

Illiberale Demokratie – contradictio in adiecto?

Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn*

Ist eine strukturell illiberale Demokratie, eine Demokratie ohne Rechtsstaatlichkeit, vorstellbar? Der Beitrag gibt auf diese aktuelle Frage unter Auswertung berühmter Staatsvertragslehren eine differenzierte Antwort.

A. Einleitung: Demokratie und Liberalismus

Kann es eine illiberale Demokratie¹ geben oder verliert eine Demokratie mit der Liberalität zugleich zumindest teilweise auch schon ihren demokratischen Charakter und müsste sie daher treffender als eine defekte oder „beschädigte Demokratie“ oder, um einen kategorialen Unterschied zum Ausdruck zu bringen, als ein Hybridregime² angesprochen werden?

Wer diese Frage beantworten will, muss zunächst klären, was er unter einer *liberalen* Demokratie versteht. Ginge es bei dem Adjektiv „liberal“ allein um die Politik, die von der Mehrheit, demokratisch legitimiert, betrieben wird, dann wäre offensichtlich, dass es nicht nur liberale, sondern auch konservative, soziale, sogar sozialistische oder auch betont christliche oder nationale Demokratien geben kann. Wenn sich die Demokratie gerade durch zugelassenen Wertepluralismus auszeichnet, dann kann sie, je nach (mehrheitlicher) gesellschaftlicher Befindlichkeit, die unterschiedlichsten Züge annehmen und zudem ihre politische Grundausrichtung aufgrund gesellschaftlichen Wandels verändern, ohne dass sich dadurch die Demokratie als Staats- und Regierungsform selbst in Frage gestellt sähe; ganz im Gegenteil, in dieser, allein in einer solchen politischen Ordnung möglichen Neuausrichtung findet eine Demokratie geradezu ihre Bestätigung. „Daraus folgt: Es

kann Demokratien geben, die illiberale politische Vorstellungen verfolgen.“³

In einer Demokratie ist auch Platz für Streit darüber, wie individualistisch oder kommunitaristisch das Verhältnis des Bürgers zum Staat und anderen Gemeinschaften ausgestaltet sein soll. Darüber ist nicht nur in der politischen Theorie der Vereinigten Staaten von Amerika eine lebhaft Debatt geführt worden. Auch in Deutschland gab und gibt es im Verfassungsrecht Stimmen, die einen kommunitaristischen Ansatz verfolgen.⁴ Das alles ist völlig legitim und bleibt in der Bandbreite demokratisch auszuhaltender und politisch zu entscheidender Kontroversen, wobei die Entscheidung für eine stärker auf die individuelle Freiheit oder deren Einschränkung mit Rücksicht auf die Einbettung des Einzelnen in die Gemeinschaft(en) betonende Sichtweise reversibel bleibt. Daher gilt: „Es mag Spannungen zwischen liberalen und kommunitaristischen Vorstellungen eines gelungenen Lebens geben, aber dieser Wertekonflikt lässt sich innerhalb der Demokratie abbilden und ausfechten. Mit dem Gegensatz von demokratisch und autoritär ist er nicht identisch.“⁵

Aber ist auch eine Demokratie ohne Grundrechte und Gewaltenteilung einschließlich einer unabhängigen Justiz,

³ J.-W.-Müller, Beschädigte Demokratie, in: FAZ vom 19.10.2018, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/die-gegenwart/jan-werner-mueller-beschadigte-demokratie-15802788.html>, Abruf v. 4.8.2022.

⁴ Vor allem Brugger, Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes, AöR 123 (1998), 337. Man kann auch die Menschenbild-Formel in der frühen Rechtsprechung des BVerfG, wonach das Menschenbild des Grundgesetzes „nicht das eines isolierten souveränen Individuums“ sei – „das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“ –, als „kommunitaristisch“ bezeichnen. Dass diese Menschenbild-Formel in der späteren Rechtsprechung nicht mehr aufgegriffen wird, dürfte nicht nur ihrer mangelnden Präzision geschuldet sein, sondern zeigt einen Wechsel zu einer dezidiert individualistischen Deutung der Grundrechte an.

⁵ J.-W.-Müller, (Fn. 3). In seiner berühmten Rede vom 26.7.2014 (abrufbar unter: <https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balanyos-summer-free-university-and-student-camp>, Abruf v. 4.8.2022), in der er betonte, „that a democracy does not necessarily have to be liberal. Just because a state is not liberal, it can still be a democracy“, versuchte der ungarische Premierminister Orbán den Eindruck zu erwecken, dass damit nur im Sinne einer kommunitaristischen Neuausrichtung eine stärkere Berücksichtigung der Belange der Gemeinschaft, aber nicht die Aufgabe der liberalen Grundstruktur gemeint sei.

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Direktor des Instituts für Kirchenrecht.

¹ Die aktuelle Verwendung des Begriffs geht auf Zakaria, The Rise of Illiberal Democracy, Foreign Affairs, Vol. 76, No. 6, Nov.-Dec., 1997, 22 zurück. Siehe auch dens., The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad, New York 2003.

