

ÖJK - Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat

Demokratie - Zustand und Perspektiven

von
Österreichische Juristenkommission

1. Auflage 2015

Linde Verlag Wien 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 7073 3222 3

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Aktuelle praktische Fragen der Demokratietheorie¹

Prof. Dr. Christoph Möllers

- I. Einführung**
- II. Erwartungen an die Demokratie**
- III. Die Bedeutung der Demokratietheorie**
- IV. Recht in der Demokratie**
 - A. Recht konstituiert Demokratie
 - B. Demokratische und soziale Ungleichheit
 - C. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie
- V. Demokratie in der Krise**

¹ Die Vortragsform wurde beibehalten.

I. Einführung

Als Liebhaber Österreichs ist es mir eine besondere Freude, hier vor Ihnen sprechen zu dürfen. Es ist natürlich auch ein Wagnis, einen Deutschen einzuladen, um über Demokratie zu sprechen. Deutsche haben eben die Eigenart, es besser zu wissen, es zu perfektionieren, es zu verregeln, um es dann anderen zu erklären, damit die es so gut machen wie sie selbst. Dieser Art von Belehrung suche ich im Folgenden zu widerstehen. Ganz im Gegenteil: ich möchte als jemand, der vor allem das deutsche System kennt, das österreichische System als eines verstehen, von dem auch in seiner mitunter durchaus offensichtlichen Unvollkommenheit einiges zu lernen ist. Der österreichische politische Prozess erscheint dem deutschen Beobachter als einer, der in mancher Hinsicht extremer funktioniert als die deutsche Politik, der eine größere Heterogenität der politischen Auseinandersetzung kennt, der polemischer ist, manches Mal auch härter, mitunter etwa fremdenfeindlicher. Das ist auf der einen Seite sicherlich ein Problem für den harmlosen deutschen Beobachter. Aber hierin kommt auch eine Form von demokratischer Normalität und Härte der Auseinandersetzung zum Ausdruck, die sich gerade der konsensstüchtige deutsche politische Prozess so nicht antun will, sodass im Ergebnis viele Argumente und Perspektiven nicht auf den Tisch der öffentlichen Auseinandersetzung kommen.

Österreich hat zudem eine lebendige politische Tradition, in welcher die 1. Republik eine große Rolle spielt. Man versteht sich bis heute als in dieser Tradition stehend, während die Deutschen die Weimarer Republik verdrängt und entsorgt haben und fast nur noch als Vorgeschichte des Nationalsozialismus benutzen. Damit ist auch vieles entsorgt und verdrängt, was an Weimar ebenso wie an der österreichischen Zwischenkriegsrepublik normal war: an extremer Auseinandersetzung, an Gefährdetheit, an Prekarität der Demokratie. Hier ist von Österreich etwas zu lernen: nicht zu vergessen, dass der demokratische Prozess als solcher ja in beständiger Gefahr ist, aus verschiedenen Ecken überholt zu werden. Dies gehört zur Normalität demokratischer Ordnungen und ist in den allermeisten Ländern der Welt an der Tagesordnung; während wir uns in Deutschland immer noch ein wenig – dazu werde ich im Verlauf meines Vortrages auch noch kommen – in der Vorstellung wiegen, dass man durch Rationalisierung und Verrechtlichung eines politischen Prozesses politische Probleme aus der Welt schaffen könnte.

Mein Vortrag soll aus vier Teilen bestehen: Zunächst möchte ich etwas zu den Erwartungen sagen, die wir mit Demokratie verbinden. Dann spreche über den Status der Demokratietheorie. Was kann Demokratietheorie leisten? Zum Dritten werde ich über die Rolle des Rechts in der Demokratie nachdenken, um schließlich, zum Vierten, kurz die Frage aufzuwerfen, ob wir uns in einer Krise der Demokratie befinden oder was es bedeutet, dass wir sehr oft von Krisenbefindlichkeiten sprechen.

