

Volksherrschaft und Herrschaft des Rechts – vom Neben-, Gegen- und Miteinander des demokratischen und des nomokratischen Prinzips

Markus Kotzur

Abstract Deutsch

Das demokratische und das nomokratische Prinzip prägen in ihrem Zusammenklang den Verfassungsstaat als Typus. Sie bilden das gemeinsame Fundament seiner Freiheit. Weil die Herrschaft des Rechts, vor allem die Herrschaft der Grundrechte, dem souveränen Entscheiden-Können der Bürgerinnen und Bürger indes auch Grenzen setzt, scheinen beide mitunter in dichotomischem Gegensatz zu stehen. Vorliegender Beitrag will das Neben-, Gegen- und Miteinander von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit ausloten. Er versteht beide nicht als statisches Konzept, sondern ebenso wie die Verfassung, die sie ausformt, als einen kontinuierlichen öffentlichen Prozess.

Abstract English

The democratic and nomocratic principles, in their interdependence, characterize the constitutional state as a type. They form the common foundation of its freedom. However, because the rule of law, especially the rule of fundamental rights, also sets limits to the sovereign decision-making ability of citizens, the two sometimes appear to be in dichotomous opposition. This article aims to explore the coexistence, opposition and inter-dependency of democracy and the rule of law. It does not understand both as static concepts, but rather, like the constitution that shapes them, as a continuously open public process.

1. Einleitung: Das Spannungsfeld von demokratischer und rechtsstaatlicher Freiheit

Der Volksherrschaft und der Herrschaft des Rechts geht es, ganz wörtlich genommen, um Herrschaft: um ihre Begründung, ihre (institutionelle) Ermöglichung, ihre Begrenzung und die dafür notwendige Kontrolle. Mit dem je eigenen „Herrschaftsanspruch“ (verstanden als „Anspruch an Herrschaft“) formen beide, mögen sie sich auch ein Stück weit unabhängig voneinander entwickelt haben und unabhängig voneinander denken lassen, interdependente Strukturprinzipien freiheitlicher Herrschaftsorganisation.¹ Für die Bundesrepublik Deutschland sind diese Prinzipien in Art. 20 GG verfassungstextlich festgeschrieben, freilich nicht en detail aus-

1 *Jürgen Habermas*, Über den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: ders. (Hrsg.), *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 293–308 (293 ff.). Zum Begriff der Strukturprinzipien *Franz Reimer*, *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot 2001.

buchstabiert. So legt die Norm sich weder auf eine bestimmte Demokratietheorie fest noch kopiert respektive inkorporiert sie „irgendeine historisch gegebene politische Gestalt von Demokratie“.² Der Rechtsstaat wird nicht einmal explizit genannt³, sondern in Art. 20 Abs. 3 GG teils vorausgesetzt, teils ausgestaltet (Gewaltenteilung, Rechtsbindung der Gewalten). Schon für den Verfassungsgeber war klar, was nicht weniger für alle nachfolgenden Verfassungsinterpreten gilt: *Die Demokratie gibt es ebenso wenig wie den Rechtsstaat*. In häufig komplexen Rezeptionsprozessen⁴ und abhängig von den – ihrerseits historisch und kulturell bedingten – politischen, sozialen und nicht zuletzt wirtschaftlichen Kontexten erhalten die sehr viel allgemeineren politischen Ideen erst durch konkrete Verfassungsentscheidungen ihre spezifische normative Substanz.

Dennoch lässt sich verallgemeinernd sagen, dass das demokratische und das nomokratische Prinzip in ihrem Zusammenklang den Verfassungsstaat als Typus prägen. Sie bilden das gemeinsame Fundament seiner Freiheit⁵: die Demokratie als legitimatorisches Grundprinzip politischer Einheitsbildung und damit des Verfassungskonsenses⁶; der Rechtsstaat als Stütze dieses Verfassungskonsens, ohne den die Verfassung „keinen tragenden Grund“ besäße, und zwar in institutioneller wie materieller Hinsicht.⁷ Es wäre freilich verfehlt, die demokratische und nomokratische Freiheitssubstanz in konfliktfreier Harmonie zu denken.⁸ Das Spannungsverhältnis ist rasch erklärt. Der demokratische Souverän realisiert seinen politischen Selbstbestimmungsanspruch⁹ durch die Setzung von Recht, zuvörderst Verfassungsrecht, weiß sich in seinem Setzungsanspruch aber zugleich rechtlich

- 2 Gerhard Robbers, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 137. Aktualisierung, Heidelberg: C.F. Müller 2008, Art. 20 GG (Demokratie), Rn. 408; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudr. der 20. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 1999, Rn. 21.
- 3 Erwähnt lediglich in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG mit Blick auf die Herrschaftsorganisation in den Ländern.
- 4 Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 715 ff.
- 5 In beiden Freiheitsdimensionen letztlich rückführbar auf den Menschenwürdegrundsatz, dazu jetzt auch BVerfGE 123, 267 (341) – *Lissabon*; sehr viel früher und grundlegend Peter Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 22 Rn. 61 ff.: „Recht auf politische Mitgestaltung“, „Grundrecht der Demokratie“.
- 6 Robbers (Fn. 2), Rn. 407.
- 7 Robbers (Fn. 2), Rn. 1718, u.a. mit einem Hinweis auf Konrad Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders./Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung: FS für R. Smend, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1962, 71–95 (71 ff.).
- 8 Dezidiert Ingeborg Maus, Volkssouveränität versus Konstitutionalismus. Zum Begriff einer demokratischen Verfassung, in: Günter Frankenberg (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl. 1994, 74–83 (74 ff.).
- 9 Zu den völkerrechtlichen Fragen des Selbstbestimmungsrechts Gilbert Gornig, Der Inhalt des Selbstbestimmungsrechts, Politische Studien, Sonderheft 6, 1993, 11–29 (11 ff.).

limitiert, zuvörderst durch die universellen Menschenrechte.¹⁰ Es sind eben diese Menschenrechte, die einerseits die Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger – We, the People! – ermöglichen, indem sie politische Freiheit institutionalisieren¹¹, und die andererseits dieser Freiheit Grenzen setzen, indem sie staatliche Herrschaft an vorstaatliche Freiheit rückbinden.¹² Wie jede Form der Souveränität ist auch die Volkssouveränität nur deshalb erträglich, weil sie letztlich rechtlich eingeeht wird.¹³ Weder „rex“ noch „populus“ dürfen „legibus absolutus“ sein, ein demokratischer Absolutismus wäre nicht weniger freiheitsfeindlich als ein monarchischer. Unumschränkte hoheitliche Macht kann niemals legitim sein. Deshalb agiert auch das demokratische Legitimationssubjekt nicht frei von rechtlichen Bindungen.