² Siehe dazu sowie zu weiteren politikwissenschaftlichen Versuchen begrifflicher Erfassung Bozóki Hegedüs, Hybridregime unter externer Kontrolle. Zum Charakter der ungarischen Politik, in: Osteuropa 68 (2018), 149 (150-159).

also gewissermaßen eine strukturell illiberale Demokratie, eine Demokratie ohne Rechtsstaatlichkeit vorstellbar?

B. Radikaldemokratisch und zugleich potenziell totalitär: Das „Joch des öffentlichen Glücks“ oder die souveräne Herrschaft des Volkes bei Jean Jacques Rousseau

Demokratie ist – jedenfalls zunächst einmal – ein verfahrensrechtliches Formprinzip, das keine inhaltlichen Vorgaben enthält wie der Rechtsstaat. Das demokratische Entscheidungsverfahren präjudiziert nicht das inhaltliche Entscheidungsergebnis. Das demokratische Prozedere legitimiert die Mehrheitsentscheidung, determiniert aber nicht, worauf sich die Mehrheit in der Sache verständigt. *Hans Kelsen* hat daraus in der Zwischenkriegszeit gefolgert, dass auch bei schrankenloser Ausdehnung der Staatsgewalt gegen das Individuum, also bei völliger Vernichtung der individuellen Freiheit Demokratie noch möglich sei, wenn sie nur von den ihr unterworfenen Individuen gebildet werde.⁶ Wenn wir dies heute ganz überwiegend anders sehen, jedenfalls nicht bereit sind, die inhaltliche Beliebigkeit bis zur letzten Konsequenz zu treiben und anzuerkennen, dann deshalb, weil wir – vor dem Hintergrund spezifischer Unrechtserfahrungen – immer schon die rechtsstaatlich domestizierte, die verfassungsrechtlich gebundene, liberale Demokratie vor Augen haben, die Mindestpositionen individueller Freiheit sichern und das (auch) unter der Herrschaft der demokratischen Mehrheit unvermeidliche Opfer an individueller Selbstbestimmung so gering wie möglich halten will.

Aber demokratiethoretisch undenkbar ist ein solches Auseinanderfallen von Demokratie und individueller Freiheitlichkeit nicht. Das belegen alle radikal- oder identitätsdemokratischen Konzepte. Als ihr Urvater kann *Jean-Jacques Rousseau* (1712-1778) gelten: Nach seiner Lehre vom Gesellschaftsvertrag geben die Menschen mit dem Eintritt in den bürgerlichen Zustand durch Zusammenschluss zu einer öffentlichen Gesamtkörperschaft ihre natürliche

Freiheit auf.⁷ „Was die Mitglieder betrifft, so tragen sie als Gesamtheit den Namen Volk, als Einzelne nennen sie sich Bürger, sofern sie Teilhaber an der Souveränität, und Untertanen, sofern sie den Gesetzen des Staates unterworfen sind.“⁸ Individuelle, privatnützige Freiheit gibt es im Staat nach Rousseau nur, soweit das Volk als Souverän sie – weil mit dem Gemeinwohl vereinbar und diesem unschädlich – dem Einzelnen belässt. Der demokratische Souverän ist potenziell allzuständig: „Außer der öffentlichen Person haben wir aber die Privatpersonen zu betrachten, die diese bilden und deren Leben und Freiheit von Natur aus von ihr unabhängig sind. Es geht also darum, die jeweiligen Rechte der Bürger und des Souveräns genau zu unterscheiden, die Pflichten, die die ersteren in ihrer Eigenschaft als Untertanen zu erfüllen haben, und das natürliche Recht, dessen sie sich in ihrer Eigenschaft als Menschen erfreuen können. Wir stimmen darin überein, dass alles, was der Einzelne durch den Gesellschaftsvertrag von seiner Macht, seinen Gütern und seiner Freiheit veräußert, nur jeweils der Teil ist, dessen Gebrauch für die Gemeinschaft von Bedeutung ist, aber man muss weiter zugeben, dass allein der Souverän über diese Bedeutung entscheidet.“⁹

Damit reduziert sich bei *Rousseau* die Freiheit im bürgerlichen Zustand auf die demokratische Mitwirkungsfreiheit. Die Vergesellschaftung des Menschen bedeutet „die vollständige Entäußerung jedes Mitglieds mit allen seinen Rechten an das Gemeinwesen als Ganzes“¹⁰. Freiheit ist fortan „der Gehorsam gegen das Gesetz, das man sich selbst vorgeschrieben hat“¹¹. Wenn aber demokratisch Stimmenmehrheit Verbindlichkeit beanspruchen kann,¹² stellt sich die von *Rousseau* selbst formulierte Frage: „Wie kann ein Mensch frei sein und doch gezwungen, sich Willensmeinungen zu fügen, die nicht die seinen sind? Wie können die Opponenten zugleich frei und Gesetzen unterworfen sein, denen sie nicht zugestimmt haben? Ich antworte, dass die Frage falsch gestellt ist. Der Staatsbürger stimmt allen Gesetzen zu, selbst denen, die man gegen seinen Willen verabschiedet, sogar denen, die ihn bestrafen, wenn er es wagt, eines davon zu verletzen. Der beständige Wille aller Glieder des Staates ist der Gemeinwille; durch ihn erst sind sie Staatsbürger und frei.“¹³ Das gesetzlich festgelegte Gemeinwohl wird bei Rousseau zum Gemeinwillen, zur *volonté générale* der Staatsbürger.

