

Abhandlungen

Menschenrechte und Mehrheiten

Frank Schorkopf*

Georg-August-Universität Göttingen, Göttingen, Deutschland

fschork@gwdg.de

Abstract	19
Keywords	19
I. Demokratie – Mehrheit – Wahrheit	20
II. Menschenrechte als Grenze des Mehrheitsprinzips	22
III. Der europäische Konsens und die Prozeduralisierung	27
IV. Identität und Repräsentation	32
V. Transformativer Konstitutionalismus	38
VI. Schlussfolgerung	43
Summary: Human Rights and Majorities	46

Abstract

Bei dem Beitrag handelt es sich um die Schriftfassung der zweiten Doehring Lecture vom Oktober 2021. Der Autor vertritt die These, dass säkulare Wahrheitsansprüche über eine judikativ getragene Expansion der Grund- und Menschenrechte in die liberale Demokratie zurückkehren, die diese eigentlich wirksam ausgeschlossen oder neutralisiert hat. Statt Menschenrechte und Mehrheit notwendigerweise als Nullsummenspiel zu betrachten, sollte das Verhältnis von Menschenrechten und Mehrheiten stärker als Wechselwirkung verstanden werden. Dazu werden zwei Herausforderungen für die liberale Demokratie im Zusammenhang mit der EMRK und ihrem Durchsetzungsmechanismus diskutiert: Identitätspolitik und deskriptives Repräsentationsdenken sowie der transformative Konstitutionalismus.

Keywords

Europäische Menschenrechtskonvention – margin of appreciation – identity politics representation – Human rights

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Göttingen.

I. Demokratie – Mehrheit – Wahrheit

In der Demokratie herrschen Mehrheiten statt Wahrheiten.

Demokratie bedeutet, dass die Mitglieder einer politischen Gemeinschaft sich selbst regieren. Volksherrschaft ist, theoretisch wie historisch betrachtet, nicht notwendig freiheitlich im Sinn einer liberalen Demokratie des modernen Verfassungsstaates. Eine erhebliche Zahl an Staaten waren und sind dem Namen nach Demokratien und weisen zugleich autokratische oder diktatorische Regierungssysteme auf – einzelne beanspruchen selbstbewusst sogar die „bessere Demokratie“ zu sein. Meine Überlegungen beziehen sich allein auf die Herrschaftsform der liberalen Demokratie. Sie folgt im Grundsatz dem Repräsentationsmodell, wie es sich seit den englischen Verfassungskämpfen, den nordamerikanischen und französischen Revolutionen bis in den Konstitutionalismus hinein herausgebildet hat.¹ Die erwachsenen Bürger wählen ein Parlament, in dem Abgeordnete das Volk vertreten, die wiederum über die Angelegenheiten der Gemeinschaft verbindlich entscheiden. Zwar ist auch die unmittelbare Bürgerbeteiligung, die direkte Demokratie mit ihren plebiszitären Elementen möglich. Die große Mitgliederzahl macht die Repräsentation als primären Beteiligungsmodus jedoch unumgänglich. Der Entscheidungsmodus in beiden Fällen ist grundsätzlich das Mehrheitsprinzip, d. h. maßgebend ist die überwiegende Zahl aus einer Gesamtheit von wahl- oder abstimmungsberechtigten Personen.²

Die Herrschaftsform der liberalen Demokratie ist durch ein weiteres, prägendes Merkmal charakterisiert. Eine Mehrheit erkennt nicht eine Wahrheit als handlungsleitend für die politische Gemeinschaft. Sie identifiziert formal diejenige politische Möglichkeit, die auch für die Minderheit und Nichtbeteiligte verbindlich sein soll. Aus den Religionskämpfen der Frühen Neuzeit heraus gelingt es dann, die zunächst konfessionell aufgeladene Wahrheitsfrage,

¹ Überblick bei *Florian Meinel*, Repräsentation, in: Staatslexikon, 8. Aufl., Freiburg: Herder 2020, Bd. 4, Sp. 1410 ff.; zudem *Hanna F. Pitkin*, *The Concept of Representation*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press 1967; *Nadia Urbinati*, *Representative Democracy*, Chicago: University of Chicago Press 2008; aus deutscher Perspektive *Hasso Hofmann/Horst Dreier*, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin/New York: de Gruyter 1989, 165–198.

² *Werner Heun*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Berlin: Duncker & Humblot 1983, 106 ff.; *Diego Pardo-Álvarez*, *Das Rechtfertigungsdefizit des qualifizierten Mehrheitsanfordernisses*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 37 ff.; zur Abkehr von der Einstimmigkeit hin zur Mehrheit historisch betrachtend *Ulrich Scheuner*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH 1973; *Otto von Gierke*, Über die Geschichte des Majoritätsprinzips, *Schmollers Jahrbuch* 39 (1915), 565 ff., abgedruckt in: Bernd Guggenberger/Claus Offe (Hrsg.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH 1984, 22–38.

später weitere Ansprüche auf letzte Worte in der Politik durch Verfahrensregelungen zu neutralisieren.³ Bis in die herrschenden verfassungstheoretischen Gegenwarts-konzeptionen hinein werden substanzhaft-rousseauistische Gemeinwohlkonzeptionen kritisch gesehen und stattdessen wird, bei Nuancierungen im Detail, ein prozedurales Verständnis vertreten.⁴ „Wahrheit“ ist deshalb noch lange nicht aus der liberalen Demokratie getilgt. Damit meine ich weder, dass das Ergebnis des Mehrheitsvotums als situativ wahr betrachtet, noch dass der Wahrheitsanspruch demokratischer Selbstbestimmung eingeschrieben ist, wie gegen die post-truth-democracy argumentiert wird.⁵ Meine These lautet vielmehr, dass säkulare Wahrheitsansprüche über eine judikativ getragene Expansion der Grund- und Menschenrechte in die liberale Demokratie zurückkehren, die diese eigentlich wirksam ausgeschlossen oder neutralisiert hat. Statt Menschenrechte und Mehrheit notwendigerweise als Nullsummenspiel zu betrachten, sollten wir das Verhältnis von Menschenrechten und Mehrheiten stärker als Wechselwirkung verstehen.⁶

Karl Doehring – gleichermaßen monographisch ausgewiesen im Völkerrecht, im Staatsrecht und in der Herrschaftstheorie – hat u. a. über die Bedingungen einer stabilen Demokratie nachgedacht. Sein Standpunkt war, wo aus seiner Sicht nötig, auch gegen die Zeitströmungen gerichtet – ihn bewegte die zunehmende „Betonung nicht nur der Menschenrechte, sondern der Individualrechte schlechthin“, durch die das „Interesse des Gemeinwens“ als zweitrangig zurückgestellt würde. In solchen Formulierungen drückt sich die Sorge um den Staat aus, mehr aber um dessen Bürger und die Frage, ob wir mit der Fragmentierung fertig werden.⁷ Das bewegt die Rechtswissenschaft auch zehn Jahre nach Doehring's Tod weiterhin, wenn auch mit

³ *Martin Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“?, AöR 134 (2009), 309-390 (364); *Josef Isensee*, Keine Freiheit für den Irrtum, in: Josef Isensee, Staat und Religion. Abhandlungen aus den Jahren 1974-2017, Berlin: Duncker & Humblot 2020, 67-102 (82 ff.).

