

Sorgt für das Recht! (Jesaja 1,17)

Über das Verhältnis von Demokratie und Menschenrechten

«... verhilft den Gebeugten und Bedürftigen zum Recht!»

Psalm 82,3

«Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen»

Apostelgeschichte 5,29

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung und Überblick	2
1.1.	Das staatliche Uhrwerk und die politische Uhrmacherkunst	2
1.2.	Recht und Gerechtigkeit	2
1.3.	Die relative Souveränität des Souveräns	3
1.4.	Das Wohl der Schwachen.....	4
1.5.	Die Fragestellung.....	5
2.	Vertrauen	6
2.1.	Schutz der Freiheit.....	6
2.2.	Auf Gegenseitigkeit.....	6
3.	Legitimität	7
3.1.	Freiwillige Zustimmung.....	7
3.2.	Input-, Output-Legitimität	8
4.	Demokratie	9
4.1.	Beteiligung, Transparenz, Herrschaft des Gesetzes	9
4.2.	Demokratierisiken	10
4.3.	Die normativen Fundamente der Demokratie	13
5.	Gerechtigkeit	15
5.1.	Gerechtigkeit als Quelle demokratischer Legitimität	15
5.2.	Recht auf Rechte	15
5.3.	Grund- und Menschenrechte als Massstab in der Gesetzgebung	17
5.4.	Die Anwendung der Grund- und Menschenrechte durch das Gericht	18
6.	Zusammenfassung: Koalitionäre in einer Sache	20

1. Einleitung und Überblick

1.1. Das staatliche Uhrwerk und die politische Uhrmacherkunst

Demokratische Rechtsstaaten sind komplexe Uhrwerke, in denen viele Bestandteile zu einem komplizierten Mechanismus zusammengefügt sind, der auf unsichtbare Weise das politische Laufwerk in Gang hält. Das staatliche Uhrwerk besteht auf den ersten Blick aus einem Rahmen – der *Verfassung* –, in den die einzelnen Komponenten – nationales und internationales *Recht* – eingepasst werden und das die Einzelteile – *Gesetze* und politische *Institutionen* – zu einem funktionierenden Ganzen – dem *Rechtsstaat* – verbindet. Für den *Antrieb* sorgen die Bürgerinnen und Bürger, die sich auf Grundlage der Gesetze in der Gesellschaft bewegen und handeln. Sie sind aber nicht nur das Federwerk dieses Uhrwerks, sondern zugleich die – *souveränen* – Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die – mit Hilfe *demokratischer* Instrumente – das Laufwerk gefertigt haben, Feinjustierungen – in Form politischer *Initiativen* – vornehmen, Zahnräder – durch *Vernehmlassungen* und *Abstimmungen* – modifizieren oder austauschen. Sie können auch das Werk selbst – die Verfassung durch *Volksabstimmungen* – verändern. Immer geht es darum, das staatliche Uhrwerk am Laufen zu halten, Gangunruhen zu korrigieren und die Mechanik an veränderte Aussenbedingungen anzupassen. Das ist ein technisches Bild, aber es enthält bereits alle relevanten Bestandteile komplexer demokratischer Rechtsstaaten.

In der Schweiz weiss man besser als andernorts, dass Uhrwerke filigrane Kunstwerke sind, aus denen nicht beliebig einzelne Bestandteile ausgebaut und willkürlich durch andere ersetzt werden können. Man muss das Zusammenspiel der verschiedenen Komponenten genau kennen, um die Funktion des komplizierten Laufwerks nicht zu gefährden, sondern zuverlässig in Gang zu halten. Das ist die politische Kernaufgabe. An welcher Stelle harzt das Getriebe, welche Teile verursachen eine Störung, wo ist das Werk ungeschützt, sodass Sand eindringen kann, welches Zahnrad kann ersetzt werden und welche Manipulation würde das Gesamtwerk zum Stottern oder zum Stillstand bringen? Was für die Uhrmacherkunst selbstverständlich ist, gilt auch für die Politik: Es braucht einen aufmerksamen Blick für die Details, ohne dabei das Ganze aus den Augen zu verlieren. Handelt es sich bei einer Störung um eine bloss aktuelle Laufunruhe, um einen Detailproblem mit unter Umständen weitreichenden Wirkungen oder zeigt sich dort ein schwerwiegender Konstruktionsfehler, der eine umfassendere Revision nötig macht? Das Problem muss sorgfältig diagnostiziert und analysiert werden, damit die politische Reparatur den Fehler beheben kann, ohne neue Probleme zu erzeugen.

1.2. Recht und Gerechtigkeit

Menschliches Recht ist ein Notbehelf in einer unfriedlichen und unversöhnten Welt. So sehr sich Recht auch bemüht, im Blick auf das Ziel der Gerechtigkeit bleibt es immer Stückwerk. Vollkommene Gerechtigkeit – wenn sich «Gerechtigkeit und Friede küssen» – «blickt vom Himmel hernieder» (Psalm 85,11f.). Sie ist Sache Gottes und nicht der Menschen. In diesem Sinne unterscheiden die Kirchen im Anschluss an den Apostel Paulus zwischen einem göttlichen und weltlichen Reich (Augustinus) oder zwischen göttlicher und menschlicher Gerechtigkeit (Zwingli). Dennoch fordert die Bibel die Menschen auf, nach Gerechtigkeit und Frieden zu streben, ihnen mit ganzem Ernst nachzujagen (Sprüche 21,21). Obwohl das Alte Testament voll ist von Rechtstexten und Jesus für sich in Anspruch nimmt, das Gesetz zu erfüllen (Matthäus 5,17), gibt sich die Bibel nicht mit dem Recht zufrieden. Und dort, wo Menschen allein auf geltendes Recht setzen, treten alsbald Propheten oder Jesus selbst auf, die die Ungerechtigkeiten menschlichen Rechts scharf kritisieren.

Recht und Gerechtigkeit sind die beiden Seiten einer Medaille. Sie sind weder das Gleiche, noch bestehen sie unabhängig voneinander, wie bereits das Volk Israel wusste. Deuteronomium 16,18–20 enthält eine vier Punkte umfassende Zusammenfassung gerechter Rechtsordnung: 1. die Einsetzung von Richtern; 2. die Anerkennung (Nicht-Beugung) geltenden Rechts; 3. die unbestechliche Rechtsprechung ohne Ansehung der Person und 4. die Gerechtigkeit als Ziel jeder Rechtssetzung und Rechtsprechung: «Gerechtigkeit, Gerechtigkeit – ihr sollst du nachjagen». Die biblische Botschaft ist klar und deutlich: Recht muss sich an Gerechtigkeit orientieren, sonst wird Recht zu Unrecht. Anders gesagt: Menschliches Recht ist ein – wenn auch stets vorläufiges und verbesserungsbedürftiges – Instrument der Gerechtigkeit.

1.3. Die relative Souveränität des Souveräns

Wer über Recht nachdenkt, kommt an Fragen nach dem Guten und Gerechten nicht vorbei. Es darf nicht beliebig sein, welche Ziele, Normen und Werte durch das Recht gesetzt, geschützt und garantiert werden. In demokratischen Rechtsstaaten übernehmen Verfassungen eine solche Orientierungsfunktion für das Recht. Das normative Gewicht der schweizerischen Bundesverfassung kommt bereits in ihren ersten Worten zum Ausdruck: «Im Namen Gottes des Allmächtigen». Die Anrufung Gottes (*invocatio Dei*) hat eine lange Tradition, wenngleich sie im Zuge der Säkularisierung häufig fragwürdig geworden ist. Die Frage, ob ein Gottesbezug im religiös neutralen Staat noch angemessen sei, ist berechtigt. Dabei dürfen aber zwei Aspekte nicht übersehen werden: Erstens darf das Merkmal «religiös neutral» nicht mit «religionslos» verwechselt werden. Aus der Zurückweisung der exklusiven Bindung des Staates an *eine* Religion folgt nicht seine Religionslosigkeit. Zweitens erlaubt die Anrufung Gottes auch im säkularen Staat eine metaphorische Deutung. Der Verfassungsgeber erklärt damit seine Verantwortung vor einer symbolischen Instanz, die – und allein darauf kommt es an – *nicht* er selbst ist. Mit der Anrufung Gottes relativiert der Souverän seine eigene Souveränität. Er setzt seine eigene Entscheidungsmacht nicht absolut, sondern ordnet sie der Verantwortungsinstanz des Allmächtigen unter. Mit der Verfassungspräambel gibt der Souverän zu verstehen, nicht selbst der Herr im eigenen Haus zu sein, weil das Haus unter dem (Rechts)Anspruch einer anderen Instanz steht.¹

Für Christinnen und Christen gibt es nur einen Souverän, den dreieinigen Gott, Schöpfer, Erhalter und Erlöser der Welt. Aber auch wer die religiösen Gehalte der Verfassungspräambel ablehnt, muss anerkennen, dass der Souverän nicht nur sich selbst gegenüber verpflichtet ist, sondern als Gesetzgeber von einer fremden Instanz in Anspruch genommen wird. Im Bild gesprochen scheitert der Rechtsstaat, sobald sich der Souverän selbst als Gottheit zu inthronisieren versucht. Dagegen ist die *invocatio Dei* der Bundesverfassung gerichtet: Sie besetzt symbolisch den Platz der Gottheit, damit dieser nicht von anderen beansprucht werden kann. «Gott der Allmächtige» ist der Platzhalter, der verhindern soll, dass Menschen oder menschliche Normen und Prinzipien mit einem Allmachtanspruch auftreten. Die Einführung von bestimmten Rechtsnormen und -institutionen sind kein Selbstzweck politischer Ordnungen. Menschenrechte, Volksrechte, Demokratie, Souveränität etc. bilden weder individuelle Lebensziele, noch gemeinschaftliche Zwecke. Vielmehr verweisen sie auf Rahmenordnungen, Massstäbe und Instrumente menschenwürdiger, lebensfreundlicher und -förderlicher gesellschaftlicher Verhältnisse – nicht mehr aber auch nicht weniger.

¹ Horst Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Band 1, Tübingen 1996, 13, deutet die *nominatio* bzw. *invocatio dei* als Hinweis auf die «Endlichkeit und Fehlbarkeit auch einer demokratischen Verfassungsordnung». Der Gottesbezug rufe «vor allem die ‹Begrenztheit der positiven Verfassungsgebung› wie die Relativität aller staatlichen Macht in Erinnerung, ohne sich an bestimmte Inhalte überpositiver, metaphysischer, natur- oder vernunftrechtlicher Lehren zu binden oder von deren Nimbus zehren zu wollen».

Deshalb sind Forderungen nach einem «Bekenntnis» zur Demokratie oder zur Bundesverfassung unsinnig. Demokratie ist keine Göttin und die Bundesverfassung kein Gott, zu denen sich Menschen bekennen sollen oder müssen. Der Kern der politischen Idee der Demokratie besteht im Gegenteil in einer radikalen Ablehnung jedes politischen Götzendienstes. Der Platz im politischen Herrschaftszentrum muss leer bleiben. Niemand darf ihn besetzen und in Besitz nehmen.² Deshalb ist politische Macht in der Demokratie zeitlich beschränkt, abhängig von der Legitimität aller und deshalb bleibt die Souveränität der Bürgerinnen und Bürger notwendig relativ. Demokratische Politik ist konstruktionsbedingt fragwürdig und kritikfähig. Das macht sie – so paradox es klingen mag – vertrauensvoll und verlässlich. Demokratisch ist Politik nur solange, wie sie um ihre eigene Fragwürdigkeit weiss, sich selbstkritisch hinterfragt und sich jederzeit kritisch auf Herz und Nieren prüfen lässt. Politische Selbstgefälligkeit ist der Anfang vom Ende jeder Demokratie.