Nun räumt *Rousseau* selbst ein: „In der Tat kann jedes Individuum als Mensch einen Sonderwillen haben, der dem Gemeinwillen, den er als Staatsbürger hat, zuwiderläuft oder sich von diesem unterscheidet. Sein Sonderinteresse

⁶ *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929, S. 10 f.; *Römer*, Die Demokratiethorie Hans Kelsens und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2002, in: ders., Hans Kelsen, 2009, S. 147 (159) vertritt die Ansicht, dass *Kelsen* damit nur die Wirtschaftsfreiheit gemeint haben kann, und beruft sich dafür auf *dens.*, Foundations of Democracy, in: ETHICS, Vol. 66 (1955), 1 (28). Näher liegt die Annahme, dass *Kelsen* angesichts der totalitären Erfahrungen seine Meinung in diesem Punkt geändert hat. *H. Dreier*, Kelsens Demokratiethorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme, in: Robert Walter/Clemens Jabloner (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, 1997, S. 79 (93 f.) spricht von „wichtige[n] Ergänzungen und Präzisierungen“, die der Beitrag über „Foundations of Democracy“ aus dem Jahr 1955 bringe, und resümiert, dass „Kelsens ursprünglich postulierte Antithese von Liberalismus und Demokratie jedenfalls dann ihre Berechtigung noch nicht verloren zu haben scheint, wenn man Liberalismus als Wirtschaftsliberalismus ausbuchstabiert“ (S. 96).

⁷ Du Contrat Social Ou Principes Du Droit Politique (im Folgenden: Contrat Social), 1762, I, 8.

⁸ Contrat Social I, 6; zitiert nach der deutschen Übersetzung von Brockard, 1977.

⁹ Contrat Social II, 4.

¹⁰ Contrat Social I, 6.

¹¹ Contrat Social I, 8.

¹² Contrat Social IV, 2: „Abgesehen von diesem ursprünglichen Vertrag verpflichtet die Stimme der Mehrzahl immer alle anderen; gerade das ist eine Folge des Vertrags.“

¹³ Contrat Social IV, 2.

kann ihm ganz anderes sagen als das Gemeininteresse; sein selbständiges und natürlicherweise unabhängiges Dasein kann ihn das, was er der gemeinsamen Sache schuldig ist, als eine unnütze Abgabe betrachten lassen, deren Einbuße den anderen weniger schadet, als ihn ihre Leistung belastet“¹⁴. Auf sein persönliches Interesse und einen darauf gerichteten Sonderwillen kommt es aber in diesem Zusammenhang nicht an, sondern allein auf den auch bei ihm als real existierend vorausgesetzten allgemeinen Willen: „Wenn man in der Volksversammlung ein Gesetz einbringt, fragt man genaugenommen nicht danach, ob die Bürger die Vorlage annehmen oder ablehnen, sondern ob diese dem Gemeinwillen, der ihr eigener Wille ist, entspricht oder nicht; jeder gibt mit seiner Stimme seine Meinung darüber ab, und aus der Auszählung der Stimmen geht die Kundgebung des Gemeinwillens hervor.“¹⁵ Wer dagegen seinem besonderen Willen Ausdruck verleiht, „antwortet auf etwas anderes, als man ihn gefragt hat“¹⁶, oder hat sich einfach geirrt. Dasjenige, was er für den allgemeinen Willen hielt, war in Wahrheit nur seine Privatmeinung. Wenn sich diese durchgesetzt hätte, „hätte er gegen seinen Willen [als Staatsbürger; C.H.] gehandelt; gerade dann wäre er nicht frei gewesen.“ Wer seinen Neigungen und nicht dem verpflichtenden allgemeinen Willen folgt, muss deshalb gezwungen werden, „frei“ zu sein: „Damit nun aber der Gesellschaftsvertrag keine Leerformel sei, schließt er stillschweigend jene Übereinkunft ein, die allein die anderen ermächtigt, dass, wer immer sich weigert, dem Gemeinwillen zu folgen, von der gesamten Körperschaft dazu gezwungen wird, was nichts anderes heißt, als dass man ihn zwingt, frei zu sein.“¹⁷

Aus der Blindheit der Masse, die „oft nicht weiß, was sie will, weil sie nur selten weiß, was ihr [als Gesamtheit; C.H.] gut tut“, leitet *Rousseau* die Notwendigkeit eines führenden und lenkenden législateur ab, dem die Gesetzesinitiative obliegt. Er soll die Menschen zur Erkenntnis dessen bringen, was sie als Staatsbürger wollen sollen, nämlich des Gemeinwohls, „damit die Völker, die den Staatsgesetzen ebenso unterworfen sind, wie den Naturgesetzen [...] frei gehorchen und das Joch des öffentlichen Glücks tragen, ohne zu murren“¹⁸.