⁴ Winfried Brugger/Stephan Kirste/Michael Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Baden-Baden: Nomos 2002; *Peter Häberle*, Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, Rechtstheorie 14 (1983), 253-284 (257 ff.); zur rousseauistischen Substanzdemokratie *Christian Hillgruber*, Die Herrschaft der Mehrheit, AöR 127 (2002), 460-474 (470 f.).

⁵ *Marie Christine Kajewski*, Wahrheit und Demokratie in postfaktischen Zeiten, ZfP 64 (2017), 454-467 (457) unter Hinweis auf *Jürgen Habermas*, Religion in der Öffentlichkeit, in: Jürgen Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2005, 119-154 (150 f.).

⁶ Vgl. *Christoph Möllers*, Gewaltengliederung, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 57.

⁷ *Karl Doehring*, Der Mensch in einer veränderten Staatenwelt, ZaöRV 64 (2004), 659-664 (660); vgl. auch *Karl Doehring*, Minderheitenschutz, Integration und Einbürgerung im Spannungsverhältnis, in: Kay Hailbronner/Eckart Klein (Hrsg.), Flüchtlinge – Menschenrechte – Staatsangehörigkeit, Heidelberg: Hüthig-Jehle-Rehm 2002, 246-249 (249).

einer Akzentverschiebung. Denn es geht in diesem Beitrag nicht um „einen die politischen Mächte begrenzenden *pouvoir neutre*“,⁸ sondern um individuelle und kollektive Selbstbestimmung in der liberalen Demokratie.

Eine Bedingung des prozeduralen Gemeinwohlverständnisses, für die formale Identifikation eines kollektiven Willens im Parlament, ist das gleichberechtigte Nebeneinander verschiedener Standpunkte. Sie bilden den Möglichkeitsraum für die politische Auswahl.⁹ Damit die zur Wahl stehenden Alternativen auch eine effektive Chance auf Mehrheitsgewinnung erhalten, bedarf es des freien Wettbewerbs politischer Parteien, einer Öffentlichkeit und Medienvielfalt, der Meinungs- und Versammlungsfreiheit. Nur diese Voraussetzungen erlauben es, auf das parlamentarische Verfahren und die Entscheidung darüber, welche politische Option verbindlich sein soll, wirksam Einfluss zu nehmen.

Das Mehrheitsprinzip in der liberalen Demokratie hat also auch eine sozialpsychologische Wirkung auf die Anerkennung legitimer Mehrheiten und den gesellschaftlichen Zusammenhalt. Denn die Legitimität einer Entscheidung ist deutlich größer, wenn diese sich nicht als Ergebnis des Sieges einer Mehrheit oder Niederlage der Minderheit anfühlt, sondern das Ergebnis eines Prozesses ist, „in dem die normativen Ansprüche beider Seiten als legitim anerkannt und berücksichtigt wurden“.¹⁰ Ein Grundsatzdokument der Venedig-Kommission des Council of Europe bringt diesen Zusammenhang auf den Punkt: „Ein Parlament ist von Natur aus keine monolithische und homogene Institution, sondern eine repräsentative Versammlung, deren Grundgedanke es ist, dass unterschiedliche Interessen und Ideen vertreten werden, und wo es immer Meinungsverschiedenheiten und eine Unterscheidung zwischen der Mehrheit und einer oder mehreren gegnerischen Minderheiten geben wird.“¹¹

II. Menschenrechte als Grenze des Mehrheitsprinzips

Der Agonismus der parlamentarischen Demokratie¹² lenkt die Aufmerksamkeit auf die Voraussetzungen des die Herrschaftsform prägenden Mehr-

⁸ *Karl Doehring*, Schlusswort – Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden *pouvoir neutre*, *ZaöRV* 69 (2009), 311-315.

⁹ *Lino Munaretto*, Der Vorbehalt des Möglichen, Diss. Göttingen 2021 (unveröffentlicht).

¹⁰ *Ruud Koopmans*, Assimilation oder Multikulturalismus, Münster: Lit Verlag 2017, 221.

¹¹ European Commission for Democracy through Law, Report on the Role of the Opposition in a democratic Parliament, Berichterstatter: *Angelika Nussberger/Ergud Özbudun/Fredrik Sejersted*, CDL-AD(2010)025, 7 (eigene Übersetzung).

¹² *Chantal Mouffe*, Agonistik, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2014; *Hannah Arendt*, Was ist Politik?, München: Pieper Verlag 1993.

heitsprinzips. Bereits in den Kernexten der modernen Demokratietheorie sind diese angesprochen. So schreibt Tocqueville in seiner berühmten Studie zur jungen amerikanischen Demokratie, dass die unumschränkte Mehrheit zwar im Wesen der Demokratie liege. Zugleich will er diese Mehrheit aber an das von der Mehrheit aller Menschen angenommene allgemeine Gesetz, an die Gerechtigkeit binden, um die drohende Tyrannei der Mehrheit zu verhindern.¹³ Die Literatur hat die anspruchsvollen Voraussetzungen des Mehrheitsprinzips differenzierter herausgearbeitet.