Recht wirkt zugleich als Herrschaftsinstrument und bildet den Legitimationsmaßstab für Herrschaft. Art. 79 Abs. 3 GG¹⁴ ist dafür der signifikanteste Ausdruck im positiven Verfassungsrecht der Bundesrepublik. Er setzt dem demokratischen Können letzte Grenzen. *J.-J. Rousseaus* Klassikertext zur Volkssouveränität, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, darf deshalb nicht als Freibrief für voraussetzungs- und bindungslose Selbstermächtigung missverstanden werden. Im Gegenteil:

„Eine funktionierende Demokratie ist (...) nicht nur Ausdruck von Freiheit, Gleichheit und Kontrolle, sondern zugleich das Medium und Regelsystem, um die Spannung zwischen den Grundwerten zu vermitteln. Diese Vermittlung und Begrenzung erfordert ihre Einbettung in rechtsstaatliche Strukturen, welche die Bandbreite der demokratieimmanenten Auseinandersetzung markieren. Abgesteckt ist damit das Koordinatensystem, in dem die gesellschaftlichen Konflikte ausgetragen werden und sich die historisch konkrete Gestalt der Demokratie entfaltet.“¹⁵

- 10 Dazu *Michael Becker*, Grundrechte versus Volkssouveränität. Zur Achillesverse des demokratischen Prozeduralismus, in: ders./Hans-Joachim Lauth/Gert Pickel (Hrsg.), Rechtsstaat und Demokratie. Theoretische und empirische Studien zum Recht in der Demokratie, Wiesbaden: Westdt. Verl. 2001, 45–68 (45 ff.); *Markus Kotzur*, Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht, in: Ninni Dethloff/Georg Nolte/August Reinisch (Hrsg.), Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick/Migrationsbewegungen, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, Bd. 49, Heidelberg: C.F. Müller 2018, 295–323 (300 ff.).
- 11 *Franz Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl. 1986, 126.
- 12 *Hans-Joachim Lauth*, Vermittlungsprobleme zwischen Demokratie und Rechtsstaat, Jahrbuch für Recht und Ethik 21 (2013), 83–98 (93 f.): „Wenn das Prinzip der Volkssouveränität an die individuellen Grundrechte gekoppelt wird, die auf der verantwortlichen Autonomie und Würde des einzelnen basieren, dann sind mit ihm mehr als nur [die] politischen Grundrechte verbunden [...]. Es schließt die bürgerlichen Freiheitsrechte des *status negativus* gleichfalls ein“.
- 13 Das machen verfassungsstaatliche Ewigkeitsklauseln wie Art. 79 Abs. 3 GG explizit, dazu *Peter Häberle*, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, in: Yvo Hangartner (Hrsg.), Völkerrecht im Dienste des Menschen: FS für H. Haug, Bern: P. Haupt 1986, 81–108 (81 ff.).
- 14 *Häberle* (Fn. 13).
- 15 *Lauth* (Fn. 12), 83 ff., 86. Damit ist zugleich gesagt, dass politische Einheit nicht im Sinne eines ungeschichtlichen und statischen Zustands, sondern statisch vorgegeben ist,

Dieses Koordinatensystem umschreibt also die rechtlich gerahmte Ordnung eines „freien und offenen politischen Prozesses“, in dem dank „pluralistische(r) Initiativen und Alternativen“¹⁶ Raum für das streitige Austragen von Konflikten besteht,¹⁷ die Minderheit von heute zur Mehrheit von morgen werden und in der Dialektik von Regierung und Opposition politische Entscheidungen – oft kompromisshaft¹⁸ – ausverhandelt werden kann/können. Demokratisches Entscheiden lebt von einem „Möglichkeitsdenken“ als Denken „der Alternativen“ und „in Alternativen“¹⁹, was das Ausloten von Spielräumen und das Austesten von Grenzen immer einschließt. Denn nur so kann der kritische Diskurs um die bestmöglichen Handlungs- bzw. Gestaltungsoptionen gelingen, nur so kann sich die rationalisierende Kraft der Deliberation entfalten. Die besondere Leistung der rechtsstaatlichen Demokratie (bzw. des demokratischen Rechtsstaats) bei der normativen Konturierung dieses Prozesses besteht aber gerade darin, „dass sie nicht nur die Vermittlung konfligierender Positionen innerhalb des Koordinatensystems erlaubt, sondern zugleich die Reflexion über ihre immanenten Grenzen ermöglicht.“²⁰

2. Herrschaftslegitimation durch die demokratische und rechtsstaatliche Freiheitsidee

Im Folgenden seien die nomokratischen und demokratischen Momente einer Herrschaftsordnung der „Freien und Gleichen“²¹ noch etwas näher spezifiziert. Für *M. Mahlmann*, der sich dabei nicht zuletzt auf *I. Kants* Entwurf „Zum Ewigen Frieden“ (1795) beruft, lautet die „ebenso einfache wie großartige normative Grundidee der Demokratie [...] Subjekte und Adressaten von politischer Herrschaft, notwendig vermittelt durch Recht, sollen identisch sein.“²² Einem grundlegenden Missverständnis baut er dabei nachdrücklich vor. Diese Identität habe, ganz anders als in *C. Schmitts* Verfassungslehre behauptet, die „substantielle Homogenität des Volkes“²³ weder zur Voraussetzung noch zum Bezugspunkt, sondern bilde die

sondern in tagtäglichen Prozessen politisch neu errungen werden muss, *Hesse* (Fn. 2), Rn. 130.

16 *Hesse* (Fn. 2), Rn. 130.

17 Grundlegend aus politikwissenschaftlicher Sicht *Antje Wiener*, *A Theory of Contestation*, Heidelberg: Springer 2014.

18 Nicht zuletzt deshalb gilt Toleranz als ein tragender Grundsatz der freiheitlichen Demokratie, BVerfGE 33, 23 (32) – *Eidesverweigerung aus Glaubensgründen*.

19 *Häberle* (Fn. 4), 560 ff.

20 *Lauth* (Fn. 12), 86.

21 Etwa *Martin Kriele*, *Das demokratische Prinzip im Grundgesetz*, Mitbericht, VVDStRL 29 (1971), 46–84 (61 ff.); *Stefan Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit – Grundlage des liberalen Egalitarismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2004, 293 *et passim*; zur Entwicklungsgeschichte statt aller *Emanuel Richter*, *Die Wurzeln der Demokratie*, Weilerswist: Velbrück 2008.

22 *Matthias Mahlmann*, *Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie*, VVDStRL 80 (2021), 69–104 (82).

23 *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 10. Aufl., Neusatz auf der Basis der 1928 ersch. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 2010, 234 ff.

„Kurzformel für ein normatives Verwirklichungsverhältnis politischer Autonomie durch (rechtlich und institutionell vermittelte) Selbstherrschaft“.²⁴ Es gehe in anderen Worten um „Selbstbestimmung, politische Autonomie, organisiert, prozedural gebündelt, rechtlich eingehegt und durch Institutionen nicht nur ermöglicht, sondern auch geschützt“.²⁵ Demokratie kann, prozedural wie institutionell, also nur als „Herrschaft durch Recht“ gelingen, die ihrerseits normativ eingehegt wird im Sinne einer „Herrschaft des Rechts“. In diesem doppelten Sinne ist jede Demokratie ein Rechtsgemeinschaft²⁶ – menschen- bzw. grundrechtlichen fundiert und gleichzeitig begrenzt.

Die Fundierungsfunktion liegt für die Meinungsfreiheit, die Versammlungs- respektive Demonstrationsfreiheit und alle Kommunikationsfreiheiten (Informationsfreiheit, Pressefreiheit, Rundfunkfreiheit, Filmfreiheit, Internetfreiheit) besonders nahe.²⁷ Sie sind elementare Lebensvoraussetzungen der freiheitlichen Demokratie²⁸ und „[schlechthin] konstituierend für die freiheitlich-demokratische Ordnung“.²⁹ Die grundrechtliche Verankerung der Demokratie erschöpft sich aber nicht in diesem Bündel von Rechten. Sie umgreifend und ihnen vorausliegenden kann die Menschenwürde (Art. 1) als „kulturanthropologische Prämisse der Demokratie“ gelten.³⁰ Ideengeschichtlich führen diese Überlegungen schnell zu *I. Kant*. In seinem philosophischen Weltordnungsentwurf ist der Zusammenhang von Menschenwürde und Demokratie klassisch angelegt. Dafür steht vor allem die berühmte Formel, wonach „der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen [...] als

24 *Mahlmann* (Fn. 22), 82.

