parallel dazu ist das Gerichtssystem insgesamt so umgestaltet worden, dass auf richterliche Entscheidungen durch Aufsichtsmaßnahmen und disziplinarische Kontrolle politisch Einfluss genommen werden kann. Zahlreiche Präsidentenstellen sind neu besetzt, viele Richterinnen und Richter abberufen und durch neue ersetzt worden.<sup>18</sup> Diese Vorgänge sind in Europa von vielen Seiten, insbesondere auch von der Venedig-Kommission des Europarats<sup>19</sup>, der Europäischen Kommission und dem Europäischen Parlament<sup>20</sup>, immer wieder kritisiert worden. Die Kommission hat am 20. Dezember 2017 ein Rechtsstaatsverfahren gegen Polen eingeleitet,<sup>21</sup> das sich allerdings wegen des Erfordernisses der Einstimmigkeit in Art. 7 Abs. 2 EUV bisher als stumpfes Schwert erwiesen hat.

Als schärferes Schwert hat sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Unabhängigkeit von Gerichten herausgestellt. Der Gerichtshof hat in mehreren Vorabentscheidungs- und Vertragsverletzungsverfahren in Bezug auf die polnische „Justizreform“ Verstöße gegen das Unionsrecht festgestellt.<sup>22</sup> Exemplarisch ist das Verfahren um die 2018 eingesetzte Disziplinarkammer beim Obersten Gericht. Die Kommission hatte eine Vertragsverletzungsklage erhoben und einen Antrag auf einstweilige Anordnung gestellt. Die am 8. April 2020 erlassene Eilentscheidung, mit der der EuGH die Suspendierung der Tätigkeit der Disziplinarkammer anordnete,<sup>23</sup> wurde von Polen nicht umgesetzt. Im Gegenteil, mit Urteil vom 14. Juli 2021 stellte das Verfassungstribunal fest, dass die einstweilige Anordnung ein Ultra-vires-Akt und damit unbeachtlich sei. Einen Tag später urteilte der EuGH, dass Polen dadurch, dass es die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Disziplinarkammer nicht gewährleiste und zulasse, dass der Inhalt von Gerichtsentscheidungen und die Durchführung von Vorabentscheidungsverfahren zur Einleitung von Disziplinarverfahren führen können, gegen Unionsrecht verstoßen hat.<sup>24</sup> Der Gerichtshof hat seit 2018 mehrfach gegen Polen entschieden<sup>25</sup>; weitere Verfahren sind anhängig.<sup>26</sup> Ob der neue Rechtsstaatsmechanismus im Rahmen des zukünftigen EU-Haushalts, der Antrag der Kommission auf Festsetzung von Zwangsgeldern sowie die Zurückhaltung von Zuschüssen aus dem Corona-Wiederaufbaufonds, mit anderen Worten: die

Drohung mit dem Verlust erheblicher EU-Finanzmittel, zu einem Umdenken in Polen führen werden, bleibt abzuwarten.

Auch in Ungarn stehen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit seit Jahren unter Druck. Seitdem *Viktor Orbán* und seine