Die Zahlenganzheit der Abstimmungsberechtigten muss eine rechtliche Einheit sein, die eine Mindestübereinstimmung aufweise – manche sprechen von innerer Homogenität und meinen damit nicht Gleichförmigkeit, sondern ein „agreement on fundamentals“.¹⁴ Wir sprechen aus der Gegenwartsperspektive eher von einem Wertekonsens, von „fundamental values“, die als „überindividuell gültige Wahrheit“ unterschiedliche Standpunkte in einen „gemeinsamen Referenzrahmen“, auf einen nicht kontroversen Sektor im Sinne Ernst Fraenkels¹⁵ aufeinander beziehen.¹⁶ Das Sprechen über gemeinsame Werte ist gerade in der Europäischen Union das Signum der Gegenwart. Die Abstimmungsberechtigten müssen zudem in ihrem Status und ihrer Stimmkraft gleich sein. Seit jeher macht sich daran die, auch von Karl Doebring¹⁷ geteilte, Kritik der Gebildeten an Vermassung und tendenzieller Mittelmaßigkeit demokratischer Politik fest. Die Statusgleichheit ist eine Anforderung, die aktuell besonders in der Europäischen Union diskutiert

¹³ Alexis de Tocqueville, Über die Demokratie in Amerika, 835, dt. Ausgabe Stuttgart: Reclam 1985, 145.

¹⁴ Werner Heun, Entstehungsvoraussetzungen des Mehrheitsprinzips, in: Egon Flaig (Hrsg.), Genesis und Dynamiken der Mehrheitsentscheidung, München: Oldenbourg Verlag 2013, 21-42 (22); ausf. Heun (Fn. 2), 176 ff. m. w. N.; Horst Dreier, Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat, ZParl 17 (1986), 94-118 (110); Horst Dreier, Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 1 (2010), 11-38 (36): „Man darf sich auch vor der Einforderung von Homogenität nicht durch die Diskreditierung irre machen lassen, die dieser Begriff durch seine Inbezugnahme in Carl Schmitts Freund-Feind-Schema erfahren hat. Für Hans Kelsen und Hermann Heller, beides demokratisch gesonnene Zeitgenossen Schmitts, ist ein Mindestmaß an sozialer Homogenität selbstverständliche Voraussetzung gelingender staatlicher Einheitsbildung.“; Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde/Dieter Gosewinkel, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2011, 305-486 (477).

¹⁵ Ernst Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien [1960], in: Ernst Fraenkel, Gesammelte Schriften: Bd. 5. Demokratie und Pluralismus, Baden-Baden: Nomos 2007, 74-90 (84): „Je sozial differenzierter eine Gesellschaft ist, desto geringer ist die Gewähr, daß mittels eines unreflektierten consensus omnium dem Postulat der autonomen Verwirklichung des bonum commune ausreichend Rechnung getragen wird.“

¹⁶ Alexander Bogner, Die Epistemisierung des Politischen, Stuttgart: Reclam 2021, 116.

¹⁷ Karl Doebring, Von der Weimarer Republik zur Europäischen Union, Berlin: wjs Verlag 2008, 209.

wird, in der die Unionsbürger als politische Subjekte keine Gleichheit haben. Die (Mehrheits-)Entscheidung sollte, weiter, revidierbar sein, damit die Minderheit stets die Chance hat, für ihren Standpunkt als zukünftige Mehrheitsoption zu werben.¹⁸ In den 1970er und 1980er Jahren entspann sich an der friedlichen Nutzung der Kernenergie und der Endlagerfrage eine Debatte zu dieser Voraussetzung,¹⁹ die mit der Klimaschutzdebatte fortgesetzt wird. Aus der Gegenperspektive folgt schließlich, dass das Mehrheitsprinzip nur dann Aussicht auf dauerhafte Legitimität hat, wenn es keine strukturellen Minderheiten ohne Mehrheitschance gibt. Das Völkerrecht adressiert dieses Problem seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts mit seinem Recht der nationalen Minderheiten, indem es zu Autonomie verpflichtet oder die distinktive Minderheit mit besonderen Rechten in der politischen Gemeinschaft ausstattet.²⁰

Aus der Perspektive nationaler Minderheiten ohne Mehrheitschance ist es ein – auf den ersten Blick – nur kleiner Schritt zum Menschenrechtsschutz. Sollten nicht alle distinktiven Gruppen besondere Rechte in der liberalen Demokratie erhalten, weil sie unterrepräsentiert sind und mit ihrem Standpunkt auch vermeintlich keine Mehrheitsperspektive haben? Einer solchen gruppenbezogenen Minderheitenkonzeption folge ich nicht, wie ich noch näher begründen werde. Der nationale Minderheitenschutz ist eine der Verallgemeinerung nicht zugängliche völkerrechtliche Besonderheit, die keine nennenswerte Einschränkung einzelstaatlicher Gestaltungsfreiheit bedeutet.

Die Idee unverletzlicher und unveräußerlicher Rechte ist der Schutz individueller Autonomie in einer politischen Gemeinschaft der Möglichkeiten.²¹ Individuen haben aufgrund des Normativgebots der Gleichheit die Chance,

¹⁸ *Jakob Hohnerlein*, *Recht und demokratische Reversibilität*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020.

¹⁹ *Bernd Guggenberger/Claus Offe* (Hrsg.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH 1984; *Thomas Helfen*, *Die Kritik am Mehrheitsprinzip als Herausforderung der repräsentativen Demokratie*, Diss. Bonn: 1992, 120 ff.

²⁰ *Francesco Capotorti*, *Minorities*, EPIL, Bd. 3, Amsterdam: Elsevier 1997, 410-424 (411); *Karl Doehring*, *Das Gutachten des Generalsekretärs der Vereinten Nationen über die Fortgeltung der nach dem Ersten Weltkrieg eingegangenen Minderheiten-Schutzverpflichtungen*, ZaöRV 15 (1954), 521-540; *Sarah Pritchard*, *Der völkerrechtliche Minderheitenschutz*, Berlin: Duncker & Humblot 2001; Manfred Mohr (Hrsg.), *Friedenssichernde Aspekte des Minderheitenschutzes in der Ära des Völkerbundes und der Vereinten Nationen in Europa*, Berlin/Heidelberg: Springer 1996; aber auch bereits *Georg Jellinek*, *Das Recht der Minoritäten*, Wien: Hölder 1898. Die Bundesregierung hat zum Europaratsabkommen v. 1.2.1995 eine Erklärung (BGBl. 1998 II, 57) abgegeben, mit der sie dessen Anwendungsbereich auf Dänen und Sorben sowie Friesen und Sinti und Roma deutscher Staatsangehörigkeit begrenzt. Mit anderen Worten setzen selbst politische Partizipationsprivilegien nationaler Minderheiten die Innehabung der deutschen Staatsangehörigkeit, also die Mitgliedschaft in der politischen Gemeinschaft, voraus, womit ein Argument zur Differenzierung von etwa Millionen türkischen Staatsangehörigen, die für politische Partizipation auf die Einbürgerung verwiesen sind, prinzipiell entfällt.