II. Erwartungen an die Demokratie

Beginnen wir mit den Erwartungen an die Demokratie und erinnern wir uns daran, dass Demokratie – das ist der kleinste gemeinsame Nenner der politischen Ordnung, so wie wir sie kennen – erst mal nichts anderes ist als eine politische Ordnung gleicher Freiheit. Es geht darum, dass politische Teilhaberechte gleich verteilt sind. Nicht mehr und nicht weniger.

Eine demokratische Ordnung ist also keine moralisch richtige Ordnung. Ich meine im Gegenteil, ein gewisses Maß an Unmoralität und Machtbewusstsein gehört zu einer funktionierenden Demokratie. Wir wollen eher von Leuten regiert werden, die gerissen sein können, die nicht nur die Wahrheit sagen, die es vermögen, Mehrheiten zu organisieren und so Entscheidungen durchzubringen.

Eine Demokratie ist auch keine rationale Ordnung. Wir brauchen im demokratischen Prozess immer auch ein Stück Voluntarismus. Anders könnten wir uns gar nicht erklären, dass wir das Hin und Her von Regierungen und Opposition haben, dass wir eine politische Auseinandersetzung führen, die dann nicht in rationalen Argumenten aufgeht. Die demokratische Ordnung bedarf vernünftiger Argumente, aber sie ist auch auf einen Überschuss angewiesen, auf ein Bedürfnis oder einen Willen.

Schließlich ist eine Demokratie auch keine homogene Ordnung. Sie ist keine Ordnung, in der wir unterstellen können, dass die Beteiligten, die Staatsbürgerinnen und Staatsbürger alle faktisch-sozial gleich sind. Gleich sind sie nur im Hinblick auf ihre politischen Beteiligungsrechte, ich komme darauf zurück.

Die Demokratie ist weniger als dies alles. Der Begriff wird am besten karg verstanden. Er ist minimal. Er ist offen. Man kann ihn unterschiedlich deuten. Und deswegen scheint mir ganz wichtig zu sein, dass wir, wenn wir über Demokratie nachdenken und über Demokratie sprechen, dies immer in einer vergleichenden Perspektive tun. Es ergibt keinen Sinn, von der Demokratie als solcher zu sprechen, sondern es ist immer nur ergiebig zu sagen: „Das ist *meine* Vorstellung von Demokratie. Aber wie steht es woanders? Wie werden hier demokratische Probleme gelöst? Oder wie wird hier Demokratie als politische Ordnung verstanden?“ Es gibt Demokratien ohne und mit Verfassungsgerichtsbarkeit. Wir haben eine extrem starke Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, wir haben eine weniger starke in Österreich. Viele alte Demokratien kennen überhaupt keine. Die Franzosen tun sich schwer damit, ebenso die Niederländer und die Briten. Es gibt Demokratien, die extrem heterogen verfasst sind. Indien ist eine Demokratie, die religiös, ethnisch und sozial heterogener ist als die gesamte Europäische Union zusammen. Es gibt Demokratien, die nur einen Akteur haben, der maßgeblich entscheidet. Das Parlament etwa – wie im österreichischen System und im britischen. Und es gibt andere Systeme, die mit vielen verschiedenen und auch nicht immer nach strenger demokratischer Regel konstituierten Akteuren entscheiden,

die also starke zweite Kammern haben, und in der andere Akteure relevant sind für die schließlich und endlich zu fällende demokratische Entscheidung.

Es gibt eine extreme Vielfalt an demokratischer Gestaltung, aber es gibt nicht *den* gemeinsamen Nenner, mit dessen Hilfe wir bestimmen könnten, dass diese Vielfalt an institutionellen Möglichkeiten entweder eindeutig demokratisch oder eindeutig nicht-demokratisch ist. Deswegen besteht der vielleicht wichtigste Beitrag, den heute Demokratietheorie und vergleichende Demokratielehre für die politische Praxis und für die politische Bildung leisten können, darin, *Erwartungsregulierung durch informierten Vergleich* zu betreiben, also anschaulich zu machen, wie es anderswo zugeht und damit zu kalibrieren, was wir von der demokratischen Ordnung erwarten können und was nicht. Es gehört zu den schwierigsten Aufgaben aller Bürgerinnen und Bürger, sich darüber ein Bild zu machen, wann ihre eigene politische Ordnung tatsächlich abzugleiten beginnt, wann sie autoritär wird und wann wir es einfach nur mit der alltäglichen Dysfunktionalität des politischen Prozesses zu tun haben, die nun mal zu jeder Demokratie gehört.