1.4. Das Wohl der Schwachen

Die politische Idee von der Relativität des demokratischen Souveräns kommt im Wertekatalog der schweizerischen Bundesverfassung unmittelbar zum Ausdruck. Er findet sich in prägnanter Kürze im Grundsatz der Präambel, «...dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen». Bemerkenswert daran ist, dass die Verfassung zuerst auf die *andere Person* und deren Wohl schaut und sich erst anschliessend den eigenen Rechten, den Fragen von Nation, Staat und Recht zuwendet. Sie stellt mit dieser Reihenfolge unmissverständlich fest: Recht ist ein Instrument, das dem Wohl der Menschen zu dienen hat. Die Orientierung des Gesetzgebers am Wohl der Schwachen ist ein ausgezeichnetes Qualitätsmerkmal des Staates und ein starker Anspruch an seine Bürgerinnen und Bürger. Aus der Präambel der Bundesverfassung folgt die moralische Selbstverpflichtung des Souveräns, seine Rechtsetzung stets kritisch daraufhin zu prüfen, ob damit das Wohl aller – und als Massstab gilt das Wohl der schwächsten Mitglieder der Gemeinschaft – gefördert wird. Eine am Wohl aller orientierte politische Ordnung hat einen weiten Blick: *Eine Rechtsordnung erfüllt diesen Anspruch, wenn sie die Grundlagen dafür schafft, dass sich die unter ihr versammelten Menschen als universale Menschheitsfamilie achten, respektieren, begegnen und füreinander eintreten können.*³ Dieses Ziel folgt für die Kirchen aus dem Wissen um die Gottebenbildlichkeit eines jeden Menschen und der in der Bibel überall bezeugten liebevollen Gastfreundschaft gegenüber *jedem* Menschen. Die kirchliche Ökumene hat diesen Anspruch bereits anlässlich der ersten Vollversammlung des Ökumenischen Rats der Kirchen in Amsterdam 1948 in der Forderung konkretisiert, dass «die Autorität des Rechts in den Beziehungen der Völker genauso anerkannt und zur Geltung gebracht werden [müsse] wie im Leben der einzelnen Nation».⁴ Später bringt der ÖRK die Verbindung von Recht und Gerechtigkeit auf die wegweisende, knappe Formel: «Wer im Leben wenig hat, soll mehr im Recht haben.»⁵ Die Charta Oecumenica von 2001 formuliert im Blick auf Europa: «Wir sind überzeugt, dass das spirituelle Erbe des Christentums eine inspirierende Kraft zur Bereicherung Europas darstellt. Aufgrund unseres christlichen Glaubens setzen wir uns für ein humanes und soziales Europa ein, in dem die Menschenrechte und Grundwerte des Friedens, der Gerechtigkeit, der Freiheit, der Toleranz, der Partizipation und der Solidarität

² Zu der Figur der leeren Mitte vgl. Claude Lefort, Menschenrechte und Politik, in: Ulrich Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt/M. 1990, S. 264.

³ Der Ökumenische Rat der Kirchen war auf seiner Weltkonferenz 1967 in Genf der Zeit voraus, als er die Mitmenschlichkeit («person-in-community») zum Integral aller Fragen von Freiheit, Gerechtigkeit, Frieden und Gleichheit erklärte; vgl. Ökumenischer Rat der Kirchen (Hrsg.), Appell an die Kirchen der Welt. Dokumente der Weltkonferenz für Kirche und Gesellschaft, Stuttgart, Berlin 1967, § 35.

⁴ Die erste Vollversammlung des ÖRK, Tübingen 1948, 122.

⁵ ÖRK (Hrsg.), Appell, a.a.O., 158; vgl. dazu Helmut Simon, «Wer wenig im Leben hat, soll viel im Recht haben», in: ÖR 16/1967, 338–357.

zur Geltung kommen.»⁶ Auch religiöse Neutralität enthebt moderne Rechtsstaaten nicht dieser Forderungen. Für sie gilt mehr als für andere politische Ordnungen: Das Recht ist für die Menschen da und nicht die Menschen für das Recht.

1.5. Die Fragestellung

Zu den Merkmalen demokratischer Rechtsstaaten gehört eine permanente Selbstbeschäftigung. Demokratien ringen ständig neu um die Gestaltung ihrer Ordnungen. Insofern gehören auch Diskussionen über das Verhältnis von Landes- und Völkerrecht, Grund- und Volksrechten, Demokratie und Verfassung, nationale Souveränität und internationalen Verpflichtungen zum demokratischen Alltag. Ebenso normal und unverzichtbar sind die Meinungsverschiedenheiten und Auseinandersetzungen darüber.

Die aktuell kontrovers diskutierten Begriffe «Volksrechte», «Menschenrechte», «Völkerrecht», «Souveränität» oder «eigene» und «fremde Richter» sind zunächst nur Schlagworte, die Aufmerksamkeit erzeugen und auf einen Konflikt aufmerksam machen. Sie sind weder Selbstzweck politischen Handelns noch des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Die polemische Gegenüberstellung der Begriffe suggeriert ausserdem Konflikte, die im Alltag gar nicht vorkommen. In einer global ausgerichteten Ökonomie und Finanzwirtschaft wird etwa selbstverständlich und erfolgreich auf nationalstaatliche Souveränität zugunsten internationalen Rechts verzichtet. Andererseits verlassen wir uns auf die Verfassung, ohne befürchten zu müssen, dass die Menschenrechte dadurch eingeschränkt werden. Die in den politisch aufgeladen Debatten behaupteten Gefahren und Gegensätze begegnen im Alltag – jedenfalls so – nicht. Im Gegenteil, was in der politischen Debatte kollidiert, funktioniert im Alltag ganz unspektakulär und völlig synchron.

Gleichwohl bietet die Diskussion Gelegenheit, um über die Grundlagen des demokratischen Rechtsstaats Schweiz nachzudenken. Aktuell ist das bisher vor allem aus verfassungs-, völker- und menschenrechtlicher Sicht geschehen. Niemand kann ernsthaft die Bedeutung und die Erfolge der internationalen Menschenrechtspolitik bestreiten. Das Bewusstsein von der Unverzichtbarkeit von Menschenrechten und Völkerrecht setzt jedoch zweierlei voraus: Erstens das Bewusstsein von der Gefahr, selbst Opfer von menschenverachtender Behandlung zu werden und zweitens eine Sensibilität für die gravierenden Folgen, wenn diese globalen Rechtsinstrumente wegfallen würden. In stabilen Rechtsordnungen gehen die Aufmerksamkeit für die Fragilität und die Gefahren politischer Ordnungen sukzessive verloren und damit das Wissen über die externen Voraussetzungen politischer Stabilität. In einer Demokratie, in der das Volk als souveräner Gesetzgeber auftritt, muss die Einsicht in die Notwendigkeit internationaler Rechtsinstitute zum gemeinsamen Kanon bürgerlicher Überzeugungen gehören, ansonsten bliebe sie politisch belangloses Fachwissen.

Vor diesem Hintergrund fragen die Kirchen nach den Voraussetzungen, Möglichkeiten und Grenzen gelingenden Zusammenlebens in der Gesellschaft. Im Zentrum steht die Frage: Was ist für ein funktionierendes, allen Mitgliedern gerecht werdendes Zusammenleben im demokratischen Rechtsstaat unverzichtbar? Diese Herangehensweise hat zwei Vorteile. Erstens entgeht sie der Gefahr, Recht zu einem Selbstzweck oder höchsten Gut des Staates zu stilisieren. Und zweitens wird damit auf die politische Herausforderung hinter der Debatte fokussiert, nämlich, wie der gesellschaftliche Zusammenhalt in einer meinungs- und wertpluralen Gesellschaft hergestellt, geschützt und weiterentwickelt werden kann. Wie eingangs erwähnt, bildet Gerechtigkeit aus biblisch-theologischer und kirchlicher Sicht den obersten Massstab

⁶ Konferenz Europäischer Kirchen/Rat der Europäischen Bischofskonferenzen, Charta Oecumenica. Leitlinien für die wachsende Zusammenarbeit unter den Kirchen in Europa, St. Gallen, Genf 2001, § 7.

staatlichen Rechts, politischer Ordnungen und menschlichen Zusammenlebens. *Gerechtigkeit* ist aber nicht nur das Ziel politischen und staatlichen Handelns, sondern auch das Prinzip, an dem sich die *Legitimität* politischer Ordnungen bemisst. Das politische System der *Demokratie* versucht beide Fliegen mit einer Klappe zu schlagen, indem es transparente und faire politische Verfahren anbietet, um das *Vertrauen* und die Loyalität der Bürgerinnen und Bürger zu gewinnen. Entsprechend geht es im Folgenden um eine Verhältnisbestimmung der vier normativen Grundbegriffe von Politik – *Vertrauen*, *Legitimität*, *Demokratie*, *Gerechtigkeit* – und der Rolle des Rechts in diesem komplexen politischen Spiel.

2. Vertrauen

2.1. Schutz der Freiheit

Im liberalen Rechtsstaat garantiert und regelt das Recht die Freiheiten seiner Bürgerinnen und Bürger. Dahinter steckt das zunächst paradox klingende Prinzip: «Recht schafft Freiheit, indem es Grenzen setzt.»⁷ Die individuelle Freiheit muss begrenzt werden, damit alle Mitglieder einer Gesellschaft über die gleichen Möglichkeiten verfügen, ihre Freiheiten tatsächlich wahrnehmen zu können. Nur so wird garantiert, dass die Freiheiten der und des Einzelnen nicht von den Zufälligkeiten ungleich verteilter, individueller Durchsetzungsmacht abhängen. Das Recht schafft Gleichheit, indem es die Rechte jeder Person von dem sozialen Machtgefälle zwischen den Menschen abkoppelt. Die einflussreiche Persönlichkeit verfügt grundsätzlich über genau die gleichen Rechte wie eine machtlose Person am Rand der Gesellschaft. Die Idee des liberalen Rechtsstaats beruht auf der Annahme, dass Freiheit nur dann verwirklicht ist, wenn sie allen Menschen in gleicher Weise zukommt. Im Blick auf die grundlegenden Freiheitsrechte sind alle Bürgerinnen und Bürger wie an einer Perlenkette miteinander verbunden. Wird die Freiheit nur einem einzigen Menschen verweigert, reißt die Kette. Wenn die Freiheiten der anderen mehr zählen, als die Freiheit der einen Person, wird mit dem Grundprinzip der gleichen Freiheit gebrochen. Die ungleich verteilte Freiheit ist aber nichts anderes als die ganze Unfreiheit, weil niemand wissen kann, ob sie oder er in Zukunft eine der Personen sein wird, deren Freiheit von der Mehrheit eingeschränkt wird.⁸ Freiheit braucht Gleichheit und nicht nur eine Mehrheit.

Die Bundesverfassung soll diese anspruchsvolle Herausforderung der gleichen Freiheitsgewährung meistern. Sie definiert die grundlegenden Spielregeln für die rechtlichen Ordnungen der Gesellschaft, auf die sich ihre Mitglieder geeinigt haben. Alle Detailregelungen und Gesetze müssen damit vereinbar sein. Die Verfassung kann diese Schiedsrichterfunktion wahrnehmen, wenn ihr sowohl inhaltlich als auch strukturell die dafür notwendige Autorität zugestanden wird. Eine Verfassung schützt nur solange, wie sie auch selbst geschützt wird. Deshalb lassen sich Verfassungen nicht so leicht ändern, wie die Gesetze auf nachgeordneten Ebenen. Verfassungen sind in besonderer Weise veränderungsunempfindlich.