- 16 Vgl. de Vries, Tina, Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 2, WiRO 2018, S. 129-133.
- 17 Vgl. de Vries (Fn. 14), WiRO 2018, S. 109 f.; aufgrund von Bedenken hinsichtlich seiner Unabhängigkeit setzte das Europäische Netz der Räte für das Justizwesen 2018 die Mitgliedschaft des polnischen Landesjustizrates aus und 2020 schlug der Vorstand des Netzes dessen Ausweisung vor.
- 18 Ebenda, 108 f.
- 19 Vgl. z.B. Venedig-Kommission, Poland – Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, CDL-AD(2016)026-e; Opinion on the Act on the Public Prosecutor's office, as amended, CDL-AD(2017)028; Checkliste vom 24. Juni 2019, CDL-AD(2019)015; Poland – Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on amendments to the Law on the Common courts, the Law on the Supreme court and some other Laws, CDL-AD(2020)017.
- 20 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2017 zur Lage der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie in Polen; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 1. März 2018 zu dem Beschluss der Kommission, im Hinblick auf die Lage in Polen das Verfahren gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV einzuleiten; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Januar 2020 zu den laufenden Anhörungen gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV zu Polen und Ungarn.
- 21 COM (2017) 835 final vom 20. Dezember 2017.
- 22 Vgl. z. B. Urteil vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531; Urteil vom 5. November 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte], C-192/18, EU:C:2019:924; Urteil vom 19. November 2019, A. K. u. a. [Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts], C-585/18, C-624/18 und C-625/18, EU:C:2019:982; Urteil vom 2. März 2021, A. B. u. a. [Ernennung von Richtern am Obersten Gericht – Rechtsbehelf], C-824/18, EU:C:2021:153.
- 23 Beschluss vom 8. April 2020, Kommission/Polen, C-791/19 R, EU:C:2020:277.
- 24 Urteil vom 15. Juli 2021, Kommission/Polen, C-791/19, EU:C:2021:596.
- 25 Vgl. Urteil vom 25. Juli 2018, LM [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586; Urteil vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531; Urteil vom 5. November 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte], C-192/18, EU:C:2019:924; Urteil vom 19. November 2019, A. K. u. a. [Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts], C-585/18, C-624/18 und C-625/18, EU:C:2019:982; Urteil vom 26. März 2020, Miasto łowicz/ Skarb Państwa – Wojewoda łódzki [Disziplinarverfahren gegen Richter in Polen], C-558/18 und C-563/18, EU:C:2020:234; Urteil vom 17. Dezember 2020, L. und P. [Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls], C-354/20 PPU und C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033; Urteil vom 2. März 2021, A. B. u. a. [Ernennung von Richtern am Obersten Gericht – Rechtsbehelf], C-824/18, EU:C:2021:153. Vgl. in diesem Zusammenhang auch EGMR, Urteil vom 22. Juli 2021, Reczkowicz v. Poland, Nr. 43447/19.
- 26 Vgl. Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Okręgowy w Krakowie, eingereicht am 27. April 2021, C-269/21; Klage der Europäischen Kommission gegen Polen, eingereicht am 1. April 2021, C-204/21; Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Okręgowy w Katowicach, eingereicht am 23. März 2021, C-181/21; Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Okręgowy w Warszawie, eingereicht am 9. Dezember 2020, C-671/20; Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Najwyższy, eingereicht am 22. September 2020, C-509/20; Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Najwyższy, eingereicht am 2. Oktober 2020, C-495/20; Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Najwyższy, eingereicht am 25. September 2020, C-492/20; Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Okręgowy w Warszawie, eingereicht am 15. Oktober 2019, C-754/19; Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Okręgowy w Warszawie, eingereicht am 15. Oktober 2019, C-748/19.

Fidesz-Partei 2010 die Mehrheit erlangt haben, ist das politische System konsequent zu einer sogenannten „illiberalen Demokratie“ umgebaut worden. Sogleich wurden auch dort Maßnahmen gegen die Unabhängigkeit der Justiz ergriffen. So wurde etwa das Renteneintrittsalter von Richtern, Staatsanwälten und Notaren von 70 auf 62 Jahre abgesenkt, was zu der Entlassung zahlreicher Betroffener aus dem Amt führte. Obwohl der EuGH dies im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens als ungerechtfertigte Altersdiskriminierung wertete,<sup>27</sup> konnten die meisten der entlassenen Juristinnen und Juristen nicht in ihre Ämter zurückkehren. Ferner wurde mittels „court packing“ die Zahl der Richter des Verfassungsgerichts von 11 auf 15 erhöht und, nachdem das Gericht mit regierungstreuen Personen besetzt worden war, deren Amtszeit von drei auf zwölf Jahre verlängert. Darüber hinaus erfolgten zahlreiche Änderungen des Verfassungsprozessrechts und die Kontrollkompetenzen des Gerichts wurden erheblich beschnitten. Schließlich darf das Gericht keine Entscheidungen mehr heranziehen, die vor dem Inkrafttreten des neuen ungarischen Grundgesetzes am 1. Januar 2012 ergangen sind.<sup>28</sup> Durch verschiedene Gesetzesänderungen ist die Unabhängigkeit der Gerichte und des Landesrichterrats zunehmend gefährdet.<sup>29</sup> Zudem werden insbesondere die Medienvielfalt, die Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit,<sup>30</sup> aber auch weitere Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger immer weiter eingeschränkt. Trotz heftiger Kritik an den sogenannten Reformen, etwa von der Venedig-Kommission<sup>31</sup>, verfolgt Orbán seinen Kurs bisher unbeirrt weiter. Im September 2018 forderte das Europäische Parlament den Rat mit großer Mehrheit auf, auch gegen Ungarn ein Rechtsstaatsverfahren nach Art. 7 Abs. 1 EUV einzuleiten. Die hiergegen gerichtete Nichtigkeitsklage Ungarns wies der EuGH mit Urteil vom 3. Juni dieses Jahres ab.<sup>32</sup> Es bleibt abzuwarten, ob der Rat nun zeitnah tätig wird.