²¹ *Munaretto* (Fn. 9).

je nach Gegebenheit sich einmal der Mehrheit und ein anderes Mal der Minderheit anzuschließen. Der Selbstbestimmungsmodus ist nicht in dem Sinne determiniert, dass von vornherein die Zugehörigkeit zur Mehrheit oder zur Minderheit feststeht. Vielmehr hängt die Inanspruchnahme von kollektiver oder individueller Autonomie des Individuums davon ab, in welchen sozialen Herrschaftsverhältnissen es sich bewegt und welche politische Frage zu beantworten ist. Der Einzelne kann sich in der Minderheit befinden, ohne notwendig einer spezifischen Gruppe anzugehören. Ist er in der Minderheit, schließt sich die Entscheidung an, ob diese Position mit subjektiven Rechten förmlich verteidigt werden soll.

Das Menschenrechtsdenken der Gegenwart, besonders in Europa, ist geprägt von dieser klassischen gegen-majoritären Perspektive Tocquevilles.²² Aus dem Argwohn, dass Mehrheiten die Demokratie missbrauchen könnten, wofür Geschichte und Gegenwart schreckliche Belege geben, geht es um die institutionelle Einhegung der Demokratie. Der Vorrang überstaatlichen Rechts, die Bindung nationaler Hoheitsgewalt an die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und an Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), die Betonung gewaltenteilender Arrangements im Sinne von „checks and balances“, besonders durch eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit, föderale Gliederung und die Begrenzung direkter Demokratie, addieren sich zum Leitbild einer durch gegen-majoritäre Entscheidungsmodi domestizierten Demokratie. Es wird die These vertreten, dabei handele es sich sogar um das Leitbild eines spezifisch europäischen Konstitutionalismus, das in der Venedig-Kommission einen kundigen und wirkmächtigen Förderer habe.²³

Im Mittelpunkt dieses Leitbilds stehen Höchstgerichte, d. h. nationale Verfassungsgerichte und überstaatliche Gerichtshöfe wie der EGMR und der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH). Sie werden von denjenigen Individuen angerufen, die den Rechtsweg gegen belastende hoheitliche Maßnahmen oder wegen eines Anspruchs auf ein bestimmtes Tätigwerden beschreiten. Es ist ihre Aufgabe, die subjektiven Rechte des Individuums durchzusetzen, wenn der Tatbestand erfüllt ist und die Rechtsfolge einen solchen Entscheidungsauspruch vorsieht. Dieser rechtlich codierte Konflikt zwischen Individuum und Hoheitsträger stößt – jedenfalls in Europa – weder theoretisch noch praktisch auf ernstzunehmende Kritik, wenn es um die mit der Würde des Menschen unmittelbar verknüpften Kernrechte (core rights) des Individuums geht, also

²² Aktualisierung des Standpunkts bei *Jon Elster*, *Tyranny and Brutality of the Majority*, in: Stéphanie Novak/Jon Elster (Hrsg.), *Majority Decisions*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 159-176.

²³ *Valentina Volpe*, *Drafting Counter-Majoritarian Democracy*, *ZaöRV* 76 (2016), 811-843.

zuerst um das Recht auf Leben, die Verbote von Folter, Sklaverei und Zwangsarbeit, das Recht auf Freiheit und Sicherheit sowie auf Rechtsschutz und ein faires Verfahren.²⁴ Dieser Konsens über das Wahre weicht umso mehr auf, je stärker die Rechte vom Gesetzgeber beschränkt werden können oder, besonders bei Leistungsrechten, zu konkretisieren sind. Auch bei diesen Rechten gibt es Unverhandelbares, das wir als „Wesens- oder Kerngehalt“ beschreiben. Was in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, wie es in den Schrankenregelungen der Artikel 8 bis 11 EMRK heißt, oder wann ein verhältnismäßiger Eingriff vorliegt, ist einer Abwägung zugänglich und bewegt sich deshalb in einem Möglichkeitsraum unterschiedlicher Gestaltformen.

Durch die Verrechtlichung des Konflikts verändert sich allerdings die Entscheidungsrationale. Während Parlamente eine politische Option aus dem Möglichkeitsraum auswählen, entscheiden Gerichte, welche Option richtig und welche falsch ist. „Über Grundrechtsbeschwerden wird“, so Nettesheim, „regelmäßig so verhandelt, als ob die Antragssteller keine politische Autonomie hätten“.²⁵ Die Gerichte tun das jedenfalls in dem Augenblick, wenn sie Einschätzungs- und Beurteilungsspielräume der Politik als überschritten sehen und eine bestimmte Möglichkeit für menschen- oder grundrechtlich geboten erklären. In diesem Fall gibt es nicht das „auch anders Mögliche“, selbst wenn diese Möglichkeit mit qualifizierter Mehrheit gewollt werden würde.²⁶ Es gibt vielmehr allein den Rechtsgehorsam der Menschenrechtsverpflichteten und das Mäßigungsgebot an etwaige Kritiker. So entstehen Ansprüche auf ein Existenzminimum, auf Studienplätze und medizinische Behandlung, sowie die Pflichten, zusätzliche Anstrengungen zur CO₂-Einsparung zu ergreifen, Menschen die Einreise zu gestatten oder nicht abzuschließen, Strafgefangenen das Wahlrecht einzuräumen sowie die Schule von religiösen Symbolen freizuhalten oder aber dort religiöse Bekleidung und Praktiken zu dulden. Mit anderen Worten, die parlamentarische Mehrheit in einer liberalen Demokratie setzt objektives Recht, das nicht angewendet und durchgesetzt wird, weil sich Einzelne mit abweichenden Präferenzen vor Gericht auf ihr subjektives Recht berufen. Der Rechtsschutz kann dann – neben klassischer Abwehr von Grundrechtseingriffen²⁷ – das politische Verfahren verlängern und über den Faktor Zeit den formellen

²⁴ Ein Beispiel für die Differenzierung ist das EGMR-Urteil *Pardillo v. Italy*, Urteil v. 25.8.2015, Nr. 46470/11, Rn. 174 –, in dem das Recht auf Embryonenspende nicht zum Kernbereich von Artikel 8 EMRK gezählt wurde, anders als das Recht auf Elternschaft.