2.2. Auf Gegenseitigkeit

Auch wenn der Begriff in keinem Gesetz, sondern meistens nur in politischen Sonntagsreden auftaucht, bildet Vertrauen eine unverzichtbare Ressource für Recht, Staat und Gesellschaft.

⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht schafft Freiheit, indem es Grenzen setzt*, in: ders., *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt/M. 1999, 233–245.

⁸ Das Argument vom «Schleier des Nichtwissens» steht im Zentrum der gegenwärtig einflussreichsten Theorie des politischen Liberalismus von John Rawls; vgl. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/M. 1975.

Vertrauen ist eine «riskante Vorleistung»⁹ im Blick auf ein anderes Verhalten, das in einer aktuellen Situation nicht erkannt oder gewusst werden kann. So finde ich mich etwa zur vereinbarten Zeit an einem abgemachten Treffpunkt im Vertrauen darauf ein, dass sich die Person, mit der ich mich verabredet habe, ebenso verhält. Ich weiss das nicht, wenn ich mich auf den Weg mache, sondern erst, wenn die Person auch tatsächlich auftaucht. Aber ich halte mich an die Abmachung, ohne zu wissen, sondern im Vertrauen darauf, dass es so sein wird. Bereits hier zeigt sich eine Eigenart: Die andere Person muss präzise die gleiche Überlegung machen, damit die Verabredung zustande kommt. Sie muss mir ebenso vertrauen. Vertrauen beruht also auf Wechselseitigkeit. Was für den persönlichen Umgang unverzichtbar ist, gilt auch für den grossen gesellschaftlichen Rahmen. Auch dort ist jede Menge Vertrauensvorschuss nötig. Der liberale Rechtsstaat muss alles daran setzen, das Vertrauen seiner Bürgerinnen und Bürger zu gewinnen. Und diese erbringen die Vorleistung in der Regel so selbstverständlich, dass es ihnen gar nicht mehr bewusst wird. Wenngleich Gewaltenteilung, Meinungsfreiheit, eine funktionierende Presse etc. eine wichtige Kontrollfunktion ausüben, gilt grundsätzlich: Mit der Alltagsweisheit «Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser» ist kein Staat zu machen und würde keine gesellschaftliche Ordnung funktionieren. Ins Zentrum rückt somit die Frage nach den wechselseitigen vertrauensbildenden Massnahmen zwischen Bürgerinnen, Bürgern und staatlichen Ordnungen.

Demokratische Rechtsstaaten verzichten im Gegensatz zu autoritären Regimes darauf, ihre Bürgerinnen und Bürger mit (Androhung von) Gewalt zum Gehorsam zu zwingen. Stattdessen setzen sie auf freiwillige Zustimmung aus Überzeugung. Anstatt gewaltsamer Nötigung wirbt der demokratische Staat für die Loyalität seiner Bürgerinnen und Bürger aus freien Stücken. Dazu reicht es nicht aus, das Vertrauen der Mitglieder – sozusagen als Bürgerinnen- und Bürgerpflicht – einzufordern. Niemand kann zum Vertrauen verpflichtet werden und Vertrauensverhältnisse kommen nicht einseitig zustande. Vielmehr braucht jedes Gesellschaftsmitglied *persönlich* gute Gründe, um dem Staat und seinen Ordnungen zu vertrauen. Die bürgerliche Vorleistung besteht in dem Vertrauen darauf, dass die staatlichen Ordnungen tatsächlich halten werden, was sie versprechen.

3. Legitimität

3.1. Freiwillige Zustimmung

In politischen Zusammenhängen wird in der Regel nicht von «Vertrauen», sondern von «Legitimität» gesprochen. Legitimität meint jene «*Eigenschaft einer normativen Ordnung, die ihre allgemeine Verbindlichkeit für die ihr Unterworfenen erklärt und begründet*».¹⁰ Es geht um eine tragfähige Antwort auf die alte Frage, warum Menschen ihre persönlichen Freiheiten zugunsten eines funktionierenden Gemeinwesens einschränken, warum sie also *freiwillig* einem Freiheitsverzicht zustimmen sollen. Warum aus freien Stücken auf die unbeschränkte Durchsetzung individueller Freiheiten verzichten? Die Freiheitsbeschränkungen in Form staatlicher

⁹ Vgl. Niklas Luhmann, Vertrauen, Stuttgart 1989, S. 23; vgl. ders., Grundrechte als Institution, Berlin 1965.

¹⁰ Rainer Forst, Legitimität, Demokratie und Gerechtigkeit: Zur Reflexivität normativer Ordnungen, in: Oliver Flügel-Martinsen et al. (Hrsg.), Deliberative Kritik – Kritik der Deliberation, Wiesbaden 2014, 137–147 (139f.). Zum Legitimitätsbegriff vgl. Anna Geis/Frank Nullmeier/Christopher Daase (Hrsg.), Der Aufstieg der Legitimitätspolitik. Rechtfertigung und Kritik politisch-ökonomischer Ordnungen. Leviathan Sonderband 27, Baden-Baden 2012, Karin Glaser, Über legitime Herrschaft. Grundlagen der Legitimationstheorie, Wiesbaden 2013; Sophie Eisentraut, Autokratien, Demokratien und die Legitimität internationaler Organisationen. Eine vergleichende Inhaltsanalyse staatlicher Legitimationsanforderungen an die UN-Generalversammlung: Zeitschrift für Internationale Beziehungen 20/2013, H. 2, 3–33.

Gesetze und Ordnungen müssen von den Betroffenen als anerkennungswürdig und rechtmässig angesehen werden. Die bürgerliche Anerkennung der Geltung ist der einzige Legitimationsgrund für eine politisch normative Ordnung in der Demokratie. Nur sie berechtigt den Staat zu der Behauptung, eine legitime Ordnung zu sein. «Wird der Anspruch eingelöst, be- und entsteht Verbindlichkeit – die Formulierung ‹be- und entsteht› soll darauf hindeuten, dass die Verbindlichkeit stets einer vorgängigen Normativität aufruhet und nicht ex nihilo produziert wird; sie kann diese Grundlagen gleichwohl (mehr oder weniger radikal) transformieren, etwa indem Legitimationsvorstellungen geändert werden.»¹¹

Die Verbindlichkeit des demokratischen Rechtsstaats hängt also von der Anerkennung durch diejenigen ab, die seinen Ordnungen unterworfen sind. Eine Ordnung kann als anerkannt gelten, wenn ihr die davon Betroffenen – also die Bevölkerung eines Landes – aus einsichtigen Gründen, freiwillig zustimmen können. Daran schliesst sich die Frage an, was der Staat leisten muss, um das Vertrauen seiner Bevölkerung zu gewinnen, damit diese – umgekehrt – die Legitimität der staatlichen Ordnungen anerkennt und sich darauf verpflichten lässt. Worin besteht – anders formuliert – der Vertrauensvorschuss des Staates selbst?

3.2. Input-, Output-Legitimität

Die Antwort des demokratischen Rechtsstaates ist zweigeteilt und enthält ein substantialistisches und ein prozedurales Angebot. Die *substantialistische* Antwort besteht in der – unabhängig von den Bürgerrechten zugestandenen – verfassungsmässigen Garantie, die Würde und Freiheiten aller Menschen zu schützen. Entgegen autoritärer Regimes stellt der demokratische Rechtsstaat die Menschen nicht unter Generalverdacht, sondern – im Gegenteil – unter *Generalschutz*. Unabhängig von der konkreten Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit, bringt der Rechtsstaat allen Mitgliedern einer Gesellschaft das gleiche Vertrauen – in Form der verfassungsmässig garantierten Grundrechte (Art. 7 und 8 BV) und der Garantie der Menschenrechte nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – entgegen.

Dieses substantialistische Fundament wird ergänzt durch eine *prozedurale* Zumutung. Auf die Frage der inhaltlichen Gestaltung staatlicher Ordnungen geben demokratische Rechtsstaaten eine denkbar einfache und sehr anspruchsvolle Antwort. Die einfache Seite der Antwort besteht darin, dass rechtsstaatliche Demokratien die Feststellung ihrer Ordnungen den Betroffenen mehr oder weniger selbst überlassen. Im Rahmen demokratischer Verfahren tritt das Staatsvolk als souveräner Gesetzgeber auf. Bürgerinnen und Bürger in der direkten Demokratie vertrauen also nicht blind, sondern wissen, worauf sie sich einlassen, weil sie selbst die Regeln des staatlichen Vertrauensspiels bestimmen.¹² Dahinter steht die alte Idee, dass die den Gesetzen Unterworfenen auch ihre Urheberinnen und Urheber sein sollen. Die anspruchsvolle Seite der demokratischen Antwort besteht somit in der Zumutung an die Bürgerinnen und Bürger, das Amt der Gesetzgeberin bzw. des Gesetzgebers verantwortungsvoll, besonnen und in dieser Weise eben vertrauensvoll wahrzunehmen.

Die Frage nach der Legitimität staatlicher Ordnungen verweist auf eine normativ grundlegendere Ebene. Legitimität ist ein normativ abhängiger Begriff, der auf die Notwendigkeit von Legitimationsgründen und Legitimationsmotivationen verweist. Die Frage politischer Legitimität stellt sich für jede Staatsform, wie etwa die historisch immer wieder virulente Frage nach dem

¹¹ Forst, Legitimität, a.a.O., 138.

¹² Die Mehrheit der Stimmbürger im «*Klub der Souveräne*» meint alle Stimmbürger in der Schweiz zuzüglich der Mehrheit der in einzelnen Kantonen zusammengeschlossenen Stimmbürger (vgl. Francis Cheneval, Volkssouveränität als Status-Funktion. Eine kleine politische Philosophie – nicht nur der Schweiz: *Studia philosophica* 71/2012, 97–109 (bes. 106f.).

«legitimen Nachfolger» auf dem Herrscherthron zeigt. In Demokratien erhält sie ein besonderes Gewicht, weil jede autoritäre Antwort von vornherein ausscheidet. Der demokratische Staat selbst kann seine Rechtmässigkeit nur behaupten, die Begründungen für seine Legitimität müssen die Mitglieder der so geordneten Gesellschaft selbst erbringen. Darin besteht der neuzeitliche Deal zwischen autonomen Bürgerinnen und Bürgern einerseits und dem Staat andererseits.

Vor diesem Hintergrund wird der aktuelle Streit um das Verhältnis von Volksrechten und Völkerrecht verständlicher. Es handelt sich im Kern um einen Legitimationskonflikt, der als Kontroverse zwischen einer *input*- und *output*-Legitimation beschrieben werden kann.¹³ Während die eine Seite die Priorität der Frage behauptet, *wie* die Gestaltung politischer Ordnungen und die daraus abgeleiteten Rechte und Pflichten zustande kommen (*input*-Legitimation), legt die andere Seite das Schwergewicht auf die Frage, *worauf* die Gesetze gründen, denen die Bürgerinnen und Bürger unterworfen sind (*output*-Legitimation). Verfahrenslegitimität (demokratische Mitbestimmung, Gewaltenteilung, Mehrheitsverfahren etc.) *contra* normative Legitimität (Grundrechte, Menschenrechte, Diskriminierungsschutz, Rekursverfahren etc.) lautet die Alternative, die auf der Legitimationsebene nicht entschieden werden kann. Denn die Frage *wer* über die Legitimationsmacht verfügt, führt nur zu der nächsten Frage, *wodurch* die Inhaberinnen und Inhaber dieser Legitimationsmacht selbst legitimiert sind.