In Deutschland sind wir von solchen Entwicklungen glücklicherweise noch weit entfernt. Dennoch gibt es auch in unserem Land politische und gesellschaftliche Kräfte, die das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Integrität staatlicher Institutionen und die Unabhängigkeit der Justiz zu schwächen versuchen. Erinnerung sei hier nur an die Mär von der „Herrschaft des Unrechts“ im Zusammenhang mit der Aufnahme von Flüchtlingen und der Errichtung einer „Corona-Diktatur“ mitsamt Abschaffung der Grundrechte. Das Bundesverfassungsgericht wird gern als „verlängerter Arm“ der Regierenden beschrieben. Solche Zuschreibungen bzw. Zuspitzungen sind – bei aller Berechtigung auch herber Kritik an bestimmten politischen oder gerichtlichen Entscheidungen – geeignet, das Vertrauen in unsere demokratische Ordnung und in staatliche Institutionen zu untergraben.

Es bedarf des Engagements aller demokratischen Kräfte, um sich solchen Entwicklungen entgegenzustellen und den – auch in Deutschland nicht undenkbar<sup>33</sup> – Umbau von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in eine sogenannte „illiberale Demokratie“ nach ungarischem oder polnischem Muster zu verhindern. Auch und gerade Frauen sind aufgefordert, sich in diese grundlegenden politischen Auseinandersetzungen einzubringen und für ihre Rechte einzustehen. Sie haben besonders viel zu verlieren, wie

etwa die Verschärfung des Abtreibungsrechts in Polen zeigt. Rechtspopulistische Parteien propagieren ein – vorsichtig ausgedrückt – konservatives Bild der Frau als Mutter und Hausfrau. In Österreich hat beispielsweise die vormalige schwarzblaue Regierung in der Frauenpolitik „den Hebel energisch umgelegt“ und insbesondere Fördergelder für Frauenhäuser, Gewaltprävention, frauenpolitische Projekte und Genderforschung zusammengestrichen.<sup>34</sup> Zudem werden Frauen in dem veränderten Kommunikationsklima, das durch die Anonymität und das Fehlen sozialer Kontrolle im Netz begünstigt wird, mit längst überwunden geglaubten frauenfeindlichen Stereotypen und mancherorts geradezu mit einem Frauenhass konfrontiert. Dem gilt es mit aller Entschlossenheit entgegenzutreten.

### III. Hass im Netz – eine Gefährdung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit

Gewalt gegen Frauen hat im Netz besondere Formen angenommen, die die Betroffenen in ähnlicher Form verletzen und schädigen wie physische Gewaltanwendung. Hate Speech betrifft vorwiegend Personen, die einer bestimmten Gruppe – oft einer Minderheit – angehören und die wegen der ihnen zugeschriebenen Identitätsmerkmale in ihrem sozialen Achtungsanspruch abgewertet werden.<sup>35</sup> Wiewohl beileibe keine Minderheit, sind auch und gerade Frauen von Hassreden betroffen,<sup>36</sup> denen durch eine sexualisierte, verrohete und verächtlich machende Sprache im wahrsten Sinne des Wortes deutlich gemacht werden soll, wer der Herr im Hause ist und bleibt. Die wenigen Studien, die es bisher zu den Auswirkungen von Hassreden gibt, deuten darauf hin, dass Frauen eher zu einem Rückzug aus dem Netz tendieren,<sup>37</sup> also mundtot gemacht werden. Man spricht hier vom „silencing effect“. Besonders betroffen sind Personen und eben auch Frauen, die aufgrund ihres politischen oder gesell-

27 Urteil vom 6. November 2012, C-286/12, Kommission/Ungarn, EU:C:2012:687.

28 Vgl. zu den genannten Maßnahmen Voßkuhle (Fn. 1), S. 201 f. m.w.N.

29 Vgl. im Einzelnen den Bericht der Europäischen Kommission über die Rechtsstaatlichkeit 2020 – Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn, Dok. SWD (2020) 316 final, S. 3 ff. Ebenda, S. 15 ff.

31 Vgl. zuletzt Venedig-Kommission, Hungary – Opinion on the constitutional amendments adopted by the Hungarian parliament in December 2020, July 2021, CDL-AD(2001)029; Hungary – Opinion on the law on administrative courts and on the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules, March 2019, CDL-AD(2019)004.

32 Urteil vom 3. Juni 2021, C-650/18, Ungarn/Europäisches Parlament, EU:C:2021:426.

33 Vgl. etwa zu einem Szenario, bei dem das Bundesverfassungsgericht „kaltgestellt“ und eine Autokratie errichtet werden könnte, Steinbeis, Maximilian, Ein Volkskanzler, VerBlog, 2019/9/09, online <<<https://verfassungsblog.de/einvolkskanzler/>>> (Zugriff: 19.01.2022).

34 Vgl. Velten, Petra, Gewalt gegen Frauen im Zeitalter der Digitalisierung, djbZ 3/2020, S. 132-137.

35 Vgl. Steinl/Leonie, Schemmel, Jacob, Der strafrechtliche Schutz vor Hassrede im Internet, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2/2021, S. 86-100 (87).