25 *Mahlmann* (Fn. 22), 82 f.

26 Geläufig ist der Gemeinschaftsbegriff vor allem aus dem Unionsrecht: klassisch *Walter Hallstein*, *Die Europäische Gemeinschaft*, 5. Aufl., Düsseldorf: Econ-Verl. 1979, 53; *ders.*, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf: Econ-Verl. 1969, 33 ff.

27 Diese sind ihrerseits keineswegs primär revolutionäre Errungenschaften, sondern gereift in einem „jahrhundertlangen Prozess“, so *Gilbert Gornig*, *Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte*. Die Verankerung der Äußerungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit sowie des Zensurverbots in völkerrechtlichen Übereinkommen und in den Rechtsordnungen der KSZE-Staaten unter besonderer Berücksichtigung rechtsphilosophischer und rechtsgeschichtlicher Hintergründe, Berlin: Duncker & Humblot 1988, 1.

28 Im Sinne von BVerfGE 7, 198 (208) – *Lüth*, dort bezogen auf Meinungs- und Informationsfreiheit.

29 BVerfGE 10, 118 (121) – *Berufsverbot I*; 20, 56 (97) – *Parteienfinanzierung I*, 107, 299 (308) – *Herausgabe von Verbindungsdaten der Telekommunikation einer Journalistin*, ständ. Rechtsprechung.

30 *Häberle* (Fn. 5), Rn. 67: „Die ‚universal‘ und kulturspezifisch umrissene ‚Kultur der Menschenrechte‘ und die sie konkretisierende ‚Kultur der Freiheit‘ entfalten [...] unmittelbar demokratiebegründende Kraft. So oft, und in Deutschland besonders erfolgreich, Spielarten des Liberalismus, des Positivismus und ein den Traditionen des Bourgeois bzw. des deutschen Konstitutionalismus verpflichtetes Denken die Demokratie als bloße ‚Staatsform‘ von den Grundfreiheiten unpolitisch trennen wollen, so unmissverständlich muss man heute den Zusammenhang zwischen Menschenwürde bzw. Grundfreiheiten und freiheitlicher Demokratie betonen; diese ist die organisatorische Konsequenz jener“.

Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen“ existiere und deshalb „in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen, jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden“ müsse.³¹ Diese innere Verbindung von Demokratie und Menschenwürde respektive den aus ihr fließenden Menschenrechten hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil, wie bereits angedeutet, eher en passant und fast schon selbstverständlich benannt.³² In der deutschen Demokratiedebatte und Verfassungslehre kann von einer Selbstverständlichkeit freilich nicht die Rede sein. Hier wurde die konsequente Trennung von unpolitischer Menschenwürde bzw. unpolitischen Menschenrechten auf der einen und politischer Demokratie auf der anderen Seite lange Zeit tradiert.³³ Anders jedoch als von dieser dichotomischen Trennung impliziert, wird der Mensch im Kern seines „Bürger“-seines „Citoyen“³⁴-Seins betroffen, wenn er keine Möglichkeit hat, durch Wahlen und Abstimmungen, durch Meinungs- und Demonstrationsfreiheit seine politischen Freiheiten zu leben.³⁵ Selbst jenseits des Staates werden heute Forderungen nach universellen Mindeststandards demokratischer Teilhabe erhoben³⁶, auch wenn die defizitäre Wirklichkeit auf einem ganz anderen Blatt steht.

Die grundrechtsradizierte Demokratie und der grundrechtsgeprägte Rechtsstaat³⁷ basieren auf gleichursprünglicher Freiheit und entwickeln ein komplementäres Instrumentarium zu deren Sicherung. Sie sind aus den ihnen je eigenen Funktionslogiken heraus der große Gegenentwurf zur Willkürherrschaft.³⁸ Letztere droht überall dort, wo Herrschaft sich nicht – jedenfalls nicht innerweltlich – legitimie-

31 *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, Akademieausg., 2. Aufl., Hamburg: Felix Meiner Verlag 2016, Zweiter Abschnitt (428, 25–30).

32 BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

33 *Peter Häberle/Markus Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2016, Rn. 839.

34 *Rudolf Smend*, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1968, 309–325 (309 ff.), differenziert zwischen dem „sittlich an den Staat gebundenen Bürger“ (citoyen) und dem „rechenhaften Egoisten der kapitalistischen Zeit“ (bourgeois); siehe auch *Walter Schmitt Glaeser*, Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 38, Rn. 3.

35 *Häberle/Kotzur* (Fn. 33), Rn. 839.

36 *Thomas M. Franck*, The Emerging Right to Democratic Governance, *American Journal of International Law* 86 (1992), 46–91 (46 ff.); *James Crawford*, Democracy and International Law, *British Yearbook of International Law* 63 (1993), 113–133 (113 ff.); *Barbara Bauer*, Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie, Frankfurt a.M. u.a.: Lang 1998; *Armin von Bogdandy*, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, *ZaöRV* 63 (2003), 853–878 (853 ff.).

37 Siehe schon *Hans F. Zacher*, Freiheitliche Demokratie, München u.a.: Olzog 1969, 57 f.

38 Zu den existentiellsten Unrechtserfahrungen des Menschen rechnet sein Ausgeliefert-Sein gegenüber Willkür. Aus der Literatur *Jan Schapp*, Freiheit, Moral und Recht, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017.

ren muss, keine Grenzen kennt und jeder Kontrolle entzogen ist. Dem Verfassungs- als demokratischem Rechtsstaat bzw. als rechtsstaatlicher Demokratie geht es daher, wie eingangs schon gesagt, um die Sicherung seines Freiheitsversprechens durch die *Begründung*, *Begrenzung* und *Kontrolle* hoheitlicher Macht. Diese Sicherung kann nur durch Recht gelingen, muss in rechtlich geordneten Verfahren (Stichwort: prozedurale Rationalität) erfolgen und hängt von der Anerkennung des Anderen als gleichberechtigt Freiem ab.³⁹ Damit ist die grundrechtliche Dimension angesprochen. Der freiheitliche Verfassungsstaat heutiger Entwicklungsstufe versteht sich vor allem als „Grundrechtsstaat“⁴⁰, die „Herrschaft des Rechts“ meint insbesondere die „Herrschaft der Grundrechte.“⁴¹ Im „Grundrechtsstaat“ wird, wer seine Rechte einfordern kann, zugleich in seinen rechtlichen Ansprüchen und als wirkungsmächtiger Akteur der offenen Gesellschaft *anerkannt*.⁴² Demokratie und Rechtsstaat geht es einerseits, wie schon mehrfach konstatiert, um die Begründung, Begrenzung und Kontrolle hoheitlicher Macht⁴³, andererseits um den Anerkennungsanspruchs des Individuums.⁴⁴ Demokratie wie Rechtsstaat konstituieren sich aus formellen und materiellen, prozeduralen und substantiellen, institutionellen und individuell-menschenrechtlichen Komponenten. Diese Komponenten sind nicht im Sinne von Gegensatzpaaren zu denken. Sie bedingen und ergänzen einander vielmehr komplementär. Die formelle Seite der Herrschaftsorganisation wäre sinnentleert, stünde sie nicht im Dienste materieller Ansprüche an Herrschaft. Verfahren sind kein Selbstzweck, Grundrechte lassen sich als Institutionen deuten und Institutionen stehen ihrerseits im Dienst grundrechtlicher Freiheit.⁴⁵

39 Grundlegend Axel Honneth, *Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte*, Berlin: Suhrkamp 2018.

40 Peter Häberle, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 1, Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 7, Rn. 31; ders. *Europäische Verfassungslehre*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2008, 330 ff.; ders. (Fn. 4), 715 ff.; Detlef Merten, Prinzip Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen, in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 2, Heidelberg: C.F. Müller 2006, § 27, Rn. 5 ff.; noch immer prägend für den Verfassungsstaat des deutschen Grundgesetzes Hesse (Fn. 2), Rn. 125 ff.