²⁵ Martin Nettesheim, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, Paderborn: Brill/Schöningh 2017, 48; komplexer der Zusammenhang von Rechtsetzung und argumentativer Rechtmittlung aus dem Text bei Andreas Funke, *Auf Augenhöhe? Versuch über die Möglichkeit, Rechtsbefolgung als Ausdruck personaler Autonomie zu denken*, in: Patrick Hilbert/Jochen Rauber (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 201–226 (213 ff.).

²⁶ Zum „auch anders Möglichen“ *Munaretto* (Fn. 9).

²⁷ Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

Mehrheitsentscheid im Ergebnis in sein Gegenteil verkehren. Aus dem Grundrechtsschutz durch Verfahren kann dann, Planungsvorhaben sind dafür das Muster, ein Schutz vor Vollzug durch gerichtliche Verfahren werden.

Dieser Zusammenhang gilt in besonderem Maße für die Verfassungsgerichtsbarkeit. Im Folgenden werde ich mich nicht dieser Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinn zuwenden.²⁸ Vielmehr sollen die EMRK und ihr Durchsetzungsmechanismus die Aufmerksamkeit erhalten. Dort geht es nämlich um die für Europa konkretisierten Menschenrechte, die mit vielen Streitfällen aus verschiedenen europäischen Staaten gutes Studienmaterial liefern, für die das beschriebene Grundproblem von den Vertragsparteien erkannt wurde und mittels einer Änderung der EMRK und der EGMR-Rechtsprechung gelöst werden soll.

III. Der europäische Konsens und die Prozeduralisierung

Mit dem Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls im Jahr 1998 ist der Straßburger Gerichtshof zur weithin sichtbaren und effektiven Instanz für die Durchsetzung der EMRK in den seit März 2022 nunmehr 46 Vertragsstaaten des Council of Europe geworden. Das soll die Rolle der aufgelösten Europäischen Menschenrechtskommission und des alten Gerichtshofs nicht schmälern. Jedoch sind die Expansion des Menschenrechtsschutzes, die ausdifferenzierte Rechtsprechung der Gegenwart, die Akzeptanz bei den Bürgern der europäischen Staaten und deren hohen Erwartungen und teilweise verzweifelte Hoffnung auf den Gerichtshof eine Folge nicht nur der veränderten geopolitischen Lage nach 1990 in Europa, sondern auch des seinerzeit reformierten Verfahrens.

Die zahlreichen Beitritte zur EMRK nach 1990 und der veränderte Rahmen führten, im Kontext einer seit den 1970er Jahren sich entfaltenden Progression der Menschenrechte und eines globalen „rights talk“,²⁹ zu einer Ausweitung der Spruchpraxis. Einzelne Entscheidungen sowie generell die Spruchpraxis zu gesellschaftspolitisch exponierten Sachverhalten lösten eine Debatte über die Qualität seiner Entscheidungen aus, die durch die chronische Überlastung des Gerichtshofs flankiert war und ist.³⁰ Der imaginierte europäische Men-

²⁸ In diesen Kreis der Verfassungsgerichtsbarkeit ist auch der EGMR einzubeziehen, siehe *Angelika Nußberger*, Die Europäische Menschenrechtskonvention – eine Verfassung für Europa?, JZ 74 (2019), 421-428.

²⁹ *Ann Glendon*, Rights Talk, New York: The Free Press 1991; *Jamal Greene*, How Rights Went Wrong, Boston, Mass.: Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company 2021.

³⁰ ECHR, Analysis and Statistics 2020, January 2021, 6, Ziff. 4: “Pending applications“, wonach die vor Kammern und Großen Kammern anhängigen Fallzahlen im Jahr 2020 weiter zugenommen haben, der Bericht ist zugänglich unter <https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_ENG.pdf>.

schenrechtsraum ist weiterhin erheblichen Kräften aus unterschiedlichen Richtungen ausgesetzt, namentlich aus Russland und der Türkei,³¹ aber auch aus Vertragsstaaten, die vergleichsweise selten vom EGMR verurteilt werden, wie das Vereinigte Königreich und die Bundesrepublik.³² Auf mehreren Konferenzen verhandelten die Vertragsstaaten über eine erneute Reform des Durchsetzungsmechanismus, mittels derer die Verfahrenslast verringert, aber auch die primäre Rolle der Konventionsstaaten und ihres gewaltenteilenden Gefüges für den Menschenrechtsschutz gestärkt und die detailbezogene Spruchpraxis des EGMR zurückgedrängt werden sollte.

Die Vertragsstaaten der EMRK haben in diesen Konferenzen zum Ausdruck gebracht, dass das Konventionssystem dem Schutz der Menschenrechte auf nationaler Ebene untergeordnet ist und dass die nationalen Behörden und Gerichte grundsätzlich besser in der Lage sind als ein internationales Gericht, lokale Bedürfnisse und Bedingungen zu beurteilen. Der Ermessensspielraum geht Hand in Hand mit der Überwachung im Rahmen des Konventionssystems. In dieser Hinsicht besteht die Rolle des Gerichtshofs darin, zu überprüfen, ob die von den nationalen Behörden getroffenen Entscheidungen mit der Konvention vereinbar sind, wobei der Ermessensspielraum des Staates gebührend zu berücksichtigen ist. Wenn wir uns die Entstehungsgeschichte der EMRK in Erinnerung rufen, lässt sich pointiert formulieren: Die Konvention soll keine European bill of rights, sondern eine „Alarmglocke“³³ für Fehlentwicklungen sein.³⁴

Die Vertragsstaaten begrüßten bereits in ihrer Erklärung von Brighton im Jahr 2012, dass der EGMR Grundsätze wie Subsidiarität und die margin of appreciation-Doktrin entwickelt habe und ermutigten ihn, „diesen Grundsätzen in seinen Urteilen große Bedeutung beizumessen und sie konsequent

³¹ 41 % der beim EGMR im Jahr 2020 anhängigen Sachen kamen aus Russland und der Türkei, weitere 29 % der Fälle stammen aus Rumänien und der Ukraine, d. h. vier von 47 Staaten des Europarates „verursachen“ 70 % der anhängigen EGMR-Verfahren, Quelle siehe Anm. 30.

³² *Derek Walton*, Subsidiarity and the Brighton Declaration, in: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger (Hrsg.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, 2014, 193–206; Marten Breuer (Hrsg.), *Principled Resistance to ECtHR Judgments A New Paradigm?*, Berlin/Heidelberg: Springer 2020.