36 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, BTDRs. 19/17741, S. 15.

37 Steinl/Schemmel (Fn. 35), S. 87 f. m.w.N., 92; Velten (Fn. 34), S. 133 f. und Fn. 13.

schaftlichen Engagements öffentlich sichtbar sind und den Hass deshalb verstärkt auf sich ziehen. Ein illustratives Beispiel dafür ist hierzulande der Fall von *Renate Künast*,<sup>38</sup> in Österreich der Fall der Grünenpolitikerin *Siggi Maurer*.<sup>39</sup>

Eine Gefahr für die Demokratie liegt zum einen darin, dass viele Menschen und gerade auch Frauen durch Hate Speech aus dem Diskurs im Netz herausgedrängt und davon abgehalten werden sollen, sich politisch zu engagieren, um sich den Hassstrahlen nicht auszusetzen. Zum anderen werden, wie bisherige Erfahrungen gezeigt haben, Hasskampagnen häufig aus dem rechtsextremen Milieu heraus organisiert, nicht nur, um die betroffenen Personen zu diskreditieren, sondern auch, um die staatlichen Strukturen in Bund, Ländern und Kommunen anzugreifen und damit den liberalen, demokratischen Rechtsstaat zu schwächen.<sup>40</sup>

Inzwischen ist der Gesetzgeber tätig geworden, tut sich mit dem Schutz der Menschen vor Hass im Netz aber schwer und scheint der Realität immer einen Schritt hinterherzuhinken. So gilt etwa das 2017 verabschiedete Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) nur für große soziale Netzwerke, nicht aber für kleinere alternative Plattformen, auf die die Organisatoren von Hassreden vermehrt „umgezogen“ sind.<sup>41</sup> Mit dem im Juni dieses Jahres verabschiedeten Änderungsgesetz werden nun auch Anbieter von Videohostingplattformen einbezogen.<sup>42</sup> Mit dem im April dieses Jahres in Kraft getretenen Gesetz gegen Rechtsextremismus und Hasskriminalität soll zudem wirkungsvoller gegen Hass im Netz vorgegangen werden. Zahlreiche einschlägige Straftatbestände wurden verschärft; so wurde etwa der Strafraum für die Androhung von Mord oder Vergewaltigung im Internet verdreifacht (§ 241 StGB n.F.), antisemitische Motive sind ausdrücklich als strafscharfend zu werten (§ 46 StGB n.F.). Dies gilt im Übrigen auch bisher schon für weitere menschenverachtende Motive wie Frauenhass.<sup>43</sup> Ab Februar 2022 sind Plattformbetreiber verpflichtet, dem Bundeskriminalamt (BKA) bestimmte Hassdelikte zu melden, wobei allerdings gerade die besonders häufig vorkommenden Delikte der Beleidigung, der üblen Nachrede und der Verleumdung hiervon ausgenommen sind. Um Täter schnell identifizieren zu können, müssen sie dem BKA neben dem Hassposting auch die IP-Adresse und Port-Nummer, die dem Nutzerprofil zuletzt zugeteilt war, mitteilen.<sup>44</sup> Da die Strafverfolgung bisher häufig an einer Identifizierung der Täter gescheitert ist und Beleidigungsdelikte oft eingestellt werden,<sup>45</sup> bleibt zu hoffen, dass das neue Gesetz zu einer effektiveren Sanktionierung der Täter und damit auch zu einem Abschreckungseffekt führt.

Sowohl Staatsanwaltschaften als auch Gerichte sind noch dabei, sich auf die Hasskriminalität im Netz einzustellen, um adäquat reagieren zu können. Im Kern geht es hier – neben einer besseren technischen Ausstattung und Fortbildung – um eine an die neue Realität angepasste Justierung des Verhältnisses zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz. In Reaktion auf manche Gerichtsentscheidung, insbesondere diejenige des Landgerichts Berlin im Fall *Künast*, hat das Bundesverfassungsgericht im letzten Jahr in vier Kammerbeschlüssen<sup>46</sup> die verfassungsrechtlichen Maßstäbe noch einmal zusammengefasst und mit Blick auf das Internet aktualisiert. Dabei hat die Kammer

klargestellt, dass eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht nur in besonderen Ausnahmefällen entbehrlich sein kann, nämlich in den nur unter engen Voraussetzungen anzunehmenden Fällen einer Schmähkritik, einer Formalbeleidigung oder einer Verletzung der Menschenwürde.<sup>47</sup> In allen übrigen Fällen bedarf es einer Abwägung, deren wesentliche Kriterien die Kammer aufgeführt hat.<sup>48</sup> Zu diesen zählt mit Blick auf den Inhalt einer Äußerung zunächst deren konkreter ehrschmälernder Gehalt. Dieser hänge davon ab, ob und inwieweit die Äußerung grundlegende, allen Menschen gleichermaßen zukommende Achtungsansprüche betrifft oder ob sie eher das soziale Ansehen der konkret betroffenen Person schmälert. Hier ist Raum für die Einbeziehung des Aspekts gruppenbezogener Diskriminierung beziehungsweise der Abwertung von Menschen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, die in der Abwägung das Persönlichkeitsrecht verstärken kann.<sup>49</sup>