III. Die Bedeutung der Demokratietheorie

Das betrifft auch den Status der Theorie. Ein Verständnis von Demokratie, das die Vielfalt ihrer Möglichkeiten anerkennt und klar macht, dass die demokratischen Minimalkriterien der gleichen politischen Beteiligungsfreiheit offen sind, muss auch der Demokratietheorie einen viel bescheideneren Platz zuweisen, als das von den Philosophen und den Politiktheoretikern oftmals getan wird. Schon die Frage, was eigentlich in einer konkreten Demokratie noch demokratisch ist und was nicht mehr, ist ja politisch regelmäßig umstritten. Diese Umstrittenheit ist kein Systemfehler, sondern sie ist in der Idee, dass eine Demokratie auch immer eine Opposition hat, also eine Form, die institutionalisiert „dagegen“ ist, aufgehoben. Demokratische Ordnungen leben davon, sich selbst in Zweifel zu ziehen, ihre eigene demokratische Qualität anzuzweifeln und überprüfen zu lassen – und damit die Frage, was noch demokratisch ist und was nicht mehr, einer offenen Auseinandersetzung zu unterwerfen. Das macht den Diskurs komplex, kontingent, ja verwirrend, aber eben auch beweglich und offen. Es führt auch dazu, dass Demokratietheorie als solche keinen privilegierten Platz im Demokratiegespräch haben kann. Demokratietheorie – sei es von Politikwissenschaftlern, sei es im Kreis von Juristinnen und Juristen, in dem wir uns hier befinden, – ist ein Expertengespräch über Demokratie, das selbst kein demokratisches Mandat hat. Dieses Gespräch ist zulässig, ja sogar erwünscht. Reflexion über Demokratie ist immer gewollt in der demokratischen Ordnung – ohne dass sie aber von sich selbst behaupten dürfte, dass sie besser wüsste, was demokratisch ist und was nicht, als andere Beteiligte am politischen Prozess. Mit Richard Rorty, einem amerikanischen Pragmatisten und Philosophen, kann man leicht variieren sagen, es gibt einen Vorrang der Demokratie vor der Demokratietheorie und es gibt die

Pflicht zur demokratischen Demut der Experten, der Kenner der politischen Theorie oder des Verfassungsrechts vor dem radikal egalitären Charakter des demokratischen Prozesses und der Frage, was eigentlich als demokratischer Prozess noch durchgehen kann.

Besteht ein Problem der Demokratie also darin, dass sie sich nicht durch Experten bestimmen lässt, so besteht ein weiteres darin, dass der Begriff der Demokratie so offen ist, dass nur schwer zu bestimmen ist, wann sie endet. Der Übergang von Demokratie zu Nicht-Demokratie ist schwer zu erkennen. Wir haben kein eindeutiges Schwarzweiß zwischen einer demokratischen und einer nicht demokratischen Ordnung. So hart das Kriterium der politischen Gleichheit auf den ersten Blick ist, so vieldeutig und so vielschichtig fällt es aus, wenn man genau hinschaut. Die Entwicklung, die wir in Ungarn im Moment beobachten, ist dafür ein Beispiel. Persönlich würde ich vermuten, dass Ungarn mittlerweile ein autoritäres System geworden ist. Dafür kann man Gründe nennen, dagegen auch. In jedem Fall ist es schwierig, ein solches persönliches Werturteil in ein Verfahren überzuleiten, in dem etwa die Europäische Union jetzt sagen könnte, dass eine Grenze überschritten wurde, die es gebietet, Ungarn grundsätzlich anders zu behandeln als die anderen Mitgliedstaaten. Dieser Punkt ist so schwer zu fassen, weil der Begriff der Demokratie so offen ist und weil autoritäre Systeme dies wissen und hinzulernen.