41 Jutta Limbach, Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 2000, 417–420 (417 ff.); siehe auch Dieter Kugelmann, Grundrechte in Europa. Parallele Geltung aufgrund ihrer Rechtsquellen, Hamburg: Kovač 1997.

42 Grundlegend Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 155–181 (160 f.); wohl enger Sebastian Müller-Franken, Demokratie als Wettbewerbsordnung, DVBl. 2009, 1072–1082 (1073).

43 Siehe oben Fn. 25.

44 Siehe oben Fn. 29.

45 Zu dieser Multidimensionalität und zur institutionellen Seite heute schon klassisch Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43–141 (43 ff.).

ne die demokratische, die demokratische aber nicht ohne die grundrechtliche Freiheitsidee denkbar.⁵²

Selbst wenn in den Kategorien eines (partiellen) Nebeneinanders gedacht wird, impliziert das keine Beziehungslosigkeit. Ein solches Denken widerlegt auch nicht die Eingangsüberlungen von der Gleichursprünglichkeit (grund-)rechtsstaatlicher und demokratischer Freiheit⁵³, sondern verweist nur darauf, dass weder historisch die Entwicklungen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit kongruent verlaufen sind, noch in der heutigen Staatenwelt Rechtsstaatlichkeit und Demokratie eine entsprechende Kongruenz aufweisen. Im Gegenteil: Ein distanziertes Nebeneinander, wenn nicht Gegeneinander scheinen immer weiter Raum zu greifen. Gegensätze werden dabei nicht nur von staatlichen Akteuren aufgebaut, sie spiegeln sich auch in öffentlichen Diskursen wieder, wo nationalistische und populistische Strömungen den vermeintliche Wille des Volkes gegen die Rechtsstaatlichkeit in Stellung bringen und diese damit zugleich in Frage stellen.

4. Zum Gegeneinander von Demokratie und Rechtsstaat

An aktuellen Beispielen für antagonistische Zuspitzungen fehlt es nicht. So kündigte nur einen Tag, nachdem die EU-Kommission in ihrem Rechtsstaatbericht Ungarns LGBTQ-Gesetz schwer gerügt hatte – das Gesetz bedrohe mit der Menschenwürde und dem Gleichheitsgrundsatz Grundwerte der EU (siehe Art. 2 EUV) –, Ministerpräsident *Orban* ein Referendum über eben dieses Gesetz an.⁵⁴ Der Streit um die Rechtsstaatlichkeit in Polen hat längst ein gefährliches Eskalationspotential entfaltet.⁵⁵ Wenn eine besorgniserregende Zahl von Menschen an Grundelementen der rechtsstaatlichen Demokratie irrezuwerden scheint und eine „Sehnsucht nach Eintritt in die beruhigende Vereinfachung der Welt in autoritären Strukturen“ nicht nur in Polen und Ungarn, sondern, in der Intensität gewiss ganz unterschiedlich, auch in Brasilien, den USA und den meisten EU-Mitgliedstaaten

52 *Mangold* (Fn. 50), 13.

53 Siehe oben Fn. 37.

54 SZ vom 22.7.2021, 4. Dort heißt es unter der Überschrift „Der Manipulator“: „Das Referendum soll dem Populisten erlauben, „im Namen des Volkes zu sprechen“. Es lenkt ab von anderen Vorwürfen.“ Siehe auch ebd., S. 7, sowie SZ vom 21.7.2021, 6: „Vernichtendes Zeugnis. Der Rechtsstaatsbericht der EU-Kommission zeigt: Polen und Ungarn entfernen sich weiter von den Grundwerten der Union“.

55 *Wolfgang Janisch*, Jetzt geht's ans Geld, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/>, schreibt: „Der Prolog hätte dramatischer nicht sein können. Am Donnerstag hat das polnische Verfassungsgericht dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgeworfen, er mische sich in das polnische Justizwesen ein und verstoße damit gegen den Vorrang der polnischen Verfassung vor europäischem Recht. Das war eine offene Kampfansage. In Brüssel wurde umgehend darüber gesprochen, wie man Polen mit finanziellem Druck auf den Pfad der Tugend zurück zwingen könnte. Da fügt es sich, dass vor dem EuGH in Luxemburg genau zu diesem Thema eine Anhörung bevorsteht“.

spürbar wird⁵⁶, so ist es nicht Aufgabe der Wissenschaft, die Prozesse politisch zu kommentieren. Jeder (Be-)Wertung muss die analytische Frage nach den Ursachen vorausgehen. Das kann vorliegender Beitrag nur anmahnen, nicht leisten. Er will lediglich für die notwendigen wissenschaftlichen Fragestellungen und Debatten sensibilisieren.

Die liberale Demokratie basiert auf einer pluralistischer Meinungsvielfalt, die in öffentlichen Diskursen artikuliert wird. Den damit verbundenen (politischen) Streit muss die Demokratie nicht nur aushalten, er ist ihr Lebenselixier. Wird in diesem Streit die vermeintliche Sicherheit (nationalstaatlich) geschlossener Räume („small is beautiful“) gegen die Ängste vor globalisierungsbedingter Offenheit und Unsicherheit in Stellung gebracht, werden Dichotomien zwischen nationaler Demokratie und europäischer Rechtsstaatlichkeit konstruiert, so ist das nicht per se undemokratisch, sondern Teil des demokratischen Prozesses. Innerhalb eben dieses Prozesses sind auch die Diskurse über ein (gemeineuropäisches) Rechtsstaatsverständnis und über das verfassungs-, unions-, und sogar völkerrechtlich determinierte Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu führen. Dass nationale Demokratie vermehrt als Gegensatz zu supra- und internationaler Rechtsstaatlichkeit missverstanden wird, hat viel damit zu tun, wie politische Gemeinschaften mit Unsicherheiten und Risiken umgehen⁵⁷: der Finanz- und Staatsschuldenkrise, der Flüchtlingsschutzkrise, dem Klimawandel, globalen Pandemien (ganz aktuell Covid-19) oder weltweitem Terrorismus. So nahe es liegt, staatenübergreifenden Herausforderungen mit überstaatlichen Lösungen zu begegnen, so wichtig bleibt es, diese nicht schlicht als globalisierungsbedingt alternativlos zu behaupten, sondern als die besseren Alternativen zu begründen.⁵⁸ Der Verweis auf bürokratische Funktionslogiken genügt dafür gewiss nicht.⁵⁹

Zum Verständnis von Problemen und zur Begründung von Lösungen hilft bisweilen der vergewissernde Blick auf institutionell Vertrautes. So lässt sich das potentielle „Gegeneinander“ von „Herrschaft des Volkes“ und „Herrschaft des Rechts“ auch an einer spezifischen strukturellen Dialektik des demokratischen Verfassungsstaates festmachen: dem Mehrheitsprinzip⁶⁰ und der ihm korrespondie-

56 *Mahlmann* (Fn. 22), 77 m.w.N.