Das Gewicht der Meinungsfreiheit sei – so die Kammer weiter – umso höher, je mehr die Äußerung darauf ziele, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, und umso geringer, je mehr es hiervon unabhängig lediglich um die emotionalisierende Verbreitung von Stimmungen gegen einzelne Personen gehe.<sup>50</sup> Auch unter dem Gesichtspunkt der Machtkritik sei nicht jede ins Persönliche gehende Beschimpfung von Amtsträgern oder Politikern erlaubt. Mit Blick auf das Internet hebt die Kammer hervor, dass insbesondere unter den Bedingungen der Verbreitung von Informationen durch „soziale Netzwerke“ ein wirksamer Schutz der Persönlichkeitsrechte von Amtsträgern und Politikern über die

- 38 Vgl. zu ihren Erfahrungen mit Hass im Netz Künast, Renate, Hass im Netz, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 6/2021, S. 368-370.; Şahin, Safiye, Hate speech oder free speech? – Grenzen der Meinungsfreiheit im gesellschaftlichen Wandel, Kritische Justiz 53 (2020), S. 256-269 (264 ff.).
- 39 Siehe zum Fall Siggi Maurer Velten (Fn. 34), S. 133 f. m.w.N.
- 40 Vgl. Künast (Fn. 38), S. 368 f. m.w.N.; von Hodenberg, Anna-Lena/Ballon, Josefine, Stell Dich nicht so an – ist ja bloß das Internet, Deutsche Richterzeitung 4 (2021), 132-134; Şahin (Fn. 38), S. 266 ff.; Wandtke, Artur-Axel/Ostendorff, Saskia Grenzen der Meinungsfreiheit bei Hassreden aus straf- und persönlichkeitsrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2021, S. 26-35 (27 mit Verweis auf eine Recherche von BR, NDR und WDR in Fn. 6).
- 41 Künast (Fn. 38), S. 370; der bei Rechtsextremisten und Verschwörungstheoretikern beliebte Messengerdienst Telegram wird seit kurzem als soziales Netzwerk eingestuft und unterliegt damit nunmehr dem NetzDG.
- 42 Vgl. zu den zahlreichen Änderungen Cornils, Matthias, Präzisierung, Vervollständigung und Erweiterung: Die Änderungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes 2021, NJW 34/2021, S. 2465-2471.
- 43 Vgl. BTDrs 19/17741, S. 19.
- 44 Vgl. zu den Gesetzesänderungen im Einzelnen Wandtke/Ostendorff (Fn. 40), S. 27 ff.
- 45 v. Hodenberg/Ballon (Fn. 40), 133.
- 46 Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2397/19; 1 BvR 2459/19; 1 BvR 362/18 und 1 BvR 1094/19 –.
- 47 Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2397/19 –, Rn. 17 ff.
- 48 Ebenda, Rn. 27 ff.
- 49 Vgl. zur stärkeren Berücksichtigung der Gleichheit bei der Abwägung Markard, Nora/Bredler, Eva Maria, Jeder schweigt für sich allein: Silencing effect und die gleichheitsrechtliche Leerstelle in der Beleidigungsdogmatik, VerfBlog 2021/4/20, online <<https://verfassungsblog.de/alleine-schweigen/>> (Zugriff: 19.01.2022).
- 50 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2397/19 –, Rn. 28 f.

Bedeutung für die jeweils Betroffenen hinaus auch im öffentlichen Interesse liegt, was das Gewicht dieser Rechte in der Abwägung verstärken kann.<sup>51</sup> Ferner zieht sie als wesentliches Kriterium die konkrete Verbreitung und Wirkung einer ehrverletzenden Äußerung heran. Erhalte nur ein kleiner Kreis von ihr Kenntnis, sei die damit verbundene Beeinträchtigung der persönlichen Ehre geringfügiger und flüchtiger als bei Äußerungen in „sozialen Netzwerken“. Auch dann sei allerdings nicht allgemein auf das Medium als solches, sondern auf die konkrete Breitenwirkung abzustellen.<sup>52</sup> Hervorzuheben ist auch die Klarstellung, dass die Vermutungsregel zugunsten der Meinungsfreiheit als solche keinen generellen Vorrang der Meinungsfreiheit gegenüber dem Persönlichkeitsschutz begründet. Die Abwägung zwischen den genannten Grundrechten sei offen und verlange eine der konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit Rechnung tragende Begründung in Fällen, in denen die betreffende Äußerung hinter dem Persönlichkeitsschutz zurücktreten solle. Eine Asymmetrie zwischen den Grundrechten bei der Abwägung ergebe sich aus der Vermutungsregel daher nicht.<sup>53</sup> Diese Maßstäbe sind ausbaufähig und lassen Raum für weitere Ausschärfungen, wenn zukünftige Erfahrungen mit der digitalen Kommunikation, etwa der Ausschluss zahlreicher Diskursteilnehmerinnen durch den sogenannten „silencing effect“, das erfordern sollten.