4. Demokratie

Die Demokratie gilt in modernen Gesellschaften als die wichtigste normative Legitimationsresource.¹⁴ Die Vorstellung, anstelle eines einzigen Herrschers die Mehrheit der Bürger über die politischen Belange des Staates entscheiden zu lassen, stammt aus dem antiken Athen. Dahinter stand der pragmatische Gedanke, dass eine Gruppe von Menschen, die nach dem Mehrheitsprinzip entscheidet, weniger irrtumsanfällig ist, als die Willkür einer einzigen Person oder kleinen Gruppe. Von den griechischen Anfängen bis zur Umsetzung der Gleichheit aller Bürger in der französischen Revolutionsverfassung von 1791 vergingen noch mehr als 2000 Jahre.¹⁵ Allein die historische Entwicklung zeigt, dass demokratische Strukturen weder mit Rechtsstaatlichkeit noch mit den Menschenrechten gleichgesetzt werden dürfen.

4.1. Beteiligung, Transparenz, Herrschaft des Gesetzes

Die moderne Staatsform der Demokratie ist untrennbar mit der Idee der menschlichen Autonomie verbunden. Das Prinzip, nach dem jeder Mensch zum eigenen Gesetzgeber (*autos + nomos* = Selbstgesetzgebung) aus Freiheit bestimmt ist, gilt auch für die politischen und rechtlichen Ordnungen des Zusammenlebens: Die Bürgerinnen und Bürger sollen nur solchen Gesetzen unterworfen sein, die sie als Autorinnen und Autoren selbst gewählt und bestimmt haben. Die Demokratie ist also *die* Staats- und Regierungsform des autonomen Subjekts in Gestalt freier Bürgerinnen und Bürger. Sie geht davon aus, dass Menschen nicht nur freiwillig in dem Staat leben, sondern auch freiwillig seinen Ordnungen und Institutionen zustimmen.

¹³ Die Unterscheidung geht zurück auf Fritz W. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz 1970; zur aktuellen Diskussion vgl. neben der in Anm. 10 genannten Literatur Niels Petersen, *Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Heidelberg 2009.

¹⁴ Nach wie vor grundlegend Jürgen Habermas, *Legitimationsprobleme des Spätkapitalismus*, Frankfurt/M. 1973.

¹⁵ Tatsächlich richtete sich die Verfassung nur an die männlichen Bürger, die Frauen als Bürgerinnen gab es noch nicht. Als Reaktion auf diese Diskriminierung verfasste die französische Frauenrechtlerin Olympe de Gouges im September des gleichen Jahres ihre «Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin»; vgl. deutsch: <http://olympede-gouges.info/frauenrechte/> (14.09.2015); original: <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/le-suffrage-universel/la-conquete-de-la-citoyennete-politique-des-femmes> (14.09.2015).

Mehr noch, Demokratie gibt es nur, *weil* und *solange* die Bevölkerung der Politik immer wieder neu ihre kritische Loyalität bekundet. Deshalb sind Politikverdrossenheit und Wahlmüdigkeit ein grosses Risiko für die Demokratie. Denn mit der schwindenden aktiven Loyalität der Bürgerinnen und Bürger, sinkt automatisch die Legitimität der staatlichen Ordnungen und wird zusehends in Frage gestellt. In der Demokratie brauchen die Bürger weniger die Aufmerksamkeit des Staates, als umgekehrt der Staat die engagierte Beteiligung seiner Bürgerinnen.

Die Bürgergemeinde ist die Entscheidungsinstanz und das demokratische Verfahren das Instrument ihrer Entscheidungsfindung. Demokratie als *Beteiligungsverfahren* fokussiert nicht auf die Inhalte einer politischen Ordnung, sondern auf die Art und Weise ihres Zustandekommens. Direkte Demokratien trauen den Wahlbürgerinnen und Bürgern nicht nur mehr zu, sie nehmen die Bevölkerung auch stärker in die Pflicht als andere politische Ordnungsmodelle. Politische Fehlentscheidungen und -entwicklungen lassen sich keiner fremden Instanz zurechnen, denn in der direkten Demokratie muss sich der Souverän immer an die eigene Nase fassen. Ein Poststempel aus den 1950 Jahren bringt es auf den Punkt: «Kritik am Staate steht Dir zu; doch denk daran: der Staat bist Du!»¹⁶

Demokratien verweisen bereits im Titel auf das sie konstituierende Verfahren: Der Demos – das Volk – legt die politischen Regeln in der Demokratie fest. Die Legitimität der Gesetze im demokratischen Staat hängt davon ab, ob sie in einem transparenten Verfahren, das allen stimmberechtigten Personen offensteht und in dem jede Stimme gleich viel zählt, festgelegt worden sind. Nur weil sich das Volk die Ordnungen und Regeln für sein Zusammenleben selbst gibt, können die daraus resultierenden Gesetze Autorität und Durchsetzungsmacht beanspruchen. Diese Macht ist notwendig, weil die so legitimierten Gesetze die individuelle Handlungsfreiheit teilweise empfindlich einschränken. Die Autorität des Volkes als staatlichem Souverän liefert den zentralen Grund dafür, warum sich Bürgerinnen und Bürger – mit einem Bild von Rousseau – an die Kette des Rechts legen lassen sollen. Demokratie schafft damit den schwierigen politischen Balanceakt, Autorität zu beanspruchen, ohne dabei autoritär zu sein. «Autoritär sind Autoritäten, die ihren Anspruch gewaltsam durchsetzen oder durchzusetzen versuchen, *ohne* die Notwendigkeit ihres Anspruches bei den Beanspruchten *so einsichtig* (evident) werden zu lassen, dass diese Notwendigkeit von den Beanspruchten *in Freiheit bejaht* werden kann. [...] Autoritativ sind solche Autoritäten, die ihren Anspruch durchsetzen, indem sie die Notwendigkeit ihres Anspruches bei den Beanspruchten *so einsichtig* (evident) machen, dass diese Notwendigkeit von den Beanspruchten angesichts der Möglichkeit des Einspruchs *bejaht* wird.»¹⁷

4.2. Demokratierisiken

Die grosse Verantwortung, die besonders direkte Demokratien ihren Bürgerinnen und Bürgern auftragen, ist nicht ohne Risiken. Dabei kann grob zwischen internen selbstgemachten und externen fremdverursachten Risiken unterschieden werden.

¹⁶ Zit. n. Helmut Gollwitzer, *Bürger und Untertan* (1957): Hans G. Ulrich (Hrsg.), *Evangelische Ethik. Diskussionsbeiträge zu ihrer Grundlegung und ihren Aufgaben*, München 1990, 177–204 (177). Irrtümlicherweise meinte Gollwitzer den Spruch auf einem Brief aus der Schweiz gelesen zu haben. Tatsächlich wurde der Stempel in den 1950er Jahren von der Deutschen Bundespost verwendet.

¹⁷ Eberhard Jüngel, *Die Autorität des bittenden Gottes. Eine These zur materialen Begründung der Eigenart des Wortes Gottes. Erwägungen zum Problem der Infallibilität in der Theologie*: ders., *Unterwegs zur Sache*, 3., erw. Aufl., Tübingen 2000, 179–188 (182–184).

4.2.1 Interne Risiken der Demokratie

1. *Der fehlende Selbstschutz der Demokratie: Ein konstruktionsbedingtes Risiko formaler Demokratien* besteht in der völligen Offenheit der faktischen Entscheidungen. «Die formale Demokratie gibt allen Wahlbürgern die gleiche Möglichkeit der Partizipation – eine Person, eine Stimme –, unabhängig von Kompetenz, Interesse, Betroffenheit oder Engagement. Dieser Triumph der Gleichheit der Menschen jenseits von Rasse, Geschlecht, Religion oder Einkommen verweist nicht nur alle auf Ungleichheit gründenden Herrschaftsregime – von Monarchie bis zum Drei-Klassen-Wahlrecht in Preussen – in ihre Schranken, sondern schafft auch Regeln und Entscheidungsprämissen von unvergleichlicher Klarheit: Die Mehrheit entscheidet. Es kommt nicht auf Inhalte oder Begründungen oder Dringlichkeiten an, sondern schlicht auf eine formale, mathematisch präzise zu fassende Grösse. Sogar die Selbstzerstörung der Demokratie durch entsprechende Mehrheiten ist möglich.»¹⁸ Als Alternative zu autoritären und totalitären Herrschaftsformen erdacht, schützt die Demokratie – wie die Geschichte zeigt – nicht vor dem Umschlagen in autoritäre und totalitäre Strukturen und Regimes. Demokratische Verfahren sind sich selbst schutzlos ausgeliefert, weil sie nicht den Fall ausschliessen können, dass ein demokratisches System auf demokratischem Wege abgewählt wird und sich damit selbst demontiert. Um dieser Gefahr zu begegnen, reicht das Demokratieprinzip nicht aus.

Deshalb sind moderne Demokratien – wie bereits die Bezeichnungen «demokratischer Rechtsstaat» oder «rechtsstaatliche Demokratie» kenntlich machen – mit einer normativen Grundausstattung versehen. Demokratien berufen sich in der Regel nicht allein auf eine rein formale *input*-Legitimität, sondern zusätzlich auf die inhaltlich normierte *output*-Legitimität: Bestimmte rechtsstaatliche Grundsätze – wesentliche Grund- und Menschenrechte – geben die Mindeststandards an, denen die demokratischen Mitbestimmungsverfahren genügen müssen. Sie zeichnen sich durch eine besondere Veränderungsresistenz aus. Es gibt unterschiedliche Stabilisierungsverfahren. In der direkten Demokratie der Schweiz muss – anders als bei Gesetzgebungsverfahren – eine Verfassungsrevision zwingend vom Volk angenommen werden.¹⁹ In der repräsentativen Demokratie etwa in Deutschland unterliegen Verfassungsänderungen besonderen parlamentarischen Mehrheitsanforderungen. Gewisse Bestimmungen lassen sich gar nicht ändern und das Bundesverfassungsgericht prüft die Verfassungskonformität von Gesetzen. Mit all diesen Verfahren soll verhindert werden, dass aus politischen Stimmungen und Launen heraus, die Grundnormen von Staat und Gesellschaft spontan in Frage gestellt und ausgehebelt werden können. Der kluge Gesetzgeber weiss, dass auf die Klugheit im politischen Alltag nicht immer Verlass ist. Weil er mit seiner eigenen Unbesonnenheit und Irrtumsfähigkeit rechnet, hat er sich die Verfassung als eine Art Leichtsinnsbremse verordnet, die allerdings nicht für jede Konstellation Unfallfreiheit garantiert.

2. *Richter in eigener Sache:* Das zweite interne Risiko betrifft eine direkte Demokratie ohne Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Stimmvolk macht nicht nur das Spiel, das der Schiedsrichter leitet, es bestimmt auch die Regeln, nach denen er pfeift. Direkte Demokratie setzt also wesentlich auf Selbstkontrolle. Diese funktioniert so lange, wie die Entscheidungen von Souverän und Politik tatsächlich auf die besten Lösungen für Staat und Gesellschaft zielen und nicht nur auf politische Mehrheiten für eigene Interessen. Direkte Demokratien geraten ins Schlingern, wenn verantwortungsvolle gemeinwohlorientierte Politik durch populistischen Stimmenfang unterhöhlt wird. Dagegen ist die sensible Konstruktion der kommunizierenden Röhren von politi-

¹⁸ Helmut Willke, *Demokratie in Zeiten der Konfusion*, Berlin 2014, 59.