Daher gehört es zu den beunruhigendsten neueren demokratiepolitischen Phänomenen, wie weltweit autoritäre Ordnungen und autoritäre Herrscher gelernt haben, welches die formalen Erwartungen an eine demokratische Herrschaft sind, die namentlich im internationalen Recht formuliert werden. Wir sehen, dass Oppositionelle heute anders verfolgt werden als früher. Sie werden nicht mehr klassisch in den Kerker geworfen, wenn sie etwas Falsches gesagt haben, sondern die Steuerbehörde rückt ihnen auf den Pelz. Wir beobachten auch, dass Persönlichkeitsrechte von Politikern missbraucht werden, um Strafen gegen abweichende Meinungen verhängen zu lassen. Und wir beobachten natürlich geschickte Formen der Wahlmanipulation. Dieses Problem der Grenzziehung, des Übergangs vom Demokratischen zum Nicht-Demokratischen, ist aber nicht nur ein Problem anderer Ordnungen, sondern eines jeder Demokratie. Auch wir müssen täglich neu entscheiden, ob dieser oder jener Übergriff, dieses oder jenes Maß an Korruption oder an Vetternwirtschaft oder an Zugangssperren zu demokratischer Freiheit schon den demokratischen Charakter der Gesamtordnung infrage stellt oder noch nicht.

IV. Recht in der Demokratie

A. Recht konstituiert Demokratie

Was bedeutet das für die Frage des Verhältnisses von Demokratie und Recht? Nicht nur weil ich in Österreich bin, möchte ich mit *Hans Kelsens* fundamentaler

Einsicht beginnen, dass demokratische Verfahren, dass demokratische Gleichheit tatsächlich nur in Rechtsformen organisiert werden können. Alle Figuren, über die wir in einer Demokratie reden – Staatsvolk, Repräsentation, Freiheit des Mandates –, lassen sich nicht anders als in Formen des Rechts definieren. Eine Rechtsordnung ist konstitutiv für sie. Sie ist keine hinreichende, aber eine notwendige Voraussetzung dafür, dass wir von einer demokratischen Öffentlichkeit und von einem demokratischen Prozess sprechen können.

Ist das trivial? Man könnte es denken, weil es etwa auf der Hand liegt, zu sagen, dass sich eine demokratische Wahl nur unter den Bedingungen der Verrechtlichung organisieren lässt. Aber die Feststellung wird vielleicht weniger trivial, wenn wir beobachten, wie der politische Diskurs heute funktioniert, in dem öffentlicher Protest stets als etwas Demokratisches wahrgenommen wird, während bürokratisch organisierte Verfahren als undemokratisch gelten. Diese Intuition hat viel damit zu tun, dass wir immer noch in einer wirkmächtigen und nicht zu verachtenden demokratischen revolutionären Tradition stehen, die uns auf die Seite des Protests stellt. Sie scheint mir relativ verbreitet zu sein und führt jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland oft dazu, dass Politiker, die ein robustes demokratisches Mandat haben und die in einem offenen Verfahren mit Mehrheit gewählt wurden, fast schon mit einem schlechten Gewissen gegenüber Bürgerbewegungen operieren, von denen man nicht immer weiß, ob sie tatsächlich relevante Mehrheiten repräsentieren.