57 Dazu auch *Peter Häberle*, Fünf Krisen im EU-Europa – Weltweite Implikationen, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungstheorie für Europa, AVR 53 (2015), 409–423 (409 ff.); schon klassisch *Ulrich Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 21. Aufl., Erstausg. 1986, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2012.

58 *Häberle* (Fn. 4), 560 ff.

59 So wird die ungarische Philosophin *Ágnes Heller*, von 1986 bis zu ihrer Emeritierung Nachfolgerin *Hannah Arendts* an der New York School of Social Research, in der ZEIT vom 27.2.2014, 10 (Politikteil) wie folgt zitiert: „Die Demokratien der EU werden gut verwaltet, aber Verwaltung eignet sich nicht für den Umgang mit etwas, das man nach Hegel den ‚Geist‘ der Demokratie nennen könnte. Ohne lebendigen demokratischen Geist wird die Massendemokratie vielleicht unter wachsendem Druck von Nationalismus, Rassismus, Fundamentalismus, rechtem und linken Radikalismus untergehen“.

60 *Niels Magsaam*, Mehrheit entscheidet. Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Berlin: Duncker & Humblot

renden Notwendigkeit des Minderheitenschutzes. „Mehrheit entscheidet“ gehört heute zum *aquis démocratique*⁶¹ in Europa und stellt weit mehr als eine bloße Entscheidungsfindungstechnik dar. Es geht ihm um die *Rationalisierung* von Entscheidungsfindungsprozessen: Die gefundenen Entscheidungsergebnisse werden auch für die unterliegende Minderheit akzeptabel, weil sie darauf hoffen darf, die Mehrheit von Morgen zu werden.⁶² Die Rationalität ist also eine prozedurale, keine substantielle. Die Mehrheit mag irren, sich gar verirren. Die Entscheidung der Vielen kann sich auf keinen höheren Richtigkeits- oder gar Wahrheitsanspruch stützen als die Entscheidung der Wenigen. Dass Mehrheit entscheidet, formt vielmehr eine unverzichtbare „Friedensregel“ im Ringen zwischen Machtbehauptung und Machtwechsel⁶³, weil es die einzig richtige Entscheidung nicht geben, weil alles politische Entscheiden nur eine „vorläufige Gerechtigkeits- und Gemeinwohlvermutung“ für sich beanspruchen kann.⁶⁴

Mit der rechtlichen Verankerung und minderheitenschutzrechtlichen Einhegung des Mehrheitsprinzips sichert der Rechtsstaat eine wesentliche Funktionsbedingung der Demokratie. Fühlt die Mehrheit – oder diejenigen, die sich dafür halten – sich in ihrer Entscheidungsmacht relativiert, gar in ihrem „Mehrheit-Sein-Können“ gefährdet, so resultiert daraus eine parallele Gefährdung von rechtsstaatlicher Rückbindung und demokratischem Entscheiden. Für das komplexe Phänomen des Populismus ist das Können und Dürfen tatsächlicher oder vermeintlicher Mehrheiten ein Dreh- und Angelpunkt.⁶⁵ Populistische Akteure befeuern gern die verzerrte (Selbst-)Wahrnehmung einer ohnmächtigen Mehrheit als Opfer einer übermächtigen Minderheit, unterlegt mit einem Narrativ vom rechtlich nicht (mehr) steuerbaren Versagen des Mehrheitsprinzips. Deshalb steht im Populismus das

2014; zur „sozialen Logik von Mehrheitsentscheidungen“ *Michael Morlok*, Informalisierung und Entpolitisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung, VVDStRL 62 (2003), 37–80 (67).

61 So *Karl-Peter Sommermann*, Demokratiekonzepte im Vergleich, in: ders./Hartmut Bauer/Peter M. Huber, *Demokratie in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 191–221 (197); siehe auch *Werner Heun*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Berlin: Duncker & Humblot 1983.

62 *Hesse* (Fn. 2), Rn. 143.

63 *Gerhard Lehbruch*, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. Aufl., Wiesbaden: Westdt. Verl. 2000, 16.

64 *Peter Häberle*, *Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung* (1977) mit Nachtrag (1978), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 565–578 (565 ff.). Eine Neigung der Demokratie, „vorrangig die Bedürfnisse des Augenblicks“ zu befriedigen, hatte klassisch schon *Alexis de Tocqueville*, *Über die Demokratie in Amerika*, 1835/40, München: Dt. Taschenbuch-Verlag 1976, 258, beklagt.

65 *Nate Schenckkan*, *The False Promise of Populism*, *Nations in Transit* 2017, Freedom House Report, abrufbar unter: <https://freedomhouse.org/>; *Angelika Nußberger*, *Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch?*, VVDStRL Thesenpapier vom 7.10.2021, These 18, i.E.; allg. *Armin Schäfer/Michael Zürn*, *Die demokratische Regression. Die politischen Ursachen des autoritären Populismus*, Berlin: Suhrkamp 2021; *Alexander Akel*, *Strukturmerkmale extremistischer und populistischer Ideologien: Gemeinsamkeiten und Unterschiede*, Baden-Baden: Nomos 2020.

Recht, „auch soweit es Macht eingrenzt und Spielregeln der Machtausübung vorgibt, zur Disposition; im Verbund mit dem Volk als Souverän lässt es sich, so die Grundidee, beseitigen.“⁶⁶ Der als „authentisch“ apostrophierte Wille des Volkes wird bemüht, um tradierte rechtsstaatliche Strukturen und die supranationale Integration in Frage zu stellen, weil nur so der Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger wieder zu ihrem Recht verholfen werden könne. Deshalb ist es in den aktuellen Debatten so wichtig, nicht nur auf die (grund- und menschen-)rechtlichen Bindungen des demokratischen Souveräns, sondern auch die rechte Balance von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz zu verweisen und an die große rechtsstaatliche, demokratische und völkerrechtliche Tradition des letzteren zu erinnern.⁶⁷

Angesichts der gegenwärtigen politischen Verwerfungen in Ungarn sei dazu bewusst ins Gedächtnis gerufen, dass die Verfassungslehre der ungarischen Verfassung (1949/89) mit der Wendung von den Minderheiten als „staatsbildenden Faktoren“ eine zukunftsweisende Textvariante verdankt. Pluralistische Demokratien sind ohne Instrumente effektiven Minderheitenschutzes nicht denkbar. Der Minderheitenschutz ist gewissermaßen eine Selbstbegrenzung des Souveräns, um seine Zukunft in Freiheit dank und durch Pluralismus sicherzustellen.⁶⁸ Deshalb verdienen Minderheitenschutzartikel in den Gegenwartsdiskursen um die Balance von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit so große Aufmerksamkeit. Art. 21 und 22 der EU-Grundrechtecharta seien genannt, aber auch die deutschen Landesverfassungen sind ergiebig.⁶⁹ Schon das Europäische Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten aus dem Jahre 1985⁷⁰ liefert wichtige Textvorbilder. Sein Art. 1 weist den Schutz nationaler Minderheiten als „Bestandteil des internationalen Schutzes der Menschenrechte“ aus. Art. 2 spricht von einem „Geist der Ver-