¹⁹ Der Bundesrat stellt im Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, 3630, allerdings relativierend fest: «In Artikel 192 Absatz 1 BV ist ausdrücklich verankert, dass die Verfassung jederzeit geändert werden kann. Es gibt keine Sperr- oder Schonfristen für Verfassungsnormen, weshalb eine Volksinitiative auf Teil- oder Totalrevision zu jeder Zeit ergriffen werden kann».

scher Entscheidung und Zielüberprüfung nicht nur machtlos, sondern auch schutzlos. Die direkte Demokratie ist notorisch selbstunfallgefährdet. Sie kann nur so lange zukunftsfähig gestaltet werden, wie sich alle Beteiligten ihrer Entscheidungsmacht bewusst sind und diese in der Verantwortung für das Gemeinwohl – unter besonderer Berücksichtigung der Lage und Interessen der gesellschaftlichen Minderheiten – wahrnehmen.

3. Die prekäre Repräsentativität des Demos: Die Legitimität des demokratischen Rechtsstaats hängt davon ab, dass die Menge derer, die die Regeln des Zusammenlebens festlegen und die Masse derer, die unter diese Gesetze fallen, möglichst deckungsgleich sind. Im Idealfall wären Stimmvolk (*demos*) und Bevölkerung (*populus*) identisch. Natürlich wird diese Übereinstimmung niemals erreicht, weil das Wahlrecht an Bedingungen (Mündigkeit, Staatszugehörigkeit etc.) geknüpft ist. Dass Kinder über kein Wahlrecht verfügen, ist unmittelbar einsichtig. Bis zu welchem Alter ihnen diese Möglichkeit vorenthalten werden sollte, ist aber umstritten. Dass Frauen lange Zeit über kein Wahlrecht verfügten, ist aus heutiger Sicht nicht mehr nachvollziehbar. Ganz selbstverständlich ist heute akzeptiert, dass Menschen anderer Nationalität, die lange in der Schweiz leben und einen wesentlichen Beitrag für Staat und Gemeinwesen leisten, kein Wahlrecht haben. Zukünftig wird diese Tatsache vielleicht einmal ebenso absurd erscheinen, wie die Situation der Frauen damals.

Der demographische Wandel findet nicht nur vertikal, sondern auch horizontal statt und konfrontiert die Demokratie mit drei zentralen Herausforderungen: 1. Der vertikale demographische Wandel der Gesellschaft führt zu einer signifikanten Verschiebung der Interessenkonstellationen innerhalb der Wahlbevölkerung. Ein zunehmend älteres Wahlvolk verfolgt andere Interessen und setzt andere Prioritäten, als überwiegend jüngere Stimmbürgerinnen und -bürger. 2. Der horizontale demographische Wandel, also die Zunahme der ausländischen Bevölkerungsgruppe, die zwar einen wichtigen Beitrag für die Gesellschaft leisten, aber über keine politischen Partizipationsmöglichkeiten verfügen, führt dazu, dass immer weniger Menschen die Gesetze und Regeln festlegen, denen immer mehr Menschen ohne Mitspracherechte unterworfen sind. Das Demokratieprinzip, nach dem nur die Autorinnen und Autoren von Gesetzen diesen auch Gehorsam schulden, gilt für immer mehr Menschen nicht mehr. Damit verliert die Demokratie für einen ständig wachsenden Anteil der Bevölkerung ihr konstitutives Legitimitätskriterium. 3. Liberale Gesellschaften haben eine Eigendynamik zu sozialer Differenzierung und damit zur Herausbildung gesellschaftlicher Minderheiten. Diese verfügen über keine realen Chancen, ihre Anliegen im Rahmen von Mehrheitsentscheidungen durchzusetzen. Sie gehören nicht nur *manchmal* zu den Abstimmungsgewinnern und in anderen Fällen zu den Unterlegenen, sondern verlieren immer: Sie sind auf ihren Minderheitenstatus festgelegt.

4. Demokratische Überforderung: Wenigstens erwähnt werden sollen die in allen älteren Demokratien zu beobachtenden Phänomene der sogenannten Demokratiemüdigkeit. «Eine Krise der Partizipation an politischen Entscheidungen, die durch die Komplexität der Entscheidungsmaterien, durch Intransparenz und Nichtwissen verursacht ist, läuft dem Anspruch der Demokratie diametral zuwider, alle mündigen Bürger an den kollektiven Entscheidungen zu beteiligen. Andererseits ergeben Entscheidungen, die auf der Grundlage von Nichtwissen getroffen werden, nicht nur keinen Sinn, vielmehr können sie erheblichen Schaden verursachen und die Risiken vergrößern.»²⁰ Darüber hinaus machen die sachlichen und kognitiven Überforderungen eine zunehmend hilflose und auch frustrierte Wahlbevölkerung empfänglich für einen Populismus der einfachen Lösungen.

²⁰ Willke, Demokratie, a.a.O., 61.

4.2.2 Externe Risiken der Demokratie

Spätestens mit der nach dem Zerfall der antagonistischen Machtblöcke im «Kalten Krieg» einsetzenden Globalisierung kam es zu einer rechtlichen Neujustierung der Nationalstaaten. Eine weltweit vernetzte Ökonomie und Finanzwirtschaft nötigte ebenso zu einer Internationalisierung des Rechts, wie das dadurch bedingte staatliche Zusammenwachsen. Damit war die für rechtsstaatliche Demokratien wesentliche «Kongruenzbedingung» von Herrschaftsautorisierung und -ausübung nicht mehr gegeben.²¹ Es gibt keine Weltgesellschaft, die analog zu einem nationalen Wahlvolk, internationales Recht demokratisch legitimieren würde. Genau auf diesen Punkt verweist die Rede von den «fremden Richtern» in der aktuellen Diskussion in der Schweiz, der in der Demokratietheorie bereits seit Jahrzehnten intensiv debattiert wird. Die «fremden Richter» müssen aber noch um die zweite Figur der «Netze inter- und transkultureller Willkürherrschaft» (Rainer Forst) ergänzt werden, in die die Schweiz mit ihrem Industrie- und Bankensystem intensiv und lukrativ eingewoben ist. Den «fremden Richtern» aus schweizerischer Sicht korrespondieren also «fremde Profiteure» aus Sicht anderer Nationen auch auf die Schweiz – die global betrachtet ein weitaus grösseres Demokratierisiko darstellen, weil sie die ökonomischen Fundamente für eine demokratische Politik in vielen Regionen der Welt systematisch untergraben.

4.3. Die normativen Fundamente der Demokratie

Warum werden die eben genannten Risiken der Demokratie überhaupt als Probleme wahrgenommen? Warum begnügen wir uns nicht einfach mit der formalen Feststellung, dass eben in der Demokratie so entschieden wird, wie das Stimmvolk – ohne Netz und doppelten Boden – entscheidet? Demokratie kann die genannten Risiken offensichtlich nicht einfach hinnehmen, weil sie mit den eigenen Prinzipien kollidieren würden. Diese Beobachtung weist bereits auf die normativen Fundamente hin, die untrennbar zur Demokratie dazugehören und die deutlich machen, dass mit politischer Demokratie stets mehr gemeint ist, als nur ein arithmetisches Mehrheitsprinzip. Deutlich zeigt sich die normative Aufladung der Demokratie in dem Begriff des Souveräns. Der Souverän ist – entgegen einem häufigen Missverständnis – keine Figur des Nationalstaats, sondern gehört auf die Bühne der Demokratie.²² Das Stimmvolk als Gesetzgeber repräsentiert die moralische (!) Kernidee der Autonomie, die in der Demokratie in der Forderung real wird, «dass die Normunterworfenen die Normautoren sein können müssen».²³ Eine Demokratie, die mündige Bürgerinnen und Bürger von der Beteiligung an der Selbstgesetzgebung ausschliesst, widerspricht ihren eigenen Grundlagen. Die Demokratie verträgt grundsätzlich keine Auswahl zwischen Anwärtinnen und Anwärtern auf das Amt des Souveräns. Tatsächlich sind nationalstaatliche Selektionsmechanismen mit dem Demokratieprinzip nur schwer vereinbar, weil letzteres keine Alternative oder Ausnahme kennt und zulässt. Und je undeutlicher die Bedeutung und Grenzen des Nationalstaats werden, desto mehr

²¹ Rainer Forst, *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie: Zur Überwindung von drei Dogmen der politischen Theorie*: Peter Niesen (Hrsg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, Frankfurt/M. 2012, 29–48 (45).

²² Vgl. dazu grundlegend Jürgen Habermas, *Hat der Nationalstaat eine Zukunft?* in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt/M. 1999, 128–191 (139); Seyla Benhabib, *Die Rechte der Anderen. Ausländer, Migranten, Bürger*, Frankfurt/M. 2008; Erhard Denninger, «Die Rechte der Anderen». *Menschenrechte und Bürgerrechte im Widerstreit*: *Kritische Justiz* 42/2009, 226–238.

²³ Forst, *Legitimität*, a.a.O., 141; vgl. auch Hanna Arendt, *Vita activa oder vom tätigen Leben*, München 1970, 195: Der Kreis jener, die an einer politischen Praxis partizipieren, ist offen zu halten und es ist zu garantieren, dass alle Akteure wirkungsmächtig sind, dass sie sich gegenseitig kontrollieren können: «Die Grenze der Macht liegt nicht in ihr selbst, sondern in der gleichzeitigen Existenz anderer Machtgruppen, also in dem Vorhandensein von Anderen, die ausserhalb des eigenen Machtbereichs stehen und selber Macht entwickeln.»

wird der Ausschluss von den Möglichkeiten politischer Partizipation zum Problem der Demokratie.

Darin kommt ein zweiter Grundzug der Demokratie zum Vorschein: Sie hat eine «kritisch-reflexive Dimension in sich, die sowohl [die demokratischen] Verfahren als auch ihre Ergebnisse auf ihre Rechtfertigbarkeit hin befragt. [...] Daher ist die Demokratie, recht verstanden, notwendig eine selbstkritische, reflexive Praxis.»²⁴ Die Konstituierung des Souveräns ist verbunden mit der permanenten Verpflichtung zur Einlösung der Forderung nach allgemeiner politischer Beteiligung. Aus demokratischer Sicht kann es keinen Grund geben, einer mündigen Person die Rolle des Souveräns zu verweigern. Eine solche Einschränkung wäre ein demokratischer Selbstwiderspruch und insofern ganz und gar undemokratisch. «Das Vorenthalten demokratischer Rechte ist eine grobe politische Ungerechtigkeit, und eine Demokratie, die keine Gerechtigkeit in ihren Verfahren und Ergebnissen zu schaffen versucht, verdient den Namen nicht.»²⁵ Die Staatsform der Demokratie, die sich als gerechte Alternative gegen die ungerechte Herrschaft als Willkür etabliert hat, gerät zu sich selbst in Widerspruch, wenn sie politische Beteiligungsmöglichkeiten selbst an willkürliche Kriterien binden würde.