#### IV. Gleichberechtigte Teilhabe an der Macht

Ein weiteres Problem für die Demokratie, das uns in Deutschland, aber auch darüber hinaus beschäftigt, ist die fehlende gleichberechtigte Teilhabe der Frauen an der politischen Macht. Wie bereits erwähnt, ist der Frauenanteil im Bundestag in der jetzt zu Ende gehenden Legislaturperiode auf ca. 31 Prozent abgesunken. Da immer noch nur drei Parteien feste Quotierungen in ihren Statuten festgeschrieben haben, steht zu vermuten, dass es auch in der kommenden Legislaturperiode nicht wesentlich besser wird. Ob Paritätsgesetze hier effektiv Abhilfe schaffen können, möchte ich dahingestellt sein lassen. In Thüringen und Brandenburg sind solche Gesetze vor den dortigen Landesverfassungsgerichten gescheitert.<sup>54</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 15. Dezember 2020 eine Wahlprüfungsbeschwerde als unzulässig verworfen,<sup>55</sup> mit der geltend gemacht worden war, dass die Wahl aufgrund des Fehlens gesetzlicher Regelungen zur paritätischen Ausgestaltung der Landeslisten und Wahlkreiskandidaturen verfassungswidrig gewesen sei. Hier ging es im Kern um die Frage, ob der Bundesgesetzgeber durch die Verfassung verpflichtet ist, ein Paritätsgesetz zu erlassen. Um eine solche Handlungspflicht aus dem Grundgesetz abzuleiten, hätten die Beschwerdeführerinnen darlegen müssen, dass sich das weite gesetzgeberische Ermessen bei der Ausgestaltung des Wahlrechts auf eine einzige konkrete Maßnahme, nämlich den Erlass eines Paritätsgesetzes, verdichtet haben könnte. Dies ist ihnen nicht gelungen. Die Frage, ob ein – bereits erlassenes – Paritätsgesetz auf Bundesebene mit dem Grundgesetz vereinbar wäre, ist damit nicht beantwortet worden. Der Zweite Senat hat in dem Beschluss einerseits auf seine ständige Rechtsprechung zu den einschlägigen Wahlrechtsgrundsätzen und insbesondere

auf das strikte formale Gleichheitsverständnis im Wahlrecht hingewiesen.<sup>56</sup> Ob hiervon aufgrund der in Art. 3 Abs. 2 GG vorgegebenen Ziele abgewichen werden darf, hat er andererseits ausdrücklich offen gelassen.<sup>57</sup> Sie wissen alle, dass hierzu im Schrifttum sehr konträre Ansichten vertreten werden,<sup>58</sup> auf die ich hier schon aus Zeitgründen nicht näher eingehen kann.

Jedenfalls ist das Verhältnis zwischen Recht und Gleichberechtigung ambivalent! Das Recht hat einerseits in der Vergangenheit immer wieder dazu gedient, Machtpositionen der Männer zu erhalten und Reformbestrebungen für mehr Gleichberechtigung zu behindern. Andererseits ist das Recht gerade in jüngerer Zeit – nicht zuletzt dank des Unionsrechts – vielfach dafür genutzt worden, die Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern und zu beschleunigen. Für beide Ziele sind immer wieder auch verfassungsrechtliche Argumente zur Untermauerung der jeweiligen Rechtspositionen herangezogen worden. Das Bundesverfassungsgericht hat in vielen, aber doch nicht in allen Fällen den Weg für mehr Gleichberechtigung bereitet. Wie immer der juristische Streit auch ausgehen mag, ist es sicher klug, im politischen Raum

51 Ebenda, Rn. 32.

52 Ebenda, Rn. 34.

53 Ebenda, Rn. 16.

54 Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Urteile vom 23. Oktober 2020 – 9/19 und 55/19 –, NJW 2020, 3579 ff. und NVwZ 2021, S. 59 ff.; Thüringer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 15. Juli 2020 – 2/20 –, NVwZ 2020, 1266 ff.