66 Nußberger (Fn. 65), These 19, i.E.

67 Gilbert Gornig, Schutz von Minderheiten und Volksgruppen in einer europäischen Friedensordnung, in: ders./Angel Manuel Rafael (Hrsg.), Minderheitenschutz. Eine interdisziplinäre Betrachtung, Marburg: Verlag August W. Klages 2013, 73–136 (73 ff.); Gilbert Gornig, The Constitutional Rights of Minorities, Including Regionalism, in: Christian Starck (Hrsg.), Constitutionalism, Universalism, and Democracy. The German Contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Baden-Baden: Nomos 1999, 161–182 (161 ff.); Gilbert Gornig/Christiane Trübe, Minority Protection in Germany, Tilburg Foreign Law Review 6 (1997), 69–111 (69 ff.).

68 Thomas Fleiner-Gerster (Hrsg.), Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft, Freiburg/CHE: Institut du Fédéralisme 1995; Christine Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, Tübingen: Mohr-Siebeck 2001; Gerrit Manssen/Boguslaw Banaszak (Hrsg.), Minderheitenschutz in Mittel- und Osteuropa, Frankfurt a.M. u.a.: Lang 2001.

69 Z. B. Art. 25 Verf. Brandenburg von 1992; Art. 37 Abs. 1 Verf. Sachsen-Anhalt von 1992 („Die kulturelle Eigenständigkeit und die politische Mitwirkung ethnischer Minderheiten stehen unter dem Schutz des Landes und der Kommunen“); Art. 6 Abs. 2 Verf. Schleswig-Holstein von 1990 („Die kulturelle Eigenständigkeit und die politische Mitwirkung nationaler Minderheiten und Volksgruppen stehen unter dem Schutz des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände [...]“).

70 Zit. nach Rudolf Streinz (Hrsg.), 50 Jahre Europarat, Bayreuth: Verl. PCO 2000, 134 ff.

ständigkeit und Toleranz.“ Verständigung und Toleranz werden oft als Markenzeichen liberaler Demokratien benannt. Daran sein jeder gemahnt, der das demokratische Wir gegen den rechtsstaatlichen Schutz der Anderen und Andersdenkenden auszuspielen versucht.

5. Zum Miteinander von Demokratie und Rechtsstaat

Für das Aufeinander-Verwiesen-Sein und Aufeinander-Angewiesen sein von Rechtsstaat und Demokratie wurden, beginnend mit der Gleichursprünglichkeit demokratischer Freiheit⁷¹, schon manche Aspekte vorgebracht. Gleichlauf und Gleichursprünglichkeit lassen sich darüber hinaus besonders deutlich am Aspekt des Parlamentsvorbehalts festmachen. In der Literatur wurde immer wieder auf die Unklarheiten darüber verwiesen, „in welchem Umfang das rechtsstaatliche und das demokratische Prinzip der Verfassung zu (parlaments-)gesetzlicher Regelung zwingen.“⁷² Das BVerfG nimmt Bezug auf den demokratisch-parlamentarischen Charakter des Grundgesetzes, wenn es fordert, alle die Bürger unmittelbar betreffenden Entscheidungen müssten durch Gesetz erfolgen.⁷³ „[I]n grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung“ habe der Gesetzgeber „alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“.⁷⁴

Der Parlamentsvorbehalt wird als „staatsleitend“ charakterisiert: Im Unterschied zum überkommenen rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt zielt er nicht primär auf einen „dem Parlament vorbehaltenen Entscheidungsbereich“, sondern auch darauf ab, das bestimmte Entscheidungen der Regierung auf die Mitwirkung des Parlaments angewiesen seien.⁷⁵ Es geht der Sache nach um „die Zuweisung der zentralen Entscheidungsgewalt an das Parlament.“⁷⁶ Insbesondere in der dem Parlamentsvorbehalt korrespondierenden Wesentlichkeitsrechtsprechung finden das legitimatorische Prä des demokratisch gewählten Gesetzgebers (das Parlament entscheidet respektive muss am Entscheidungsprozess angemessen beteiligt sein) und der Vorrang des Gesetzes (die Entscheidung hat in Gesetzesform zu erfolgen) zusammen.⁷⁷ Anders formuliert: Die rechtsstaatliche ist eine „wesentliche“ Ergän-

71 Siehe oben Fn. 37.

72 *Hans H. Klein*, Stellung und Aufgaben des Bundestages, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 50, Rn. 23.

73 BVerfGE 40, 237 (249) – *Justizverwaltungsakt*.

74 BVerfGE 49, 89 (126) – *Kalkar I*.

75 *Peter Badura*, Die parlamentarische Demokratie, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 25, Rn. 62.

76 *Michael Brenner*, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 44, Rn. 27.

77 Wiederum *Badura* (Fn. 75), Rn. 62; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 26, Rn. 64. Europäisch

zung zur demokratischen Dimension der Wesentlichkeitstheorie. Um noch einmal auf die Rechtsprechung des BVerfG zurückzukommen: Ihr zufolge verpflichten das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip in ihrem Zusammenwirken den Gesetzgeber, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im grundrechtsrelevanten Bereich, alle Entscheidungen selbst zu treffen.⁷⁸

6. Schlussbetrachtung

Was ist nach alledem also im Wesentlichen festzuhalten? Die Überlegungen zum Neben-, Gegen-, und Miteinander der Volksherrschaft und der Herrschaft des Rechts haben vor allem eines deutlich werden lassen: Sowohl Rechtsstaatlichkeit als auch Demokratie sind keine statischen Konzepte, sondern ebenso wie die Verfassung, die diese ausformt, ein kontinuierlicher öffentlicher Prozess.⁷⁹ Es wäre indes verfehlt, diesen Prozess mit unreflektierten Fortschrittsnarrativen zu unterlegen, ihm eine Eigendynamik hin zum immer Besseren zuschreiben oder gar von einem rechtsstaatlich-demokratischen Ende der Geschichte zu träumen.⁸⁰ Ein öffentlicher, zugleich offener Prozess trägt die Möglichkeit des (partiellen) Gelingens ebenso in sich wie die Gefahr des (partiellen) Scheiterns. Konsolidierung und Verfall liegen oft nahe beieinander, integrative und desintegrative Momente greifen mitunter sogar ineinander.⁸¹ Wo Deliberation in (ideologisch motivierte) „Deutungskämpfe“ umschlägt und die Sehnsucht nach dem vermeintlich Eindeutigen, Authentischen, gar einzig Richtigen „mangelnde Ambiguitätstoleranz“ bedingt,⁸² geraten Demokratien unter Druck⁸³ und haben immer größere Schwierigkeiten, adä-

fortgedacht bei *Sonja Röder*, *Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie*, Baden-Baden: Nomos 2007.

78 BVerfGE 49, 89, LS 2 – *Kalkar I*: „Die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland ist wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger, insbesondere auf ihren Freiheitsbereich und Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung eine grundlegende und wesentliche Entscheidung im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes. Sie zu treffen ist allein der Gesetzgeber berufen“.