Das Demokratieprinzip konfrontiert die politischen Ordnungen mit einer Gerechtigkeitszumutung, die demokratische Staaten immer wieder neu auffordert, ihre eigenen Regeln kritisch im Hinblick auf Gleichbehandlung und Beteiligungsgerechtigkeit zu überprüfen. Demokratien sind nicht per se gerechter als andere Staatsformen, sie enthalten aber ein intrinsisches Gerechtigkeitskriterium – die Beteiligung aller mündigen Personen – mit deren Beachtung resp. Nichtbeachtung die Demokratie steht oder fällt. Demokratische Nationalstaaten, die politische Beteiligung an nationale Zugehörigkeit binden, sehen sich also mit zwei Begründungspflichten konfrontiert: Sie müssen erstens gegenüber denjenigen Gesellschaftsmitgliedern begründen können, warum sie sich Gesetzen unterwerfen sollen, zu deren Autorinnen und Autoren sie – entgegen dem Demokratieprinzip – *nicht* gehören. Und sie müssen zweitens plausibel machen, dass der Ausschluss von den demokratischen Mitbestimmungsmöglichkeiten den der Demokratie inhärenten Gerechtigkeitsgrundsätzen nicht widerspricht.

Der Rundgang ausgehend vom Vertrauen, über die Forderungen politischer Legitimität zur Demokratie als normativem Legitimationsverfahren hat deutlich gemacht, dass Massstäbe der Gerechtigkeit, Gleichbehandlung und Beteiligung nicht von aussen an Demokratien hergetragen werden, sondern mit der Demokratie selbst gegeben sind. Die Frage nach den Vertrauensressourcen der Demokratie lenkt den Blick auf die ihr inhärenten Gerechtigkeitsnormen. Die legitimierende Kraft der Demokratie besteht nicht im Mehrheitsprinzip, sondern in der damit verbundenen Vorstellung von der gerechten Herrschaft. Gerecht ist diese Herrschaft, weil sie ihre Gehorsamsforderungen mit der Selbstverpflichtung verbindet, allen so Aufgeforderten gerecht zu werden und zu ihrem Recht zu verhelfen. In diesem Sinne kann zusammenfassend formuliert werden: «Demokratie bedeutet im Idealfall, dass alle Mitglieder eines souveränen Gemeinwesens in den Genuss der Menschenrechte kommen und in freier Verabredung eine selbstbestimmte Ordnung etablieren, in der jeder, für den die Gesetze gelten, zugleich auch ihr Autor ist.»²⁶

²⁴ Forst, Legitimität, a.a.O., 140f.

²⁵ Forst, Legitimität, a.a.O., 141f.

²⁶ Seyla Benhabib, Die Rechte der Anderen. Ausländer, Migranten, Bürger, Frankfurt/M. 2008, 51.

5. Gerechtigkeit

5.1. Gerechtigkeit als Quelle demokratischer Legitimität

Das Ziel der Überwindung willkürlicher Herrschaft durch die Staatsform der Demokratie gründet in der Idee der Gerechtigkeit. Der demokratische Staat erklärt sich nicht nur für legitimationsbedürftig, sondern auch für begründungspflichtig im Blick auf die rechtlichen Ordnungen, die er seinen Bürgerinnen und Bürgern auferlegt. Nur was diese freiwillig und aus guten Gründen anzuerkennen bereit sind, kann rechtliche Geltung beanspruchen. Der demokratische Staat legt seine Legitimitätshürden hoch. Eine eigene Herausforderung bilden aber gesellschaftliche Minderheiten und jene Bevölkerungsgruppen, die von der Beteiligung an der Gesetzgebung ausgeschlossen sind, weil sie sich ausserhalb der Reichweite des demokratischen Legitimationsprinzips befinden.

Was motiviert Menschen zum Gesetzesgehorsam, die nicht zu den Autorinnen und Autoren der Gesetze gehören, aber ihnen dennoch unterworfen sind? Die demokratische Legitimationskarte sticht bei ihnen nicht und liefert keine überzeugende Begründung. Was diese Menschen veranlasst, dennoch das geltende Recht anzuerkennen, ist allein die Gewissheit, gleich allen anderen ihre Interessen und Belang auch gegen geltende Gesetze vorbringen und durchsetzen zu können.

Diese Überlegung findet sich auch in der Bundesverfassung. Sie garantiert allen Menschen in der Schweiz den Schutz der Menschenwürde, Gewährung der Grundrechte und Rechtsgleichheit. Darüber hinaus sieht sie Einspruchsverfahren vor, wenn einzelnen oder Gruppen diese Rechte vorenthalten oder gebeugt werden. Fehlen innerstaatliche Rekursmöglichkeiten oder sind diese ausgeschöpft, kann externe Unterstützung in Anspruch genommen werden. Dabei geht es darum, im schweizerischen Recht garantierte Ansprüche mit fremder Hilfe in der Schweiz durchzusetzen. Die Bundesverfassung kalkuliert den Ausnahmefall mit ein, dass nationales Recht in der Schweiz zu seiner konkreten Umsetzung auf internationale Unterstützung angewiesen ist. Diese Situation tritt etwa ein, wenn Menschen durch ein staatliches Gesetz diskriminiert und ihre verfassungsmässig garantierten Grundrechte verletzt werden. Deshalb räumt die Bundesverfassung das Recht ein, den Fall extern abklären zu lassen, obwohl sich die Bundesverfassung damit selbst auf den Prüfstand begibt. Was auf den ersten Blick paradox erscheint, zeigt sich bei genauerem Hinsehen als ein weitsichtiges und für den liberalen Rechtsstaat fundamentales Prinzip: dass die Rechte der oder des Einzelnen nicht dort an ihre Grenzen stossen, wo sie eine Mehrheit willkürlich zieht. Die Offenheit der vom Souverän beschlossenen Bundesverfassung für eine Überprüfung durch eine andere Instanz als dem Souverän selbst, ist der entscheidende Unterschied zwischen einer rechtsstaatlichen Demokratie und einer Tyrannei des Mehrheitswillens, die der französische Philosoph Alexis de Tocqueville bereits im 19. Jahrhundert scharf als totalitaristische Gefahr der Demokratie kritisiert hat. Es braucht internationales Recht und internationale Prüfinstanzen um nationale Rechtsstaaten vor ihren inneren (!) Irrtümern und Gefährdungen zu schützen.

5.2. Recht auf Rechte

Recht erhebt grundsätzlich den Anspruch, in jeder *vergleichbaren* Situation für *alle* davon Betroffenen in *gleicher* Weise zu gelten. Im Anschluss an die vorangegangenen Überlegungen drängen sich zwei Fragen auf: Welche Rechte sind gemeint und wer sind ihre Subjekte und Adressaten? Sind es näher zu bestimmende Personen, Gruppen oder Institutionen, Bürgerinnen und Bürger eines Staates, die Mitglieder einer Gesellschaft, zweier Staaten oder Staatenverbände oder die ganze Menschheit? Nur im letzten Fall behauptet das Recht im strengen

Sinne universale Geltung, insofern es alle Menschen des Universums zu Rechtssubjekten erklärt. Die Reichweite der Rechtsgeltung wird nicht durch einen politisch-geographischen Raum (nationales Recht, Volksrechte), eine Funktion (Medizin-, Arbeits-, Religionsrecht etc.) oder einen Adressatenkreis (Ausländer-, Behinderten-, Tierrechte) bestimmt und begrenzt. Vielmehr sind die Menschen, allein weil sie *Menschen* sind, Träger dieser Rechte. Die einzige Bedingung dafür, Menschenrechtssubjekte zu sein, besteht in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung.

Die Idee, Rechte von jeder nationalen, ethnischen, religiösen, weltanschaulichen und geschlechtsspezifischen Zugehörigkeit abzukoppeln ist zwar bereits im Bild der blinden *Iustitia* angedacht, aber erst im letzten Jahrhundert tatsächlich ernstgenommen und realisiert worden. Die Erfahrungen, dass nationales Recht willkürlich Menschen und Gruppen bevorzugen und andere benachteiligen, ausgrenzen und für rechtlos erklären kann, haben die Forderung nach der Installierung universaler Menschenrechte auf die weltpolitische Agenda gesetzt. Die Menschheitsgemeinschaft war sich einig, dass die Antwort auf die Wahrnehmungen und Erfahrungen menschenverachtender Diskriminierung und Gewalt, auf die brutalen Unrechtserfahrungen im Nationalsozialismus und Zweiten Weltkrieg nur lauten konnte: Jeder Mensch in dieser Welt braucht Rechte, die er völlig unabhängig davon besitzt, ob sie ihm von einem partikularen oder nationalen Rechtssystem gewährt oder verweigert werden. Angesichts der Millionen von Heimat- und Rechtlosen (*displaced persons*), die im Zuge von Krieg, Vertreibung und Not über den Globus irrten, galt es umzudenken: Niemals mehr sollte ein Mensch rechtlos sein und zum ohnmächtigen Spielball nationalistischer, ethnischer und politischer Willkür werden. Über die einzelnen Menschenrechte kann gestritten werden, nicht aber über die Tatsache, dass jeder Mensch ein Recht auf Rechte hat und haben muss.²⁷

Es lohnt sich, einen genaueren Blick auf diese Feststellung und Forderung zu werfen, weil darin bereits eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis von nationalem Recht (Volksrechten) und Menschenrechten (als konstitutiver Teil des Völkerrechts, *ius gentium*) steckt.²⁸ Die Philosophin Hannah Arendt macht darauf aufmerksam, «dass alle Rechte sich nur innerhalb eines gegebenen politischen Gemeinwesens realisieren, dass sie von unseren Mitmenschen und von einer stillschweigenden Garantie abhängen, die die Mitglieder eines Gemeinwesens einander geben. Aber wir wissen auch, dass es noch ein anderes Recht geben muss ausser jenen sogenannten «unveränderlichen» Menschenrechten – die eigentlich doch nur Staatsbürgerrechte sind und sich nach historischen und anderen Umständen ändern – ein Recht, das nicht «aus der Nation» entspringt und das einer anderen Garantie bedarf als der nationalen, nämlich das Recht eines jeden Menschen auf Mitgliedschaft in einem politische Gemeinwesen.»²⁹ Zu der Verbindung zwischen der «Mitgliedschaft in einem politischen Gemeinwesen» und den, über Staatsbürgerrechte hinausgehenden Menschenrechten führt die Philosophin aus: «Denn der Mensch hat rein als Mensch nur ein einziges Recht, das über alle seine verschiedenartigen Rechte als Staatsbürger hinausgeht: das Recht, niemals seiner Staatsbürgerschaft beraubt zu werden, das Recht, niemals ausgeschlossen zu werden von

²⁷ Hannah Arendt, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht (1949), in: Otfried Höffe/Gerd Kadelbach/Gerhard Plumpe (Hrsg.), Praktische Philosophie/Ethik. Reader, Bd. 2, Frankfurt/M. 1981, 152–167; vgl. einführend Frank Mathwig, Hannah Arendt, in: Rolf Gröschner/Antje Kapust/Oliver W. Lembcke (Hg.), Wörterbuch der Würde, München 2012, 103–105.

²⁸ Das *ius gentium* regelte ursprünglich – im Gegensatz zum *ius civile* – die Rechte der ausländischen Bevölkerung. Heute wird darunter das «Recht der Völker» verstanden, also jene Normen und Rechte, die unabhängig von den nationalen Regelungen allen Rechtssystemen gemeinsam sind.