55 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2020 – 2 BvC 46/19 –.

56 Ebenda, Rn. 56 ff.; vgl. auch Volk, Laura Die Kardinalfrage der Paritätsdebatte: Formeller oder materieller Gleichheitsbegriff im Wahlrecht?, Die Öffentliche Verwaltung 10 (2021), S. 413-421.

57 Vgl. Penz, Marco, Jetzt erst recht! – Anmerkungen zu BVerfG, Beschluss v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19 –, Die Öffentliche Verwaltung 10 (2021), S. 422-427 (425, 427).

58 Vgl. Brosius-Gersdorf, Frauke, Ergebnisparität oder Chancengleichheit, VerBlog 2019/02/25, online << <https://verfassungsblog.de/ergebnisparitaet-oder-chancengleichheit-quotenmodelle-zur-steigerung-des-frauenanteils-im-parlament/> >> (Zugriff: 19.01.2022); Burmeister, Jörg/Greve, Holger, Parité-Gesetz und Demokratieprinzip: Verfassungsauftrag oder Identitätsverstoß?, Zeitschrift für Gesetzgebung 2019, S. 154-233.; Butzer, Hermann, Diskussionsstand und Verfassungsfragen einer Paritégesetzgebung auf Bundes- und Landesebene, Niedersächsische Verwaltungsblätter 2019, S. 10-20; Foljanty, Lena, Demokratie und Partizipation, in: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 287-309; Fontana, Sina, Parität als verfassungsrechtlicher Diskurs, Deutsches Verwaltungsblatt 2019, S. 1153-1159.; Meyer, Hans, Verbieta das Grundgesetz eine paritätische Frauenquote bei Listenwahlen zu Parlamenten?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2019, S. 1245-1250.; Morlok, Martin/Hobusch, Alexander, Ade parité?, Die Öffentliche Verwaltung 2019, S. 14-20; dies., Sinnvoll heißt nicht verfassungsgemäß, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2019, S. 1734-1738.; Payandeh, Mehrdad, Quoten für den Bundestag?, Zeitschrift für Rechtspolitik 2018, S. 189; Penz (Fn. 57), S. 422 ff.; Polzin, Monika, Parité-Gesetz in Brandenburg, VerBlog 2019/02/08, online << <https://verfassungsblog.de/parite-gesetz-in-brandenburg-kein-sieg-fuer-die-demokratie/> >> (Zugriff: 19.01.2022); Rudolf, Beate, Feministische Staatsrechtslehre?, in: Rudolf, Beate (Hrsg.), Geschlecht im Recht, 2009, S. 63-95; von Ungern-Sternberg, Antje, Parité-Gesetzgebung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, JuristenZeitung 2019, S. 525-534; dies., Kein Parité-Gesetz ohne Grundgesetzänderung, Zur Geschäftsordnung, 8. Februar 2019, online << <https://zugeschaeftsordnung.de/kein-parite-gesetz-ohne-grundgesetzzaenderung/> >> (Zugriff: 19.01.2022); Volk (Fn. 56), S. 413 ff.; Wapler, Friederike, Politische Gleichheit: demokratietheoretische Überlegungen, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 67 (2019), S. 427-455.

und insbesondere innerhalb der Parteien paritätische Vorgaben einzufordern und alternative Strategien zu entwickeln. Dazu wird es auf dem Kongress sicher viele gute Anregungen geben.

## V. Schlussbemerkung

Demokratie und Rechtsstaatlichkeit haben – wie wir gesehen haben – verschiedene Facetten und sind unterschiedlichen Gefährdungen ausgesetzt. Sowohl in Europa als auch in Deutschland muss es darum gehen, den Angriffen auf das gemeinsame Wertefundament entgegenzutreten. Einmal Erreichtes bleibt – wie insbesondere die Vorgänge in Polen und Ungarn zeigen – nicht unverrückbar, sondern muss immer wieder auf's Neue verteidigt werden. Dies gilt auch und gerade für uns Frauen, weil das bisher erreichte Maß an Gleichberechtigung durch die

Propagierung der Rückkehr zu einem traditionellen Ehe- und Familienbild recht schnell beschnitten werden kann. Wie die gleichberechtigte Mitwirkung von Frauen am politischen und gesellschaftlichen Diskurs in den sozialen Netzwerken zurückgedrängt werden kann, macht der Hass im Netz deutlich, der sich häufig gegen Frauen richtet. Hier sind der Gesetzgeber, Staatsanwaltschaften und Gerichte, aber auch die Zivilgesellschaft gefragt, um dieser gefährlichen Entwicklung Einhalt zu gebieten. Und schließlich geht es um die nach wie vor ungelöste Frage, wie Frauen gleichberechtigt an der Macht beteiligt werden können. Es bedarf guter Strategien, eines starken Durchsetzungswillens und einer unerschütterlichen Beharrlichkeit, um dieses Ziel zu erreichen. Ich bin mir sicher: Der Deutsche Juristinnenbund wird hierzu seinen Betrag leisten – unerschrocken, laut und deutlich.