79 Häberle (Fn. 42).

80 *Francis Fukuyama*, *Das Ende der Geschichte. Wo stehen wir?*, München: Kindler 1992.

81 Vgl. z. B. *Leanne McKay*, *Towards a Rule of Law Culture, Exploring Effective Responses to Justice and Security Challenges*, Washington: United States Institute of Peace 2015; *Grazyna Skapska*, *The decline of liberal constitutionalism in East Central Europe*, in: *Peter Vhalemm/Anu Masso/Signe Opermann* (Hrsg.), *The Routledge International Handbook of European Social Transformation*, London: Routledge 2018, § 8; mit Blick auf Polen *Wojciech Sadurski*, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford: Oxford University Press 2019.

82 So *Peter Strohschneider* bei seiner Eröffnungsrede zum 53. Historikertag in München, SZ vom 6.10.2021, 9.

83 Vgl. auch *Gilbert Gornig*, *Europäische Grundwerte. Auch eine kritische Betrachtung Deutschland*, in: *ders./Peter Hilpold* (Hrsg.), *Europas Grundrechte auf dem Prüfstand*.

quate Antworten auf Ungewissheiten respektive die daraus resultierenden Ängste der Bürgerinnen und Bürger zu finden. Wird, angstgetrieben, dieses vermeintlich Eindeutige, Authentische, mit einem verabsolutierenden Wahrheits- und Richtkeitsanspruch unterlegt, zum „wahren Willen“ des Volkes stilisiert, den es von seinen rechtlichen Fesseln zu befreien gilt – Fesseln, deren Grund der Herrschaftsanspruch globaler Eliten, die Fremdbestimmung durch überstaatliche Akteure wie die EU oder ein eigenes Identitätsbehauptungen entgegenstehender Universalismus sei –, ist der Rechtsstaat nicht minder herausgefordert.⁸⁴

Die Literatur erklärt dieses Herausgefordert-Sein der rechtsstaatlichen Demokratie im globalisierten 21. Jahrhundert mit einer Art „Globalisierungsparadox“.⁸⁵ Es komme zu einem „Trilemma“ dahingehend, dass sich nationalstaatliche Souveränität, demokratische Selbstbestimmung und auf transnationale Rechtssetzung angewiesene Globalisierung gleichzeitig nicht vollständig realisieren lassen. Immer müssten zur Erreichung der einen Zielgröße mehr oder weniger weitgehende Abstriche bei den anderen gemacht werden.⁸⁶ Die Übertragung von Hoheitsrechten und die damit verbundenen Souveränitätseinschränkungen kollidieren nicht nur mit tradierten Konzepten souveräner Staatlichkeit, sondern auch den demokratischen Werten selbstbestimmten Entscheidens. „Praktische Konkordanz“, um den für die Grundrechtsdogmatik prägenden Begriff *K. Hesses* aufzugreifen, lässt sich hier kaum durch rein rechtlich determinierte Abwägungsprozesse herstellen. Wie Rechtsstaat und Demokratie mit Ängsten und Unsicherheiten umgehen⁸⁷, ob effektive Steuerungs- und Gestaltungsmechanismen eher der nationalen, der regional-europäischen oder gar der internationalen Ebene zugetraut werden, muss im – idealiter wissenschaftlich informierten – politischen Diskurs geklärt werden. Der Diskurs über Unsicherheiten ist umso wichtiger, weil in Unsicherheitslagen klassische rechtsstaatliche Mechanismen oft nur noch begrenzt funktionieren und das Vertrauen sowohl in die normativen Grundlagen als auch die institutionellen Absicherungen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit schwinden.

Vertrauen aber ist für jede politische als Rechtsgemeinschaft ein unverzichtbares Gut. Sie lebt in hohem Maße von der *Gestaltungsmacht* und *Glaubwürdigkeit*⁸⁸ jener Akteure, die „Integration durch Recht“ leisten. Sie trifft die Verantwortung, *normative Bindung* in *politische Inklusion* zu übersetzen und so politische Gemeinschaft mitzustiften. Das ist gewiss leichter gesagt als getan, bleibt aber die Aufgabe, der sich die „offene Gesellschaft der europäischen Verfassungsinterpreten“⁸⁹ umso engagierter zu stellen hat, je mehr Verunsicherungen und Ängs-

Unter besonderer Berücksichtigung der Länder Mittel- und Osteuropas, Berlin: Duncker & Humblot 2021, 15–64 (42).

84 Gornig (Fn. 83), 45.

85 Dani Rodrik, *Das Globalisierungs-Paradox. Die Demokratie und die Zukunft der Weltwirtschaft*, München: C.H. Beck 2011.

86 Rodrik (Fn. 85).

87 Siehe etwa Martha Nußbaum, *Königreich der Angst*, Darmstadt: WBG Theiss 2019.

88 Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, Berlin: Duncker & Humblot 1998.

89 Klassisch für diesen Ansatz Häberle (Fn. 42), 155 ff.

te die rechtsstaatliche und damit auch die demokratische Verfassungssubstanz zu erodieren drohen. Wer die Demokratie gegen den Rechtsstaat stellt, vergisst schnell, dass demokratische Freiheit nur im Gehäuse rechtsstaatlicher Freiheit überlebensfähig ist. Es geht eben nicht nur um ein vielfach nuanciertes Neben-, Gegen-, oder Miteinander, sondern einen existentiellen Bedingungszusammenhang, dem eines am meisten schadet: die Existentialisierung von vermeintlich Gegensätzlichem. Demokratie und Rechtsstaat brauchen den engagierten, offenen und deshalb Vertrauen stiftenden Diskurs streitbarer Geister. Gilbert Gornig gehört ohne Zweifel zu ihnen. Herzlichen Glückwunsch und ad multos annos.

Literaturverzeichnis

- Akel, A., Strukturmerkmale extremistischer und populistischer Ideologien: Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Baden-Baden: Nomos 2020.
- Badura, P., Die parlamentarische Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 25.
- Bauer, B., Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie, Frankfurt a.M. u.a.: Lang 1998.
- Becker, M., Grundrechte versus Volkssouveränität. Zur Achillesverse des demokratischen Prozeduralismus, in: ders./H.-J. Lauth/G. Pickel (Hrsg.), Rechtsstaat und Demokratie. Theoretische und empirische Studien zum Recht in der Demokratie, Wiesbaden: Westdt. Verl. 2001, 45–68.
- Böckenförde, E.-W. (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815–1914), 2. Aufl., Königstein/Ts.: Verlagsguppe Athenäum, Hain, Scriptor, Hanstein 1981.
- Bogdandy, A. von, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 63 (2003), 853–878.
- Brenner, M., Das Prinzip Parlamentarismus, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 44.
- Crawford, J., Democracy and International Law, British Yearbook of International Law 63 (1993), 113–133.
- Fleiner-Gerster, T. (Hrsg.), Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft, Freiburg /CHE: Institut du Fédéralisme 1995.
- Franck, T. M., The Emerging Right to Democratic Governance, American Journal of International Law 86 (1992), 46–91.
- Fukuyama, F., Das Ende der Geschichte. Wo stehen wir?, München: Kindler 1992.
- Gornig, G., Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte. Die Verankerung der Äußerungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit sowie des Zensurverbots in völkerrechtlichen Übereinkommen und in den Rechtsordnungen der KSZE-Staaten unter besonderer Berücksichtigung rechtsphilosophischer und rechtsgeschichtlicher Hintergründe, Berlin: Duncker & Humblot 1988.
- Gornig, G., Der Inhalt des Selbstbestimmungsrechts, Politische Studien, Sonderheft 6, 1993, 11–29.
- Gornig, G., Europäische Grundwerte. Auch eine kritische Betrachtung Deutschland, in: ders./P. Hilpold (Hrsg.), Europas Grundrechte auf dem Prüfstand. Unter besonderer Berücksichtigung der Länder Mittel- und Osteuropas, Berlin: Duncker & Humblot 2021, 15–64.