²⁹ Arendt, Menschenrecht, a.a.O., 163.

den Rechten, die sein Gemeinwesen garantiert. [...] Nur die Ausschliessung vom Gemeinwesen überhaupt stösst den Menschen aus jenem gesamten Bereich der Legalität, worin Rechte aus den gegenseitigen Garantien entspringen, die sie allein sichern können.»³⁰

Das an den Souverän gebundene Demokratieprinzip bietet also weder theoretisch noch praktisch einen Schutz vor einer ungerechten und menschenrechtlich prekären Diskriminierungspolitik. Das schweizerische Rechtssystem kennt zwar einen Diskriminierungsschutz (261^{bis} StGB), aber seine Funktion als kritisches Regulativ ist umstritten. Entsprechend wackelig sind die Beine, auf denen er steht. Ein Recht, das allen davon Betroffenen gerecht wird, braucht – wie die grenzenlosen Gewaltexzesse des 20. Jahrhunderts gezeigt haben – eine *externe* Kontroll- und anwaltliche Instanz. Insofern ist die Rede von den «fremden Richtern» kein zu korrigierender Systemfehler, sondern unverzichtbare Notwendigkeit. Der Souverän und die staatliche Politik würden ihre eigene Rolle missverstehen und sich heillos übernehmen, wollten sie diese externe Aufgabe selbst übernehmen und erledigen wollen.

5.3. Grund- und Menschenrechte als Massstab in der Gesetzgebung

Der uns heute selbstverständliche Gedanke von der Gleichheit aller Menschen versteht sich nicht von selbst. Denn bereits ein kurzer Blick auf die Menschen im eigenen Lebensumfeld zeigt, dass Menschen eben nicht gleich sind, sondern völlig verschieden. Von der Gleichheit aller Menschen kann nur gesprochen werden, wenn von alledem, was jeden Menschen einzigartig macht, abgesehen wird, also alle Unterschiede zwischen den einzelnen Menschen übersehen oder für irrelevant erklärt werden. So merkwürdig es klingt, die beste Methode zur Herstellung von Gleichheit ist das Wegsehen.³¹

Genau dieser Anspruch wird mit der Behauptung erhoben, dass vor dem Recht alle Menschen gleich sind. Symbolisch dafür steht die Augenbinde der Göttin *Iustitia*, mit der Waage für die Gewichtung der Argumente in der einen und dem Schwert für das Urteil in der andern Hand. *Iustitia*, das Vorbild aller Richterinnen und Richter, spricht Recht ohne Ansehung der Person. Die Grundrechte und Menschenrechte halten fest, was jedem Menschen allein deshalb, weil sie oder er Mensch ist, zusteht. Grundrechte wurden vom Verfassungsgeber in Kraft gesetzt, Menschenrechte in Europa unter den Mitgliedstaaten des Europarates vereinbart. Grund- und Menschenrechte sichern davor, dass der Staat den Menschen einem Zweck unterordnet, der seine Freiheit einschränkt und seine Würde verletzt. Menschenrechte gehen nicht in ihren historischen Konkretionen auf, sondern enthalten einen symbolischen Überschuss. Er besteht paradoxerweise darin, die Menschen vor ihrer abschliessenden Definierbarkeit durch Politik und Recht zu schützen. Die Menschenrechte übertragen das biblische Bilderverbot sozusagen auf die Menschen selbst.³² Grund- und Menschenrechte haben Eigenarten, die sie von allen anderen Rechten unterscheiden:

- Sie sind Schutzrechte, deren paradox klingende Funktion darin besteht, staatliches Handeln zu negieren: Staatliches Handeln soll überprüft werden, wo es in den Kernbereich der geschützten Sphäre eindringt. Im Wesen der Schutzrechte liegt, dass sie anderes Recht in Frage stellen und die menschenrechtliche Gegenprobe machen können.

³⁰ Arendt, Menschenrecht, a.a.O., 166.

³¹ Zur Unterscheidung zwischen einer Gleichheit des Wegsehens und einer Gerechtigkeit des Hinsehens vgl. Wolfgang Kersting, Gleiche gleich und Ungleiche ungleich. Prinzipien der sozialen Gerechtigkeit, in: Andreas Dornheim et al. (Hrsg.), Gerechtigkeit. Interdisziplinäre Grundlagen, Opladen, Wiesbaden 1999, 46–77.

³² Vgl. Katrin Meyer, Demokratie ohne Menschenrechte? Das Problem der normativen Unbestimmtheit von Demokratien nach Platon, Lefort und Arendt: Die Idee der Demokratie, *Studia Philosophica* 71/2012, 111–131; Claude Lefort, Menschenrechte und Politik: Ulrich Rödel (Hrsg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt/M. 1990, 239–280.

- Da die Schutzgewährleistung (bzw. das Ausmass eines Schutzraumes) sehr knapp formuliert ist, eröffnet sich für die Rechtsauslegung ein weiter Spielraum.³³ Grundrechte markieren, in welchen Bereichen der Staat dem Menschen zur Bedrohung werden kann; sie sind eine Topographie der Brennpunkte. Mit den Grundrechten steckt die Politik die Bereiche ab, die im Konfliktfall einer Einzelfallprüfung vorbehalten sein sollen.
- Für die verschiedenen Schutzräume gilt, dass der Gesetzgeber das Gleichheitsgebot besonders sorgfältig beachten soll.

5.4. Die Anwendung der Grund- und Menschenrechte durch das Gericht

Die Aufgabe des Rechts besteht darin, die Freiheit der Menschen zu schützen. Die Eingänge zu den Freiheitsräumen müssen bewacht werden. Ein Gericht muss angerufen werden können, wenn sich der Staat der Würde bedrohlich nähert. Im Gerichtsverfahren wird Recht vor Ort hergestellt: Es sorgt dafür, dass die *generell-abstrakte Norm* – bezogen auf Freiheitsrechte: das Verbot an den Staat, in den Kernbereich eines Freiheitsraumes einzudringen –, zur physisch wahrnehmbaren Grenze wird, die nicht überschritten werden darf.³⁴ Im Gerichtsverfahren wird das Gelände erkundet; es begutachtet den Ort und sieht die topographischen Unebenheiten, die Schutzbefohlenen der Norm, die konkrete Gefahr der staatlichen Anmassung (die Norm ist insofern vergleichbar mit einer Landkarte im sehr groben Massstab, die bereits ein gewisses Alter aufweist). Das Gesetzmässigkeitsprinzip des Rechtsstaates besagt, dass es kein staatliches Handeln jenseits des Rechts geben darf. Politische Forderungen müssen also in die Rechtssprache transformiert werden. Staatliches Handeln ist nach rechtsstaatlichen Vorgaben zu formulieren. Diese Vorgaben werden von der Rechtswissenschaft und den Gerichten mitbestimmt und können sich im Lauf der Zeit verändern. Gesetzgebung hat bestimmten Spielregeln zu folgen, damit gültiges Recht entsteht. Das Vertrauen der Einwohnerin in den Staat und seine Institutionen muss gesichert werden mit dem Recht, ein Gericht anzurufen, wenn der Staat bzw. ein ihn vertretender Gehilfe sich bedrohlich nähert. Und das Individuum, das in seinem Vertrauen enttäuscht wird, soll es im gerichtlichen Verfahren wiedergewinnen können. Auch wenn ihm im Urteil das geltend gemachte Recht letztlich abgesprochen wird, war ihm immerhin eine unabhängige Beurteilung möglich. Das staatliche Handeln muss dem Gericht vorgelegt werden können, denn Grundrechte und rechtsstaatliche Prinzipien sind nicht mehr wert, als der Schutz, der ihnen durch das Gericht angediehen wird. Das Gericht muss auf die *tatsächlichen Umstände* reagieren-und die Gesetze auf ihre jeweilige Aktualität und Anwendbarkeit prüfen. Mit der Delegation an das Gericht nimmt der Gesetzgeber insbesondere im Bereich der Freiheitsrechte in Kauf, dass an diesen weitergeschrieben wird. In der Anwendung tauchen neue Fragen auf oder alte Fragen werden neu beantwortet.³⁵ Das Gerichtsurteil muss den gesamten Rechtszusammenhang berücksichtigen. Das Gerichtsurteil bietet Gewähr, dass auch *Recht gilt, wo die Politik (noch) keine Rechte vorsieht*.

Freiheitsrechte haben ihr Eigenleben. Was das Gericht zum Schutz der Freiheitsrechte anführt, wird zum *Rechtsbestand*, auch wenn die Politik (neue) Gesetze erlässt, die faktisch gegen das Urteil verstossen. Eine Begründung für ein Freiheitsrecht und für die Würde, die ein Urteil

³³ Menschenrechte sollen bewusst knapp formuliert werden. Sie legen das Programm fest zur Verständigung darüber, was als letzte Grenze angesehen wird (Lefort, Menschenrechte, a.a.O., 262).

³⁴ Im Bereich der Freiheitsrechte gestaltet die Norm den Raum, der dem staatlichen Zugang verschlossen bleiben soll. Dabei ist das Prinzip der Gleichbehandlung Prüfmasstab für alle Normen und insbesondere für die Freiheitsräume. Mit diesem werden die Räume nachgemessen.

³⁵ Das Gericht prüft, ob ein Gesetz nicht Unterscheidungen einführt, für die keine sachlich gerechtfertigten Gründe (mehr) bestehen. Das Prüfschema des Gerichts bezieht sich auf den einzelnen Fall. So rückt der Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit in den Vordergrund.

stützt, lässt sich (in ihrem Anspruch) nicht ohne weiteres zurücknehmen³⁶. Dies kommt auch im scheinbaren Widerspruch zum Ausdruck, dass Menschenrechte proklamiert werden müssen als Rechte, die dem Menschen als Menschen zukommen. Zugleich erklären die Menschenrechte idealtypisch jede einzelne Person zur Autorin ihrer Rechte. Auch wenn die Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht auf den ersten Blick klar scheint, stellen sich in der Praxis viele Abgrenzungsfragen. Etwa wenn eine vom Gesetzgeber entworfene Norm sich nach heute vorherrschender Anschauung diskriminierend auswirkt, weil seit ihrem Erlass ein gesellschaftlicher Wandel stattfand. Gerade die Rechtsprechung zu den Grundrechten hat immer wieder gezeigt, wo Anschauungen in der Gesellschaft sich deutlich gewandelt haben. Die damit gewonnene Erkenntnis hat die Politik oft zu neuer Gesetzgebung angeregt. Die Rechtsprechung wurde – in Anwendung und damit einhergehender Veranschaulichung geltender Norm – zum Schrittmacher für neue politische Forderungen.

Die Rechtsprechung verknüpft Begründungen aus ähnlich gelagerten Fällen. Sie vergleicht die verschiedenen Sachverhalte, die ähnlich zu beurteilen sind, mit den in der Gesellschaft jeweils vorherrschenden Anschauungen. Die Wahrnehmung von Sachverhalten kann sich im einzelnen Rechtsanwendungsakt verändern. Das hängt davon ab, welche bereits entschiedenen Fälle aufgegriffen und wie die entsprechenden Erwägungen in Bezug auf bisher festgestellte Menschenrechtsverletzungen gewichtet werden. So entsteht ein immer komplexeres Netzwerk. Der rechtliche Diskurs zwischen Rechtsprechung und Jurisprudenz wird im gerichtlichen Alltag unablässig weiter geführt.