Soweit der Einzelne den Gemeinwillen nicht befolgt, ist die *volonté générale* aber gar nicht wirklicher Wille in ihm, sondern lediglich sein wohlverstandenes, wahres, objektives und von ihm selbst verkanntes Interesse. Die Gleichsetzung von individuellem Willen und allgemeinem Wohl in der *volonté générale* erweist sich von daher als definito-

rische Scheinlösung des Freiheitsproblems.¹⁹ *Rousseau* „verlegt“ die Gesellschaft gewissermaßen in das Individuum; die Gesellschaft erscheint als der „gute“ Wille in ihm.²⁰ Damit gerät die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen der staatlichen Gemeinschaft und dem Individuum, gemeinem Wohl und individueller Freiheit zu einer Frage des richtigen Wollens. Die willenssteuernde Erziehung zum Staatsbürger, der nicht sein Sonderinteresse verfolgt, sondern das will, was dem Gemeinwesen dient und nützt, wird daher zur „bestimmten wichtigsten Aufgabe des Staates“.²¹

In *Rousseaus* Staatstheorie ist damit die Entwicklung einer sich legitimatorisch auf den (vermeintlich) unverfälschten, unvermittelten, wahren Willen des Volkes stützenden und insofern direktdemokratischen Gemeinwesens zu einer illiberalen, freiheitszerstörenden Herrschaft des Volkes angelegt, weil hier für eine privatnützige, willkürliche Freiheit vom Staat kein Raum ist.²² *Rousseau* desavouiert die natürliche, vorstaatliche Freiheit im *Contrat Social* geradezu als „Begierde“; der Mensch folgt hier nur einem „körperlichen Trieb“.²³ Im staatsbürgerlichen Zustand tritt dagegen nach *Rousseau* „in seinem Verhalten die Gerechtigkeit an die Stelle des Instinkts“ und wird „seinen Handlungen die Sittlichkeit verliehen, die ihnen vorher fehlte“.²⁴ Damit wird der Staat bei *Rousseau* ähnlich wie bei Plato erst zum Ermöglichungsgrund sittlicher Entfaltung des Menschen. Ausdruck seiner sittlichen Freiheit ist der allgemeine Wille, den er als Staatsbürger hat und der stets richtig ist, weil er auf das gemeine Wohl gerichtet ist. Demgegenüber strebt der Wille des Einzelnen naturgemäß nach Vorzügen, für die es aber im Staat angesichts der durch die mit dem Gesellschaftsvertrag hergestellte Gleichheit unter den Staatsbürgern an einer Berechtigung fehlt. *Rousseau* idealisiert die Gesetzgebung durch das Volk als souveräne Konkretisierung eines vorgegebenen Gemeinwohls, das unter Zurückdrängung jedes insoweit illegiti-

¹⁴ *Contrat Social* I, 7.

¹⁵ *Contrat Social* IV, 2.

¹⁶ *Contrat Social* IV, 1.

¹⁷ *Contrat Social* I, 7.

¹⁸ *Contrat Social* II, 7.

¹⁹ Schon *Welcker*, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813, S. 102 hatte seine Kritik an *Rousseau* dahin zusammengefasst, dass er doch nie erreiche, „was er weitläufig auszuführen sucht, dass so wirklich jeder nur seinem eigenen Willen gehorche, und so also allein wahre Freiheit geschaffen würde“.

²⁰ *Vossler*, *Rousseaus Freiheitslehre*, 1963, S. 134, 229.

²¹ *Economie politique*, in: C.E. Vaughan (ed.), *The political writings of J.J. Rousseau*, Vol. I, 1915, S. 256 f.

²² Vgl. dazu *J.L. Talmon*, *Die Geschichte der totalitären Demokratie I*, 2013, S. 86-103, der in *Rousseau* so etwas wie den geistigen Vater totalitärer Demokratie sieht. Auch *S.F. Franke*, *Die gefährdete Demokratie: Illiberale Demokratie – Populismus – Europaskepsis*, 2017, S. 161-164 sieht *Rousseaus* „allgemeinen Volkswillen“ im Gegensatz zur rechtsstaatlichen Demokratie. Nach *Al. Schwan*, *Politische Theorien des Rationalismus und der Aufklärung. Rousseaus Konzept radikaler Demokratie*, in: Hans-Joachim Lieber (Hrsg.), *Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart*, 1993, S. 220 liegt für *Rousseau* „in der Totalisierung der Demokratie die einzige Gewähr der Freiheit.“ Gerade dies aber könne zur Tyrannei im Namen der Demokratie führen. A. A. *Fetscher*, *Rousseau und die Folgen. Ethik und Politik*, in: *Neue Hefte für Philosophie*, 29 (1989), 1 (23); *Sartori*, *Demokratiethorie*, 1992, S. 433 f.

²³ *Contrat Social* I, 8.

²⁴ *Contrat Social* I, 8.

men Sonderinteresses zu verwirklichen allein Wille der Staatsbürger sein kann und darf, statt sie als Verfahren zu begreifen, in dem die durchaus je für sich legitimen, divergierenden Gruppen- und Individualinteressen einer pluralistischen Gesellschaft angemeldet und zu einem vorläufigen Ausgleich gebracht werden.