³³ *Jörg Polakiewicz/Julia Katharina Kirchmayr*, Sounding the Alarm: The Council of Europe As the Guardian of the Rule of Law in Contemporary Europe, in: Armin von Bogdandy/Piotr Bogdanowicz et al. (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin/Heidelberg 2021, 361–382; *Jan Eckel*, *Die Ambivalenz des Guten*, 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2015, 154 ff.; *Ed Bates*, *The Evolution of the European Convention of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010.

³⁴ *Robert Spano*, The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention of Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary, *ELJ* 27 (2021), 1–17 (13 ff.); EGMR, *Xero Flor sp. z o.o. v. Polen*, Urteil v. 7.5.2021, Nr. 4907/18, Rn. 289 ff.; EGMR, *Reczkowicz v. Polen*, Urteil v. 22.7.2021, Nr. 43447/19, Rn. 240 ff.

anzuwenden“.³⁵ Mittlerweile sind der Subsidiaritätsgrundsatz und das Konzept des nationalen Ermessensspielraums in der Präambel der EMRK – vergleichsweise rasch – verankert worden.³⁶ Diese Veränderung geht Hand in Hand mit einer konkretisierten Spruchpraxis zum margin of appreciation, die hier einen näheren Blick wert ist, weil der EGMR dem Mehrheitsprinzip und dem nationalen parlamentarischen Verfahren eine entscheidungserhebliche Funktion zuweist.³⁷

Im Mittelpunkt dieser Rechtsprechung steht das Argument des europäischen Konsenses (European consensus).³⁸ Das Maß des nationalen Ermessensspielraums in Menschenrechtsfragen ist danach bemessen, ob und in welchem Umfang die Konventionsstaaten in der konkreten Frage einig sind. Dafür werden die Gesetzgebung, die Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung herangezogen. Wir dürfen uns diesen Konsens nicht als bloße Arithmetik vorstellen. Die numerischen Verhältnisse unter den Konventionsstaaten spielen eine Rolle, eine knappe Mehrheit reicht unter Umständen bereits für einen Konsens aus. Doch zuweilen argumentiert der Gerichtshof auch mit einem Entwicklungstrend im europäischen oder internationalen Menschenrechtsschutz oder zieht den Ratifikationsstand von internationalen Verträgen oder auch Soft Law-Praxis heran, um seinen Standpunkt zu begründen.³⁹ Wird

³⁵ High-Level Conference on the Future of the Court, Brighton Declaration v. 20.4.2012, Ziff. 12 a.

³⁶ 15. Zusatzprotokoll zur EMRK v. 24.6.2013, BGBl. 2014 II, 1034, in Kraft getreten am 1.8.2021.

³⁷ Der im Vergleich zügigen Ratifikation des 15. Zusatzprotokolls steht komplementär die schleppende Ratifikation des 12. Zusatzprotokolls aus dem Jahr 2000, das ein allgemeines Diskriminierungsverbot in die EMRK aufnehmen soll, gegenüber. Die Bundesregierung begründet die Nichtratifikation letztlich mit dem Schutz der Gesetzeslage, also – zugespitzt – dem Mehrheitsprinzip: BT-Drs. 18/4881, 7 (zu Nr. 177): „Die Ratifikation des Protokolls wurde vorerst zurückgestellt, um den weiteren Fortgang der Ratifikation durch andere Staaten und die Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach dem Inkrafttreten des Protokolls zu beobachten. Hierdurch soll eine klarere Einschätzung darüber erlangt werden, wie sich eine Ratifikation des Protokolls auf die innerdeutsche Rechtsordnung auswirken würde. Bisher liegen keine Entscheidungen vor, in denen der EGMR sich eingehender mit dem Protokoll Nr. 12 und dem Umfang des allgemeinen Verbots der Diskriminierung auseinandersetzt. Da dieses das Verbot der Diskriminierung wegen der Herkunft umfasst und sich im Falle einer weiten Auslegung des Verbots Probleme für das deutsche Beamten-, Sozial-, Ausländer- und Asylrecht ergeben könnten, ist die Haltung der Bundesregierung unverändert abwartend.“

³⁸ Ausführlich zur Genese dieser Dogmatik und ihrer Änderung seit den 1990er Jahren *Ed Bates*, Consensus in the Legitimacy-Building Era of the European Court of Human Rights, in: Panos Kapotas/Vassilis P. Tzevelekos (Hrsg.), *Building Consensus in European Consensus*, Bampton: Cambridge University Press 2019, 42-70 (57 ff.) und *Kristin Hennard*, How the ECtHR's Use of European Consensus Considerations Allows Legitimacy Concerns to Delimit Its Mandate, in: Kapotas/Tzevelekos (Fn. 38), 141-166.

³⁹ *Kanstantsin Dzehtsiarou*, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, 38 ff.

ein solcher Konsens festgestellt, ist der nationale Ermessensspielraum für partikuläre Beschränkung begrenzt und der EGMR setzt seine Auslegung als verbindlichen Konventionsstandard fest. Sehr bekannt ist das Ende der 1970er Jahre getroffene Urteil in der Sache *Tyrer*, in der der EGMR seine Rechtsprechung zur Prügelstrafe in Schulen änderte, weil sich zwischenzeitlich ein Konsens zum Verbot gebildet habe.⁴⁰ Im Jahr 2008 stellte die Große Kammer in der Sache *Demir und Baykara* fest, dass die Durchsetzung berufsbezogener Interessen von Gewerkschaftsmitgliedern mittels Arbeitskampfmaßnahmen eine Kerngewährleistung sei, nahm den Streik jedoch davon aus.⁴¹ Im Frühjahr 2021 hat die Große Kammer des EGMR einen Konsens in der Frage der Impfpflicht gegen Corona-Viren verneint und den Konventionsstaaten einen weiten Spielraum in dieser Frage eingeräumt.⁴²