In jeder Demokratie gibt es eine unvermeidliche Diskrepanz zwischen der gefühlten Mehrheit und der gezählten Mehrheit. Die gezählte Mehrheit aber setzt ein demokratisches Verfahren voraus und das heißt auch: eine Rechtsordnung. Ein Land, in dem das Problem im Moment virulent ist, das mir interessant zu sein scheint, weil es viel über Gefährdungen der Demokratie zeigt, ist Thailand. In Thailand haben wir in den letzten Monaten und Jahren eine Auseinandersetzung erlebt, in der eine maßgeblich von der Landbevölkerung gewählte demokratische Regierung, an deren Mehrheitsmandat nach meinem Eindruck wenig begründete Zweifel bestehen, durch organisierten Protest von der Straße handlungsunfähig wurde. Dieser Protest, der über ein basisdemokratisches Charisma verfügt und der immer die Vermutung des Demokratischen auf seiner Seite hat, findet maßgeblich in der Hauptstadt statt und wird dort vor allem von Funktionseliten organisiert, also von Angehörigen der Verwaltung, der Justiz und anderen privilegierten Funktionsträgern, die mit einer ihr nicht genehmen, aber doch mehrheitlich legitimierten politischen Regierung nicht umgehen wollen. Das ist bemerkenswert, weil sich hier die gewohnten Formen umdrehen, ein Phänomen, das sich auch anderswo beobachten lässt: Eliten bedienen sich basisdemokratischer Formen, um sich die Legitimität der Mehrheitsmeinung zu verschaffen. Die Kelsen'sche Einsicht, dass Demokratie Rechtsform voraussetzt, erweist sich hier nicht nur als theoretische Hülle, sondern sie gebietet es, sich noch einmal daran zu er-

innern, dass wir im Moment eines harten politischen Konfliktes im Prinzip nicht viel mehr haben als die Form des egalitären Verfahrens, wenn wir wissen wollen, wo die demokratische Mehrheit liegt und wo nicht.

Nun hat die These *Kelsens* ihre Grenzen, die *Kelsen* wohl bewusst waren. Demokratisches Recht ist eben nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für eine Demokratie. Wir kommen ohne das Recht nicht aus, aber wir brauchen mehr. Demokratie hat auch gesellschaftliche Voraussetzungen. Es ist eine der viel diskutierten Fragen, inwieweit solche gesellschaftlichen Voraussetzungen einfach da sein müssen und inwieweit sie auch durch Rechtsformen ermöglicht werden können. Es scheint mir wichtig zu sein, dass man bei der Klärung dieser Frage eher mit Pragmatismus als mit Defätismus ans Werk geht und nicht glaubt, dass Demokratie etwas an gesellschaftlichem Substrat, an Homogenität, an bürgerlicher Überzeugung oder anderem voraussetze, das man mit Mitteln des Rechts zwar vielleicht nicht neu schaffen, aber eben doch verbessern kann. Öffentliches Schulwesen, eine ordentliche Medienverfassung, ein faires Religionsverfassungsrecht, ein Migrationsrecht – das sind alles Mittel des Rechts, die dazu benutzt werden können, gesellschaftliche Voraussetzungen von Demokratie zu schaffen und damit die Demokratie jenseits des formalistischen Gleichheitsdenkens und der egalitären Verfahren zu ermöglichen. Diese Möglichkeiten, Demokratie zu verbessern, zu gestalten, zu öffnen, eben zu demokratisieren, scheinen mir der wichtigste und interessanteste Gestaltungsspielraum für den politischen Prozess zu sein. Diese Möglichkeiten sind unvergleichlich wichtiger als jeder verfassungsgerichtliche Schutz. Und mir scheint, dass gerade diese Verantwortung des demokratischen Prozesses für sich selbst zu selten thematisiert und zu selten von der Politik wahrgenommen wird, weil die Einsicht, insbesondere in die Gestaltung des demokratischen Prozesses durch den demokratischen Prozess in Form des Rechts, fehlt.

Dazu eine Anekdote aus Deutschland: In der letzten Woche besuchte ich die Feier zum Verfassungstag in der Bundesrepublik Deutschland. Das Grundgesetz wurde am 23. Mai 2014 65 Jahre alt. Interessant an den Reden war, dass in Deutschland – aber vielleicht nicht nur dort –, wenn die Politik über Demokratie und Verfassung sprechen soll, sie vor allem immer über Verfassungsgerichtsbarkeit redet, so als wäre die Frage, was demokratiepolitisch zu machen ist, eine, die nicht zuvörderst und erst mal in den Händen der Politik läge, so als wäre die Pflege der demokratischen Gemeinschaft durch die Ermöglichung eines demokratischen Bewusstseins, durch demokratische Erziehung, durch Offenheit des Diskurses nicht erst einmal Angelegenheit des Parlaments. Hier zeigt sich, dass mit der zunehmenden Justizialisierung demokratischer Politik, wie wir sie weltweit beobachten können, der demokratische Prozess die Verantwortung für das Gelingen der Demokratie ein wenig aus den Händen gibt und der Justiz, insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit, überlässt.