Bis heute wirkt die Vorstellung der im Gesetz zum Ausdruck kommenden, unhinterfragbaren, weil immer auf das öffentliche Wohl abzielenden und daher beständig richtigen „volonté générale“²⁵ nach, ein rousseauistisches Erbe, das in Frankreich auch lange Zeit eine Verfassungsmäßigkeitskontrolle von der Nationalversammlung beschlossener Gesetze verhindert hat,²⁶ das einer Infragestellung der irrtumsfreien volonté générale gleichgekommen wäre.

C. Individuelle Freiheit als Grund und Grenze einer demokratischen Herrschaft der Mehrheit: *John Locke* als Urvater der liberalen Demokratie

Die überzeugendste Begründung der gegenteiligen Auffassung, nämlich einer nicht auflösbaren Verbindung von demokratischer Mehrheitsherrschaft mit der Sicherung individueller Freiheit findet sich in der politischen Theorie zuerst bei *John Locke* (1632-1704). Er kann als der Urvater der liberalen, verfassungsrechtlich gebundenen Demokratie gelten.²⁷ *Locke* leitet die staatliche Gewalt vom Individuum und seiner natürlichen Freiheit als ihrem Ursprung ab; sie findet eben darin auch ihren Zweck und ihre rechtlich unüberwindliche Schranke. Jeder Mensch ist im Naturzustand frei, weil er sich selbst gehört. In dieser natürlichen Freiheit sind alle Menschen gleich. Daraus folgt, dass niemand mit natürlichem Recht zur Herrschaft über andere Menschen berufen ist. Der Herrschaft ausübende Staat ist daher gar nicht anders denkbar als auf vertragliche Vereinbarung der freien Individuen gegründet. Nur freiwillige Unterwerfung vermag Herrschaft zu begründen und zu legitimieren.

Mit der Bildung eines Staatswesens bezwecken die Menschen Schutz und Erhaltung ihres Eigentums, d. h. ihrer

natürlichen Rechte auf Leben, Freiheit und Besitz, und zwar durch Etablierung einer Rechtsordnung, in der das Recht dazu bestimmt, die Freiheitssphären der Individuen voneinander abzugrenzen, abstrakt-generell festgelegt und im konkreten Streitfall durch unabhängige Richter festgesetzt und sodann auch durchgesetzt wird. An diesen konstitutiven Staatszweck ist die Staatsgewalt bei *John Locke* rechtlich gebunden; handelt sie ihm systematisch zuwider, führt dieser Verfassungsbruch schließlich dazu, dass die bloß treuhänderisch übertragene Staatsgewalt wieder an den Treugeber, die in der staatlichen Gemeinschaft vereinigten Individuen, zurückfällt, die sie neu vergeben können, wie sie es für ihre Wohlfahrt und Sicherheit am besten halten. Modern gesprochen: Beim Staatsvolk liegt der pouvoir constituant. Weil die Individuen mit ihren vernunftgemäßen Rechtsansprüchen auf gleiche Freiheit dem Staat vorgegeben sind, bleiben sie ihm auch letztlich übergeordnet. Es liegt in der bei *John Locke* selbst allerdings noch nicht gezogenen Konsequenz, diese Rechtsansprüche gegenüber der Staatsgewalt in jedem Fall einklagbar zu stellen, damit die Notwendigkeit revolutionärer Neubegründung des Staates bei ihrer systematischen Verletzung entfällt und der Staatszweck der Freiheitsgewährleistung in der verfassungsrechtlichen Normallage effektiv gesichert ist.

Im 19. Jh. erhebt sich von liberaler Seite vermehrt Kritik an der mit Demokratie untrennbar verbundenen Mehrheits-herrschaft. Auch sie kann tyrannische Züge annehmen und Minderheiten zu unterdrücken versuchen. Die Gewalt alles zu tun, die man dem Einzelnen verweigert, darf man daher nach *Alexis de Tocqueville* (1805-1859) auch einer Mehrzahl von Menschen nicht einräumen.²⁸ In gleichem Sinne betont *John Stuart Mill* (1806-1873), dass „der Wille des Volkes praktisch den Willen des zahlreichsten oder des aktivsten seiner Teile, nämlich der Mehrheit oder derjenigen, denen es gelingt, sich als die Mehrheit anerkennen zu lassen, [bedeutet]. Das Volk kann infolgedessen beabsichtigen, einen Teil der Gesamtheit zu bedrücken, und Vorsichtsmaßnahmen dagegen sind ebenso geboten wie gegen jeden anderen Missbrauch der Gewalt. Die Begrenzung der Regierungsgewalt über Einzelwesen verliert daher nichts von der Dringlichkeit, wenn die Verwalter der Macht weiterhin der Gemeinschaft, d. h. ihrer stärksten Partei, regelrecht verantwortlich sind“²⁹. Deshalb gelte es genau die Grenzen der Autorität der Gesellschaft über das Individuum zu markieren.³⁰

Auch ein demokratischer Absolutismus ist nach dieser Auffassung mit dem natürlichen Freiheitsanspruch des Individuums unverträglich. Dieser macht sich auch gegen den demokratisch legitimierten Gemeinwillen in unwiderstehlichem Drang berechtigt geltend und fordert Freiheit vom Staat, auch vom demokratischen Staat. Wird die For-

²⁵ Contrat Social II, 3. Siehe auch Art. 6 S. 1 der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung vom 26.8.1789.