DOI: 10.5771/1866-377X-2022-1-11

# Gleichstellung und Demokratie

Margarete Schuler-Harms

djb-Mitglied, Professur für Öffentliches Recht, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg

## A. Einführung in die Einführung

„Wir, Mütter, Töchter, Schwestern, Vertreterinnen der Nation, verlangen, in die Nationalversammlung aufgenommen zu werden.“ Mit diesen Worten leitete *Olympe de Gouges* 1791 ihre „Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin“<sup>1</sup> ein und antwortete damit auf die Proklamation von Menschenrechten in der Verfassung Frankreichs von 1789. Sie bezeichnete die Nation als „Vereinigung von Frauen und Männern“ und forderte die Mitwirkung „alle(r) Bürgerinnen und Bürger [...] persönlich oder durch ihre Vertreter“ an der Gestaltung des allgemeinen Willens. Männer wie Frauen sollten zu allen Würden, Ämtern und Stellungen im öffentlichen Leben zugelassen werden. Diese frühe Forderung nach politischer Beteiligung von Frauen an der Macht ist deshalb bemerkenswert, weil sie zugleich mit der Forderung nach deren Verankerung in der neu entstehenden demokratischen Verfassung verbunden wurde. In Deutschland normierte die Weimarer Verfassung 2019 als erste demokratische Verfassung auch den Grundsatz gleicher staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten für Männer und Frauen. Rechtliche Gleichberechtigung verband sich mit dem Start in die lebendige Demokratie einer Nation, die – ganz im Sinne *Olympe de Gouges* – als Vereinigung von Frauen und Männern begriffen wurde. Dennoch bedurfte und bedarf es bis heute des Ringens um beides sowohl auf politischem wie auf juristischem Terrain. Das Spannungsfeld von Demokratie und politischer Gleichberechtigung unter dem Grundgesetz werde ich mit wenigen Strichen nachzeichnen und anschließend einen Blick auf die aktuellen, mit dem Schlagwort der Parité aufgeworfenen rechtswissenschaftlichen Debatten werfen.

## B. Das Spannungsfeld

Ungeachtet der rechtlichen Gleichstellung von Frauen und Männern durch das Staats- und Verfassungsrecht<sup>2</sup> der Bonner Republik bedurfte es des Kampfes „unbeugsamer“ Frauen um Mandate in den Parlamenten, um den Eintritt in politische Führungsämter und in die Regierungen.<sup>3</sup> Es war – und blieb lange – ein Kampf mit politischen, demokratischen Mitteln auf der Grundlage gleichen Rechts.

Die seit den 1980er Jahren in einige Parteistatuten aufgenommenen Selbstverpflichtungen auf Frauenquoten begünstigten diese Entwicklung. Die Diskussion um solche Selbstverpflichtungen fand in der politischen Arena statt. Zu ihnen tendieren typischerweise Parteien mit einer gleichstellungsfreundlichen Programmatik; mitunter werden auch pragmatische Überlegungen eine Rolle spielen. Zugleich hatte diese Entwicklung eine juristische Komponente: Als Vorbild und Anstoß dienten – neben ausländischen Beispielen – die Anfang der 1980er Jahre eingeführten Quotenregelungen für den öffentlichen Dienst.<sup>4</sup> Die Arena inner- und außerparlamentarischer politischer Debatten erfuhr außerdem eine verfassungsdogmatische Rahmung insofern, als die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher

- 1 Déclaration des droits de la Femme et de la Citoyenne vom 5. 9. 1791, im Original abrufbar unter <<<http://www.siefar.org/wp-content/uploads/2015/09/Gouges-D%C3%A9claration.pdf>>> (Zugriff: 26.01.2022). Deutsche Fassung in Gegenüberstellung mit der französischen Verfassung von 1789 bei Gerhard, Ute, Gleichheit ohne Angleichung – Frauen im Recht, 1990, S. 263 ff.
- 2 Das Verfassungsrecht umfasst mehr als die Ordnung staatlichen Lebens, während das Staatsrecht auch Recht des Staates umfasst, das nicht zur Grundordnung zu zählen ist, wie etwa das Wahl- oder Parteienrecht, vgl. Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rn. 18.
- 3 Anschaulich der Film von Thorsten Körner, Die Unbeugsamen, 2021.
- 4 Vgl. nur Maidowski, Ulrich, Umgekehrte Diskriminierung, 1989, S. 139 ff. m.w.Nw.