- Gornig, G., Schutz von Minderheiten und Volksgruppen in einer europäischen Friedensordnung, in: ders./A. M. Rafael (Hrsg.), *Minderheitenschutz. Eine interdisziplinäre Betrachtung*, Marburg: Verlag August W. Klages 2013, 73–136.
- Gornig, G., The Constitutional Rights of Minorities, Including Regionalism, in: C. Starck (Hrsg.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy. The German Contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden: Nomos 1999, 161–182.
- Gornig, G./Trübe, C., Minority Protection in Germany, *Tilburg Foreign Law Review* 6 (1997), 69–111.
- Gosepath, S., *Gleiche Gerechtigkeit – Grundlage des liberalen Egalitarismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2004.
- Häberle, P., Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung (1977) mit Nachtrag (1978), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 565–578.
- Häberle, P., Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 22.
- Häberle, P., Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 155–181.
- Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2008.
- Häberle, P., Fünf Krisen im EU-Europa – Weltweite Implikationen, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungstheorie für Europa, *AVR* 53 (2015), 409–423.
- Häberle, P., Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* 30 (1972), 43–141.
- Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998.
- Häberle, P., Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, in: Y. Hangartner (Hrsg.), *Völkerrecht im Dienste des Menschen: FS für H. Haug*, Bern: P. Haupt 1986, 81–108.
- Häberle, P., Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 1, Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 7.
- Häberle, P./Kotzur, M., *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2016.
- Habermas, J., Über den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: ders. (Hrsg.), *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 293–308.
- Hallstein, W., *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf: Econ-Verl. 1969.
- Hallstein, W., *Die Europäische Gemeinschaft*, 5. Aufl., Düsseldorf: Econ-Verl. 1979.
- Haltern, U., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, Berlin: Duncker & Humblot 1998.
- Hesse, K., Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders./S. Reicke/U. Scheuner (Hrsg.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung: FS für R. Smend*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1962, 71–95.
- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudr. der 20. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 1999.
- Heun, W., *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Berlin: Duncker & Humblot 1983.

- Honneth, A., *Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte*, Berlin: Suhrkamp 2018.
- Kahl, W./Waldhoff, C./Walter, C. (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 137. Aktualisierung, Heidelberg: C.F. Müller 2008.
- Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Akademieausg., 2. Aufl., Hamburg: Felix Meiner Verlag 2016.
- Klein, H. H., *Stellung und Aufgaben des Bundestages*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 50.
- Kotzur, M., *Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht*, in: N. Dethloff/G. Nolte/A. Reinisch (Hrsg.), *Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick/Migrationsbewegungen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, Bd. 49, Heidelberg: C.F. Müller 2018, 295–323.
- Kriele, M., *Das demokratische Prinzip im Grundgesetz*, *Mitbericht*, VVDStRL 29 (1971), 46–84.
- Kugelman, D., *Grundrechte in Europa. Parallele Geltung aufgrund ihrer Rechtsquellen*, Hamburg: Kovač 1997.
- Langenfeld, C., *Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten*, Tübingen: Mohr-Siebeck 2001.
- Lauth, H.-J., *Vermittlungsprobleme zwischen Demokratie und Rechtsstaat*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 21 (2013), 83–98.
- Lehmbruch, G., *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. Aufl., Wiesbaden: Westdt. Verl. 2000.
- Limbach, J., *Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, *EuGRZ* 2000, 417–420.
- Magsaam, N., *Mehrheit entscheidet. Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder*, Berlin: Duncker & Humblot 2014.
- Mahlmann, M., *Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie*, VVDStRL 80 (2021), 69–104.
- Mangold, A. K., *Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie*, VVDStRL 80 (2021), 7–36.
- Manssen, G./Banaszak, B. (Hrsg.), *Minderheitenschutz in Mittel- und Osteuropa*, Frankfurt a.M. u.a.: Lang 2001.
- Maus, I., *Volkssoeveränität versus Konstitutionalismus. Zum Begriff einer demokratischen Verfassung*, in: G. Frankenberg (Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl. 1994, 74–83.
- McKay, L., *Towards a Rule of Law Culture, Exploring Effective Responses to Justice and Security Challenges*, Washington: United States Institute of Peace 2015.
- Merten, D., *Prinzip Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen*, in: ders./H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 2, Heidelberg: C.F. Müller 2006, § 27.
- Morlok, M., *Informalisierung und Entpolitisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung*, VVDStRL 62 (2003), 37–80.
- Müller-Franken, S., *Demokratie als Wettbewerbsordnung*, DVBl. 2009, 1072–1082.
- Neumann, F., *Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl. 1986.
- Nußbaum, M., *Königreich der Angst*, Darmstadt: WBG Theiss 2019.

- Nußberger, A., *Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch?*, VStRL Thesenpapier vom 7.10.2021.
- Reimer, F., *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot 2001.
- Richter, E., *Die Wurzeln der Demokratie*, Weilerswist: Velbrück 2008.
- Röder, S., *Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie*, Baden-Baden: Nomos 2007.
- Rodrik, D., *Das Globalisierungs-Paradox. Die Demokratie und die Zukunft der Weltwirtschaft*, München: C.H. Beck 2011.
- Sadurski, W., *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford: Oxford University Press 2019.
- Schäfer, A./Zürn, M., *Die demokratische Regression. Die politischen Ursachen des autoritären Populismus*, Berlin: Suhrkamp 2021.
- Schapp, J., *Freiheit, Moral und Recht*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017.
- Schiera, P., *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft*, in: A. von Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4, Heidelberg: C.F. Müller 2011, § 68.
- Schmidt-Aßmann, E., *Der Rechtsstaat*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 26.
- Schmitt Glaeser, W., *Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 38.
- Schmitt, C., *Verfassungslehre*, 10. Aufl., Neusatz auf der Basis der 1928 ersch. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 2010.
- Skąpska, G., *The decline of liberal constitutionalism in East Central Europe*, in: P. Vahlemm/A. Masso/S. Opermann (Hrsg.), *The Routledge International Handbook of European Social Transformation*, London: Routledge 2018, § 8.
- Smend, R., *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1968, 309–325.
- Sommermann, K.-P., *Demokratiekonzepte im Vergleich*, in: ders./H. Bauer/P. M. Huber, *Demokratie in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 191–221.
- Starck, C., *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 33.
- Streinz, R., (Hrsg.), *50 Jahre Europarat*, Bayreuth: Verl. PCO 2000.
- Tocqueville, A. de, *Über die Demokratie in Amerika, 1835/40*, München: Dt. Taschenbuch-Verlag 1976.
- Wahl, R., *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2003, § 2.
- Wiener, A., *A Theory of Contestation*, Heidelberg: Springer 2014.
- Zacher, H. F., *Freiheitliche Demokratie*, München u.a.: Olzog 1969.