²⁶ Siehe dazu sowie zur Entwicklung der Parlamentssouveränität zu der 1958 beginnenden Verfassungskontrolle der Gesetzgebung *Classen*, in: H. J. Sonnenberger/C.D. Classen, Einführung in das französische Recht, 2012, Erstes Kapitel, S. 41 f., 43 f. Bis 2008 konnte in Frankreich ein Gesetz vom Conseil constitutionnel nur vor der Ausfertigung auf seine Verfassungskonformität überprüft werden (präventive abstrakte Normenkontrolle, Art. 61 der französischen Verfassung von 1958). Nunmehr sieht Art. 61-1 der Verfassung auch die Möglichkeit der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, die bereits in Kraft sind, durch den Conseil constitutionnel auf Vorlage des Conseil d'État oder der Cour de cassation vor (Question prioritaire de constitutionnalité).

²⁷ Siehe zum Folgenden mit zahlreichen Nachweisen aus *J. Locke*, Two Treatises of Government, Second Treatise (II): Concerning the True Original Extent and End of Civil Government, 1690; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 9-12.

²⁸ *Tocqueville*, De la démocratie en Amérique, 1835, Tome Deuxième, Chapitre VII.

²⁹ *Mill*, On Liberty, 1859, Chapter I.

³⁰ *Mill*, (Fn. 29), Chapter IV (Of the Limits to the Authority of Society over the Individual).

derung nach Freiheit gegenüber dem demokratischen Staat mit der demokratischen Mitwirkungsfreiheit kombiniert, so entsteht eine liberale, an den Rechten des Individuums orientierte und durch sie begrenzte, gemäßigte und inhaltlich gebundene Erscheinungsform der Demokratie. Die staatsphilosophischen Grundlagen dafür sind, wie gesehen, bereits bei *John Locke* gelegt, der aus der naturrechtlich begründeten Freiheit und Gleichheit der Menschen den rechtlich verfassten Staat, den Verfassungsstaat, entwickelt hat, der unverfügbare Grundfreiheiten und Menschenrechte anerkennt und gewährleistet. Die praktische Verwirklichung dieser Konzeption erfolgte zunächst in der amerikanischen Revolution, aus der die Vereinigten Staaten von Amerika hervorgehen sollten.

D. Demokratische und rechtsstaatliche Gehalte der liberalen Demokratie

Bilden im demokratischen Verfassungsstaat westlicher Prägung heute Demokratie und Rechtsstaatlichkeit auch eine Einheit, so dass der Mehrheitswille in der freiheitlichen Demokratie nicht absolut gilt, sondern nur in den Grenzen der Rechtsstaatlichkeit entscheidet, so tut man doch dessen ungeachtet gut daran, demokratische und rechtsstaatliche Anforderungen an eine freiheitliche Demokratie zu unterscheiden.³¹ Dadurch lassen sich Maßstäbe gewinnen, die es erlauben festzustellen, wann eine illiberale Demokratie auch aufhört, Demokratie zu sein.

I. Unabdingbare Voraussetzungen der demokratischen Legitimität von Mehrheitsentscheidungen

Die legitimierende Grundlage des demokratischen Mehrheitsprinzips liegt im Gedanken der Gesamtrepräsentation, also in der Idee, dass die von der Mehrheit getroffene Entscheidung dem Volk als Ganzes als sein Wille zugerechnet werden kann. Die für den repräsentativen Parlamentarismus grundlegende Beteiligung aller Abgeordneten an den Verhandlungen der Volksvertretung gibt die Rechtfertigung dafür, dass Entscheidungen der Volksvertretung mit Mehrheit getroffen und gleichwohl allgemeinverbindlich sind:³² „Weil Mehrheit und Minderheit mit gleichem Recht zur Gesamtheit gehören, hat die Minderheit der Repräsentanten und der Repräsentierten auch die mehrheitlich gefassten Beschlüsse der Gesamtheit gegen sich gelten zu lassen. Dieser Zusammenhang ist nicht auflösbar und in der Demokratie die erste Voraussetzung für den Rechtsgehorsam aller.“³³

Die Mehrheit darf daher, schon um der Demokratie willen, nicht jene Regeln außer Kraft setzen, aus denen sich ihre

eigene demokratische Legitimität ableitet. Das Recht der Mehrheit, allgemeinverbindliche Entscheidungen zu treffen und über die Legalität zu verfügen, beruht gerade darauf, dass sie mit der Minderheit um die Erringung bzw. Erhaltung politischer Macht konkurriert, diese die gleiche Chance hat, selbst zu Mehrheit zu werden und dann ihre politischen Vorstellungen im demokratischen Entscheidungsverfahren zur Geltung zu bringen. Ist diese Chance einer anderen Mehrheit und die mit ihr untrennbar verbundene Möglichkeit, einmal getroffene Mehrheitsentscheidungen später zu revidieren, nicht mehr gegeben, büßt die Mehrheit ihre demokratische Legitimation ein. In diesem Sinne eines notwendigen Offenhaltens des politischen Prozesses kann man davon sprechen, dass auch das Gebot, parlamentarische Minderheiten in ihren Beteiligungsrechten zu schützen, sowie das Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung der Opposition selbst im demokratischen Prinzip wurzeln.