B. Demokratische und soziale Ungleichheit

Ein zentrales Problem gesellschaftlicher Voraussetzungen der demokratischen Ordnung ist die soziale Ungleichheit. Es ist klar, dass demokratische Gleichheit zunächst normativ zu verstehen ist: es geht um das Recht auf gleiche politische Beteiligungschancen. Demokratische und soziale Gleichheit sind scharf zu unterscheiden. Liberale Demokratien sind auf der Annahme aufgebaut, dass politische Gleichheit unter der Bedingung sozialer Ungleichheit möglich ist. Das ist in der Verfasstheit demokratischer Rechtsstaaten angelegt, die neben der Formalisierung gleicher politischer Beteiligungsrechte eine Menge von Ungleichheiten schützen, etwa durch Grundrechte – Ungleichheit in der Artikulationsmöglichkeit, Ungleichheit des Eigentums, Ungleichheit von Fähigkeiten und Begabungen. Zugleich ist klar, dass man die Unterscheidung zwischen beiden Freiheiten nicht zu einer Trennung hypostasieren kann, dass man vorsichtig sein muss, wo die Grenze zu ziehen ist. Es gibt sicherlich einen Punkt, an dem die Grenze aufzugeben ist: der Punkt der Exklusion. Bürger dürfen nicht so arm und so bedürftig sein, dass sie gar keine Möglichkeit mehr haben, sich am demokratischen Prozess zu beteiligen. Wer auf seine Subsistenz zurückgeworfen ist, wer sein Leben damit verbringt, zu überleben, der hat in der Tat keine Ressourcen mehr, um sich politisch zu engagieren. Deswegen hat ein sozialer Minimalstandard eine immense demokratiepolitische Bedeutung. Aber das ist vermutlich noch nicht alles. Es geht nicht nur um absolute Exklusion, sondern auch um relative Gleichheit. Die Möglichkeiten, den eigenen, geschützten Handlungsraum zu nutzen, müssen in einer Rechtsordnung mit einer Gewinn- oder Erfolgchance, mit der Möglichkeit zur Belohnung und Sanktion verbunden werden, um ein demokratisches System zu ermöglichen. Was meine ich? Ich meine damit, dass der Kapitalismus, die sich frei nennende Wirtschaftsordnung, Fleiß, Engagement, Geschäftssinn in einer plausiblen Art und Weise mit Konsequenzen versehen können muss. Wenn dies nicht gelingt, wenn diese Zuordnung ihre Plausibilität verliert, weil diese Folge von Leistung und Belohnung bzw. Fehlleistung und Bestrafung nicht mehr nachvollziehbar ist, sind die Folgen dieses Versagens nicht mehr nur rein wirtschaftliche, sondern auch politische. Denn dann wird deutlich, dass die politische Ordnung nicht mehr offen für neuen von ihr eigentlich geschützten Freiheitsgebrauch ist. Deswegen sind die demokratiepolitischen Folgen des Umgangs mit der Bankenkrise und den politischen Verwerfungen, die wir in den letzten Jahren in Europa beobachten, höchst fatal: nicht nur wegen der Gerechtigkeitsprobleme der Austeritätspolitik, sondern auch weil die demokratische Ordnung auf ihrer politischen Seite davon abhängt, dass plausible Verantwortungszusammenhänge für den Gebrauch der eigenen Freiheit geschaffen werden.

In der Organisation der Demokratie werden Fragen des Zusammenhangs von sozialer Ungleichheit und politischer Gleichheit zumeist durch die Organisation von öffentlichen Institutionen gelöst. Intermediäre sollen sicherstellen, dass sozi-