Der politische Diskurs prüft gesetzgeberische Antworten aus gesellschaftlichen Sachzwängen heraus, die sich in zeitlich offener Entwicklung permanent ändern und auch widersprechen können. Der rechtliche Diskurs verläuft nicht synchron zum Diskurs des politischen Gesetzgebers. Politische Diskurse haben eine überschaubare Halbwertszeit: mit Inkrafttreten der Norm verebbt er.³⁷ Die beiden Diskurse nehmen aber aufeinander Bezug: Der politische Diskurs setzt dort an, wo die Rechtsprechung ihre Aufgabe aufgrund der geltenden Gesetze nicht genügend erfüllen kann. Der rechtliche Diskurs prüft Gesetze und ihre Anwendung auf die Übereinstimmung mit früheren Auslegungsergebnissen. Die beiden Herangehensweisen bedingen einander, orientieren sich aber an je eigenen Vorgaben. Dabei liegen die Fixpunkte weit auseinander: Der politische Diskurs kreist um ein Thema und versucht den politischen und rechtlichen Diskurs ins Gespräch zu bringen.

Der politische Diskurs darf den rechtlichen Diskurs nicht einschränken³⁸. Die Antworten aus den (historischen) Interpretationen der Menschenrechte sind zeitlich unabhängig vom politischen Diskurs, der nach aktuellen Antworten verlangt. Die Auslegung der Menschenwürde in einem konkreten Fall setzt ein Verfahren in Gang, das seinen Anfang nimmt, indem anhand

³⁶ Freiheitsrechte werden in Kraft gesetzt: Sie bedürfen insofern des Verfassungs- bzw. Gesetzgebers, der ihnen Geltung verschafft. Sind sie aber in Kraft gesetzt worden, können sie in ihrer konkreten *Auswirkung*, nachdem sie von der Rechtsprechung beurteilt wurden, nicht mehr vollends aus der Welt geschafft werden. Anders ausgedrückt: Wenn die Politik entschieden hat, eine Materie dem Recht zu überantworten, also für bestimmte Sachverhalte ein Gesetz zu formulieren, ist sie nicht mehr frei in der Verfügung über das Gesetz. Ein Gesetz kann zwar wieder aufgehoben werden. Dennoch hat es, wenn es zu seinen Lebzeiten angewendet wurde, in der Rechtsprechung Spuren hinterlassen, die sich nicht mehr verwischen lassen. Jeder Anwendungsakt nimmt andere Entscheide auf und wird selber wieder aufgenommen. Die Entscheide fügen sich zu einer Kette von Entscheiden. Sie bilden ein Netz von Argumenten, die (analog) auch in verwandten Rechtsgebieten herangezogen werden können. *Erwägungen*, die aufgrund eines Gesetzes ergingen, verlieren also mit Aufhebung des Gesetzes nicht ihre Rechtskraft. Sie können – in ihrer Argumentation – *Anknüpfungspunkt* sein für weitere Anwendungsakte.

³⁷ Der politische Diskurs beginnt jedes Mal wieder neu d.h. bei null. Er ist diskontinuierlich.

³⁸ Wenn Leitbilder der Politik vom Recht unbesehen übernommen werden, entsteht die Gefahr totalitärer Machtanmassung. Gleichschaltung von Macht, Wissen und Recht ist totalitär (Meyer, Demokratie, a.a.O., 119; vgl. auch Lefort, Menschenrechte, a.a.O., 263).

der Rechtsprechung nach Bildern für die Verletzung der Menschenwürde gesucht wird. Das Vergleichen von – kontingenten – Bildern verletzter Würde hält eine permanente, unab-schliessbare Bildbetrachtung und -reflexion in Gang. Damit kommt die prinzipielle Offenheit der Menschenwürde zu ihrem Recht. Die Begründung dafür, welche Menschenrechtsbilder für die Rechtsauslegung ausgewählt bzw. herangezogen wurden, ist stets nur für den konkreten Fall relevant. In einem nächsten Fall muss eine neue Begründung gewählt werden.

Im politischen Diskurs steht weniger die Begründung im Vordergrund³⁹. Die Politik entwirft ein Gesetz, wenn sie für ein Problem Handlungsbedarf erkennt. Sie setzt es in Kraft, wenn sie für die vorgeschlagene Lösung eine Mehrheit gefunden hat. Der politische Diskurs bereitet die Überzeugung der Mehrheit vor. Die Argumente müssen vorderhand den Überzeugungen des Gesetzgebers – der Stimmbürgerin bzw. deren Vertreter im Parlament – standhalten.⁴⁰ Mit der Begrenzung staatlicher Reichweite im Bereich der Menschenwürde vergewissert sich die Politik der nötigen Distanz zum individuellen Anwendungsakt und der nötigen Trennung von Politik und Recht. Wird aber die Vergewisserung über den elementaren Schutz des Einzelnen aufgegeben, geht die Orientierung der politischen Ziele am menschlichen Mass verloren.

Die Politik soll sich insbesondere entlang den Themen, die mit den Grundrechten markiert wurden, bewusst werden, dass Normen steter Revision zugänglich sein müssen⁴¹. Das in den Menschenrechten angedeutete Menschenbild verändert seine Konturen, ohne dass der Gesetzgeber die Bewegung voraussehen oder gar aufhalten kann. In der generell-abstrakten Formulierung der Gesetze fällt der einzelne Mensch, also derjenige, den eine Norm tatsächlich trifft, aus dem Blick. Politik hat deshalb die Kontrolle, die verhindert, dass ein Gesetz sich diskriminierend auswirkt, an das Gericht zu delegieren. Allein dieses kann die konkreten Wirkungen beurteilen. Legt der Gesetzgeber die Reichweite des Menschenrechtsschutzes bzw. sein Menschenbild aber endgültig fest, so dass dem Gericht keine Möglichkeit zum Vergleichen mit anderen Bildern bliebe, wird die Entwicklung des Menschenbildes unterbrochen.⁴² Der Gesetzgeber, wenn er auch zahlenmässig über eine noch so grosse Mehrheit verfügt, soll aber nicht in einer Weise über den rechtlichen Diskurs bestimmen, die es dem Einzelnen verunmöglicht, an der Entwicklung teilzuhaben, die im rechtlichen Diskurs insbesondere betreffend die Grundrechte stattfindet. Mit der fortlaufenden gerichtlichen Überprüfung, ob staatliches Handeln die Menschenwürde ausreichend respektiert, haben sich die Schutzanforderungen erhöht. Der Anspruch ist heute deutlich höher als zu einer Zeit, in der Frauen kein Stimmrecht hatten, jüdische Flüchtlinge an der Grenze abgewiesen wurden oder abgewiesene Einbürgerungsgesuche nicht wirklich angefochten werden konnten. An der Verbesserung des Rechtsschutzes vor staatlichem Handeln, das die Menschenwürde verletzt, haben die Gerichte einen grossen Anteil.

6. Zusammenfassung: Koalitionäre in einer Sache

In den politischen Debatten fällt manchmal unversöhnlich auseinander, was mit nüchternem demokratiethoretischem Blick untrennbar zusammengehört. Aus rechtsethischer Sicht dient das Zusammenspiel von nationalen Volksrechten und internationalem Völkerrecht zwei Zielen:

³⁹ Demokratie ist möglich, gerade weil es keine Gewissheit gibt; vgl. Meyer, Demokratie, a.a.O., 119.

⁴⁰ Der Stimmbürger soll die politische Lösung an den fortlaufend im rechtlichen Diskurs (Grundwerten) entwickelten Kriterien messen. Mit anderen Worten ist der Stimmbürger in seiner politischen Willensbildung nicht vollkommen frei. Er hat die Grundfreiheiten und die Rechtsgleichheit mit zu bedenken, wenn er über das in Kraft treten von Gesetzen bestimmt.

⁴¹ Menschenrechte haben symbolische Funktion: Sobald Menschenrechte als letzter Bezugsrahmen gesetzt sind, wird das positive Recht der Infragestellung ausgesetzt (Lefort, Menschenrechte, a.a.O., 262).

⁴² Vgl. Oskar Negt/Alexander Kluge, Massverhältnisse des Politischen, Frankfurt/M. 1992, 28.

einerseits als kritisches Regulativ einer souverän gestalteten nationalen Rechtsordnung und andererseits als Anlaufstelle für diejenigen, denen der Nationalstaat mit seinen Gesetzen fundamentale Rechte, Schutz und Sicherheit verweigert oder die von diesem in eklatanter Weise ungerecht behandelt werden. Eine nationale Rechtsordnung, die sich dem Recht der Völkergemeinschaft verweigert, verliert ihre Legitimität nicht nur im Blick auf die eigenen menschenrechtlichen Ansprüche, sondern auch in einem politisch-praktischen Sinne, weil sie jede Anerkennungszumutung gegenüber denjenigen verspielt, von denen Gesetzesloyalität erwartet wird, obwohl sie über keine demokratischen Mitbestimmungsrechte verfügen. Für Minderheiten und von der Gesetzgebung Ausgeschlossene gibt es nur einen Grund, das von anderen autorisierte Recht anzuerkennen: die im Recht selbst angelegte gleiche Möglichkeit für alle, die eigenen Anliegen auch gegen geltendes Recht vorbringen und durchsetzen zu können. Allein diese Rechtsfigur macht die Ungleichverteilung von Beteiligungsrechten und Rechtsetzungsmacht auch für die Benachteiligten anerkennungswürdig. Eine direkte Demokratie, die dazu tendiert, die Regulative des Rechts der Mehrheitsmeinung anzupassen anstatt die Mehrheitsmeinungen an Grundsätzen der Gerechtigkeit zu orientieren, kann auf eine externe Interessenvertretungsinstanz nicht verzichten.

Es ist im Interesse des Souveräns selbst, die eigenen Mehrheitsentscheidungen nicht zu verabsolutieren, sondern im konkreten Konfliktfall einer externen Überprüfung zugänglich zu machen. Dass Recht nicht in jedem Fall auch Gerechtigkeit herstellt, zeigt sich allein darin, dass Recht grundsätzlich offen ist für Revisionen und diese häufig deshalb erfolgen, weil eine geltende Regelung – aus grundsätzlichen Überlegungen oder unter sich verändernden gesellschaftlichen Bedingungen – als ungerecht beurteilt wird. Aber auch hier gilt, dass die Möglichkeiten, Gerechtigkeitsvorbehalte zu artikulieren, ungleich verteilt sind. Für diejenigen, die keine Aussicht haben, dass ihre Anliegen jemals mehrheitsfähig werden, bleibt Gerechtigkeit ebenso eine Illusion, wie für diejenigen, die über keine politischen Beteiligungsmöglichkeiten verfügen. Eine Mehrheitsgerechtigkeit ist stets partikular und deshalb per se eine strukturelle Ungerechtigkeit.

Die sogenannten «fremden Richter» haben eine sozialkohäsive Funktion, weil sie die Interessen derjenigen vertreten, die sich Staat und Souverän im eigenen Land zu Fremden machen. Obwohl sie ausserhalb des Staates stehen, übernehmen sie eine wichtige Legitimationsfunktion für den Staat, weil sie den benachteiligten Bürgerinnen und Bürgern ein starkes Argument bieten, die staatlichen Ordnungen, ihrer aktuell prekären Situation zum Trotz, dennoch anzuerkennen. Die Demokratie bedient sich in diesem Fall einer externen Legitimationsinstanz. Deshalb haben direkte Demokratien ein vitales Interesse an «fremden Richtern», weil sie dazu beitragen, die Entscheidungen des Souveräns für diejenigen, die nicht mitentscheiden dürfen oder deren Interessen keine Berücksichtigung finden, akzeptabel und anerkennungswürdig macht. Sie leisten damit zugleich einen Beitrag für den gesellschaftlichen Zusammenhalt, den der Souverän selbst nicht leisten kann.

Frank Mathwig / Felix Frey 14.09.2015