Die effektive Herrschaft der Mehrheit des Volkes und der wirksame Schutz der opponierenden Minderheit sind daher gleichermaßen Kennzeichen einer funktionierenden demokratischen politischen Ordnung. Für die freiheitliche Demokratie stellt sich die Aufgabe, die Wege für alle denkbaren politischen Lösungen offenzuhalten.

Der Verfügungsmacht der demokratischen Mehrheit entzogen sind demnach notwendig jedenfalls die demokratischen Verfahrensregeln, insbesondere die Grundsätze freier, gleicher, allgemeiner und geheimer Wahlen, welche die fortdauernde, gleichberechtigte demokratische Mitwirkung und Teilhabe eines jeden Bürgers garantieren, sowie die Freiheit der Gründung und Betätigung politischer Parteien.³⁴

Freie Wahlen sind für eine Demokratie unabdingbar, eine notwendige, aber für sich genommen noch keine hinreichende Bedingung. Die Funktionsbedingungen einer Demokratie wären nur unzureichend gewährleistet, wenn nicht auch die Offenheit des politischen Meinungsbildungsprozesses im Vorfeld der Wahlen und der eigentlichen Staatswillensbildung gegen manipulative Eingriffe durch die herrschende Mehrheit garantiert wären.³⁵ Wahlen vermögen demokratische Legitimation nur zu verleihen, wenn sie frei sind. Dies erfordert nicht nur einen von Zwang und unzulässigem Druck freibleibenden Akt der Stimmabgabe, sondern ebenso sehr, dass die Wähler ihr Urteil in einem freien, offenen Prozess der Meinungsbildung gewinnen und fällen können.³⁶ Daher sind auch bestimmte Freiheitsrechte wie die Meinungsfreiheit, die Presse-, Informations- und Rundfunkfreiheit sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 GG) ihres demokratischen Gehaltes wegen in ihrer politischen Grundsubstanz für den demo-

³¹ Zur „Unterschiedenheit von Demokratie und Rechtsstaat“ siehe *Böckenförde*, HStR II, 2004, S. 429 (485 f. Rn. 82-85).

³² BVerfGE 70, 324 (380 f.) – abweichende Meinung *Böckenförde*.

³³ BVerfGE 70, 324 (366, 369) – abweichende Meinung *Mahrenholz*.

³⁴ BVerfGE 2, 1 (11) – SRP-Verbot; 44, 125 (145) – Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung; 73, 40 (85) – Steuervergünstigungen für Beiträge und Spenden an politische Parteien.

³⁵ So auch *J.-W. Müller* (Fn. 3).

³⁶ BVerfGE 73, 40 (85).

kratischen Gesetzgeber indisponibel.³⁷ Das schließt gesetzliche Beschränkungen selbstverständlich nicht aus, aber diese müssen „neutral“ erfolgen, sie dürfen also nicht auf die Unterdrückung der Artikulation bestimmter, der parlamentarischen Mehrheit politisch missliebig erscheinender Meinungsinhalte gerichtet sein.

Insgesamt erfordert daher die demokratische Legitimität einer Herrschaft der Mehrheit eine Vielzahl von als flankierende Rahmenbedingungen fungierenden Garantien, die erst in ihrem Zusammenwirken sicherstellen, dass daraus keine Diktatur der Mehrheit wird: „Was die Mehrheit will, wird jeweils in einem sorgfältig geregelten Verfahren ermittelt. Aber der Mehrheitsentscheidung geht die Anmeldung der Forderungen der Minderheit und die freie Diskussion voraus, zu der die freiheitliche demokratische Ordnung vielfältige Möglichkeiten gibt, die sie selbst wünscht und fördert, und deshalb auch für den Vertreter von Minderheitsmeinungen möglichst risikolos gestaltet. Da die Mehrheit immer wechseln kann, haben auch Minderheitsmeinungen die reale Chance, zur Geltung zu kommen. [...] Die mannigfach gesicherte politische Meinungs- und Diskussionsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit führen zum Mehrparteiensystem und zum Recht auf organisierte politische Opposition. Freie Wahlen mit regelmäßiger Wiederholung in relativ kurzen Zeitabständen sichern die Kontrolle des Volkes über die Benutzung der Macht durch die politische Mehrheit.“³⁸

Weil und soweit diese Vorgaben nur effektive Geltung besitzen, wenn ihre Verletzung in einem gerichtsförmigen Verfahren geltend gemacht und durchgesetzt werden können, ist auch Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte, wenn auch nicht notwendigerweise verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz geboten. „Knapp gesagt: keine Demokratie ohne politische Grundrechte und intakten Medienpluralismus sowie effektiven juristischen Schutz dieser Infrastruktur für die kollektive Willensbildung.“³⁹

Sind schon diese (grund-)rechtlichen Rahmenbedingungen einer funktionierenden Demokratie nicht mehr erfüllt, ist bereits die Demokratie selbst beschädigt und nicht nur ihre Rechtsstaatlichkeit in Frage gestellt.