Während die dogmatische Funktion des Konsenses unter den Konventionsstaaten bereits seit Jahrzehnten in der Spruchpraxis etabliert ist, ist die zweite Entwicklung neueren Datums: die Prozeduralisierung des Ermessensspielraums. Zusammengefasst heißt das, der EGMR erkennt die von einem Konventionsstaat im Rahmen seines Ermessensspielraums getroffene Entscheidung an, wenn diese auf einer hinreichenden „prozeduralen Rationalität“ beruht.⁴³ Der EGMR beschäftigt sich dann weniger mit der materiellen Substanz der Menschenrechtsfrage, sondern blickt etwa bei gesetzlichen Beschränkungen auf die effektive Einbeziehung der unterschiedlichen Interessen und wissenschaftlicher Expertise, auf die Qualität der Deliberation, auf die Begründung und die Existenz von Rechtsschutz. Aufgrund dieser Methodik lehnte die Große Kammer 2013 in der Leitentscheidung *Animal Defenders* die Beschwerde einer Nichtregierungsorganisation ab, das Verbot politischer Werbung im Rundfunk für konventionswidrig zu erklären.⁴⁴ Weithin bekannt geworden ist auch das *S.A.S.*-Urteil zum Verbot der Gesichtsverhüllung in Frankreich. In dem Urteil stellt die Große Kammer vor dem Hintergrund eines fehlenden europäischen Konsenses ausdrücklich fest, dass der Gerichtshof bei seiner Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung walten zu lassen habe, da er bei dieser Überprüfung ein Gleichgewicht beurteilen müsse, das durch einen demokratischen Prozess innerhalb der betreffenden Gesellschaft her-

⁴⁰ EGMR, *Tyrer v. UK*, Urteil v. 25.4.1978, Nr. 5856/72, Series A Nr. 26.

⁴¹ EGMR (Große Kammer), *Demir und Baykara v. Turkey*, Urteil v. 12.11.2008, Nr. 34503/97, Rn. 125-127 und Rn. 167-170.

⁴² EGMR (Große Kammer), *Vavricka v. Czech Republic*, Urteil v. 8.4.2021, Nr. 47621/13, Rn. 203: “As there was clearly no European consensus on the matter of compulsory vaccination, the margin of appreciation left to the Member States was wide. An additional reason for allowing a wide margin was that the issue involved the assessment of expert and scientific data by the national authorities.”

⁴³ *Thomas Kleinlein*, Grundrechtsföderalismus, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 454 f.

⁴⁴ EGMR (Große Kammer), *Animal Defenders v. UK*, Urteil v. 22.4.2013, Nr. 48876/08.

gestellt worden sei. Es folgte das Bekenntnis, in Fragen der allgemeinen Politik, zu denen die Meinungen in einer demokratischen Gesellschaft vernünftigerweise weit auseinander gehen könnten, sei der Rolle des nationalen politischen Entscheidungsträgers besonderes Gewicht beizumessen.⁴⁵ Dass dem demokratischen Gesetzgeber in den Konventionsstaaten damit nicht Pleinpouvoir gegeben worden ist, zeigen die Entscheidungen in der Sache *Hirst* über das Wahlrecht von Strafgefangenen im Vereinigten Königreich. Die Rechtsprechung, dass die generelle Aberkennung des Wahlrechts von Strafgefangenen ein Konventionsverstoß sei, weil das britische Unterhaus diese Regelung pauschal und ohne abwägende Debatte über die konkurrierenden Interessen getroffen habe, hat einen tiefgreifenden Konflikt mit den Briten ausgelöst, der u. a. die erwähnte Reformdebatte befördert hat.⁴⁶

Für die weiteren Überlegungen ist an dieser Stelle entscheidend, dass der EGMR eine die Menschenrechte beschränkende, parlamentarische Mehrheitsentscheidung akzeptiert, wenn der Mehrheitsentscheid in einem rationalen Verfahren deliberativ getroffen wurde und auf guten Gründen beruht. Dieser Deliberationstest „Prozeduralisierung“ hängt eng mit der Etablierung des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit (*proportionality*) und der Methode der Abwägung (*balancing*) zusammen. Mit der zweistufigen Prüfung von Eingriff und Rechtfertigung kann vom EGMR jede Verkürzung von Menschenrechten einer umfassenden konventionsstaatlichen Begründungs- und Abwägungspflicht unterworfen werden. Das partikulare Gesetz ist jedoch stets nur vorläufig konventionskonform, weil sein Fortbestand davon abhängt, ob sich ein europäischer Konsens im Sinne klarer Mehrheitsverhältnisse unter den Konventionsstaaten entwickelt, der zu seiner Änderung oder Aufhebung verpflichtet. Die in den Details noch wenig gefestigte Operationalisierung⁴⁷ des Mehrheitsprinzips durch den EGMR führt, wohlgermerkt immer jenseits des Schutzbereichs der absolut verstandenen Kernrechte, zu einer – in Minderheitsvoten auch erkannten – Paradoxie. Das vor der partikularen Mehrheit prinzipiell zu schützende uni-

⁴⁵ EGMR (Große Kammer), *S.A. S. v. France*, Urteil v. 1.7.2014, Nr. 43835/11, Rn. 129, 154.

⁴⁶ EGMR (Große Kammer), *Hirst v. UK (No. 2)*, Urteil v. 6.10.2005, Nr. 74025/01, Rn. 76 ff.; ECHR (Große Kammer), *Scoppola v. Italy (No. 3)*, Urteil v. 22.5.2012, Nr. 165/05; zuletzt EGMR, *Millbank u. a. v. UK*, Urteil v. 30.6.2016, Nr. 44473/14; zur Thematik näher *Ed Bates, Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg*, HRLR 14 (2014), 503-540. Das Ministerkomitee hat sich mit geringfügigen Änderungen in der Vollzugspraxis zufrieden gegeben, Generalsekretariat, Action Plan DH-DD(2017)1229 v. 2.11.2017.

⁴⁷ Näher *Frederike Maaß, Der europäische Konsens und die Rolle rechtsunverbindlicher Europaratsdokumente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Berlin: Duncker & Humblot 2021, 241 ff.

verselle Menschenrecht, also das objektiv Wahre, steht unter dem prozeduralisierten Begründungsvorbehalt ebenjener Mehrheit, also dem bestenfalls situativ Wahren.⁴⁸

Mit der Trias Teilhabe, Inklusivität und Transparenz scheint das Unbehagen in den Konventionsstaaten über die Expansion der EMRK-Gewährleistungen und die hochauflösende EGMR-Rechtsprechung vorerst zerstreut, auch wenn Einzelheiten offen sind und methodisch noch Vieles ungeklärt ist. Der Trend zur Prozeduralisierung des Menschenrechtsschutzes ist vertraut, ist er doch auch im Verfassungsrecht der liberalen Demokratien als Komplementär zur Rechteexpansion zu beobachten.⁴⁹ Dieser Trend ist insoweit eine vorläufige Antwort auf die spannungsgeladene Gewaltenverschränkung von Judikative und Legislative. Ob er diesen dauerhaft lösen hilft, muss an dieser Stelle offenbleiben. Denn von diesem Punkt soll im zweiten Teil des Beitrags diese vorläufige Synthese von Menschenrechten und Mehrheit mit zwei Herausforderungen konfrontiert werden: Zunächst ist den Folgen der gesellschaftlichen Fragmentierungen nachzugehen, die sich an den Phänomenen des identitätspolitischen Denkens und gewandelten Repräsentationsansprüchen zeigen (IV.). Sodann steht eine Vergewisserung an, wie es um den transformativen Konstitutionalismus steht, der untrennbar mit dem modernen Menschenrechten in der liberalen Demokratie verknüpft ist (V.). Zum Schluss wird das Verhältnis von Menschenrechten und Mehrheiten noch einmal aufgegriffen (VI.).