In der Praxis dürfte sich deshalb erweisen, dass in den meisten Fällen die sog. illiberalen Demokratien „nicht nur an einem Mangel an Liberalismus leiden, sondern dass sie noch nicht einmal funktionierende Demokratien“ sind.⁴⁰

II. Rechtsstaatliche Grenzen der demokratischen Herrschaft der Mehrheit

Von den soeben besprochenen immanenten, funktionsbedingten Grenzen einmal abgesehen, gebietet das Demokratieprinzip für sich genommen keine weitergehenden Beschränkungen der Geltung des Mehrheitsprinzips.

Der Herrschaft der demokratisch legitimierten Mehrheit werden äußere rechtsstaatliche Grenzen gesetzt, wenn und soweit die Staatsgewalt in all ihren Erscheinungsformen einschließlich der Gesetzgebung an grundrechtlich gewährleistete Freiheitsrechte des Einzelnen unmittelbar gebunden wird und damit ein privater, von staatlicher Ingerenz prinzipiell freizuhaltender Raum eröffnet wird. Die verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte markieren insoweit in den Worten *John Stuart Mills* die „Grenzen der Autorität der Gesellschaft über das Individuum“⁴¹. Die allgemeine Grenzziehung bedarf jedoch noch der Konkretisierung, die in erster Linie Sache des demokratischen Gesetzgebers ist. Die den Grundrechten beigelegten Gesetzesvorbehalte ermöglichen es ihm, diese Freiheit im Interesse des von ihm selbst definierten Gemeinwohls sehr weitgehend zu beschränken. Lediglich die Kernsubstanz der Grundrechte und die Würde jedes einzelnen Menschen bleiben unantastbar. Sie allein bilden letztlich den, demokratischen Mehrheitsentscheidungen schlechthin unzugänglichen, unbedingt zu respektierenden Kernbereich der Grundrechte, die eigentliche Sphäre des Unabstimmbaren, also dessen, worüber nach dem Willen des sich durch seine Verfassung selbst bindenden, souveränen Staatsvolkes, auch die demokratisch legitimierte, selbst eine qualifizierte Mehrheit keinesfalls disponieren kann, mit anderen Worten für liberale Verfassungsstaaten die absolute Grenze der Demokratie.

E. Fazit

Die illiberale Demokratie ist als identitäts- oder radikaldemokratisches Konzept bereits verschiedentlich gedacht worden und daher demokratiethoretisch nicht unvorstellbar. Tatsächlich waren und sind vermeintlich bloß freiheitsfeindliche, aber angeblich konsequent demokratisch organisierte politische Herrschaften mit Parlamentssoveränität in Wirklichkeit zumeist auch gar keine Demokratien. Denn um Demokratie zu sein, bedarf es mehr als nur der Geltung des Mehrheitsprinzips für politische Entscheidungen. Erforderlich ist zunächst ein Mehrparteiensystem; zudem müssen die der Herrschaft der Mehrheit auf Zeit vorausgehenden Wahlen frei und fair sein, was die reale Möglichkeit eines Machtwechsels impliziert, und schließlich muss der den Wahlen vorgelagerte Prozess der öffentlichen Meinungsbildung und -artikulation offen sein, was die Geltung der politisch relevanten Grundrechte (insbesondere der Meinungs- und Medienfreiheit, der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) voraussetzt. Ferner muss die Integrität dieser demokratischen Infrastruktur durch Rechtsschutz mittels unabhängiger Gerichte gewährleistet werden. In diesem, auf die demokratischen Essentialia eingeschränkten Sinne kann man in Variation des berühmten Art. 16 der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung formulieren: „Toute Société dans laquelle la garantie des

³⁷ Siehe dazu *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 392 f.

³⁸ BVerfGE 5, 85, 199 – KPD-Verbot.

³⁹ *J.-W. Müller* (Fn. 3).

⁴⁰ Zutreffend *J.-W. Müller* (Fn. 3).

⁴¹ *Mills*, (Fn. 30).

Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point un Gouvernement démocratique."

Wenn die Regierung eines Staates sich der Medien bemächtigt, um den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung zu steuern, und die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt unterminiert, um ihre Entscheidungen der rechtlichen Kontrolle zu entziehen, ist jedenfalls nicht nur die Rechtsstaatlichkeit, sondern auch die Demokratie selbst in großer Gefahr.

Die Europäische Union bekennt sich zu beidem – zu Demokratie und Rechtsstaatlichkeit unter Wahrung der Menschenrechte – und erklärt sie zu „Werten“, auf die sich die Union stützt und die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind (Art. 2 EUV). Ob die Europäische Union indes tatsächlich willens und mit den ihr insoweit zu Gebote stehenden Mitteln in der Lage ist, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit ihrer Mitglieder in einer Art von Verfassungsaufsicht zu gewährleisten, ist eine ganz andere, hier nicht mehr zu behandelnde Frage.