IV. Identität und Repräsentation

Die Politik in vielen westlichen Industriestaaten treibt schon länger die Frage um, was die jeweilige Gesellschaft zusammenhält und wie ein als brüchig empfundener Zusammenhalt wieder gefestigt werden kann.⁵⁰ In dieser Be-

⁴⁸ In der Literatur ist dafür der Begriff des „majoritarian activism“ vorgeschlagen worden, *Alec Stone Sweet/Thomas L. Brunell*, *Trustee Courts and the Judicialization of International Regimes*, *Journal of Law and Courts* 1 (2013), 61-88 (63 f.); *Andreas Follesdal*, *Building Democracy at the Bar: the European Court of Human Rights as an Agent of Transitional Cosmopolitanism*, *Transnational Legal Theory* 7 (2016), 95-113 (108 ff.).

⁴⁹ Speziell zum EGMR *Angelika Nußberger*, *Procedural Review by the ECHR: View from the Court*, in: *Janneke Gerards/Eva Brems* (Hrsg.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, 2018, 161-176 (172 f.); zum deutschen Recht *Arno Wieckhorst*, *Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017.

⁵⁰ *Nicole Deitelhoff/Olaf Groh-Samberg/Matthias Middell* (Hrsg.), *Gesellschaftlicher Zusammenhalt: Ein interdisziplinärer Dialog*, Frankfurt: Campus Verlag 2020; *Werner J. Patzelt*, *Ressourcen des gesellschaftlichen Zusammenhalts*, in: *Cathleen Bochmann/Helge Döring* (Hrsg.), *Gesellschaftlichen Zusammenhalt gestalten*, Wiesbaden: Springer Fachmedien 2020, 11-26; *Christoph Lütge*, *Was hält eine Gesellschaft zusammen?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007; siehe auch das vom BMBF geförderte, zum 1.6.2020 gegründete Forschungsinstitut *Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ)* mit zehn Standorten in der Bundesrepublik, <<https://www.fgz-risc.de/>>.

obachtung laufen lang- und kurzfristige Trends zusammen, die die Sozialwissenschaften etwa mit dem Stichwort der Singularisierung beschreiben.⁵¹ Das Mehrheitsprinzip ist dafür ein geeigneter Bezugspunkt, weil es die Legitimität des Mehrheitsentscheids an einen inneren, auf starken Gemeinsamkeiten beruhenden Konsens der Beteiligten bindet. Dieser innere Konsens der Mitglieder einer politischen Gemeinschaft lässt sich nicht *more geometrico* bestimmen. Er muss sich in der Wirklichkeit zeigen. Schwindet der vorrechtliche Konsens, verlieren parlamentarische Mehrheitsentscheidungen an Akzeptanz.

Eine solche Entwicklung wird durch das Phänomen der Identitätspolitik verstärkt. Identitätspolitik steht für eine gesellschaftspolitische Bewegung, deren Mitglieder sich nach identitätsstiftenden, essenzialistischen Merkmalen wie Geschlecht, sexueller Orientierung oder Hautfarbe definieren und zu bekenntnisgetragenen Gruppen zusammenfinden. Deren Aktivitäten sind auf die Anerkennung ihres Status als identitäre Minderheit und auf den Kampf gegen Diskriminierungen ausgerichtet.⁵² Adressat dieser Anerkennungsansprüche ist die Mehrheitsgesellschaft, die als Träger der herrschenden Verhältnisse als privilegiert und aus der Ungleichheitserfahrung heraus als Ursache der empfundenen Diskriminierung gesehen wird.⁵³ Aus politischer Perspektive streben identitäre Gruppen nach einem „exklusivfreien Konsens“.⁵⁴ Die Konsequenzen für das Mehrheitsprinzip werden umgehend deutlich, weil Gesetze ohne entsprechende identitätsaffine Regelungen als Ausdruck der privilegierten Mehrheit gesehen werden. Das Problem vertieft sich dadurch, dass identitäre Gruppen als strukturelle Minderheiten eingeordnet werden können, so dass sich die Forderung nach Sonderrechten im demokratischen Verfahren anschließt. Die politischen Rechte der Bürger müssten nach der Logik der Identitätspolitik um Gruppenrechte erweitert werden.⁵⁵ Dabei geht es konkret um

⁵¹ *Andreas Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2017; *Armin Steinbach*, Das Amt in einer Gesellschaft der Singularitäten, April 2021, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, zugänglich unter <<https://ssrn.com/abstract=3816087>>.

⁵² *Frank Schorkopf*, Staat und Diversität, Paderborn: Brill/Schöningh 2017; *Eric Hilgendorf*, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Gesellschaft, JZ 76 (2021), 853-863.

⁵³ Dieser Kontext wird auch zum Anlass für eine Neubestimmung der Statutsgleichheit als politische Chancengleichheit genommen, *Wojciech Sardurski*, Majority Rule, Democracy and Populism: Theoretical Consideration, in: Giuliano Amato/Benedetta Barbisan/Cesare Pinelli (Hrsg.), Rule of Law vs Majoritarian Democracy, London: Bloomsbury 2021, 189-198 (192 ff.).

⁵⁴ *Chantal Mouffe*, Das demokratische Paradox, Wien: Turia + Kant 2015 (engl. Orig. 2000), 59, 78.

⁵⁵ *Iris Marion Young*, Justice and the Politics of Difference, Kap. 6, New Jersey: Princeton University Press 2011 (Orig. 1990), 184 ff.; *Claus Offe*, „Homogenität“ im demokratischen Verfassungsstaat – Sind politische Gruppenrechte eine adäquate Antwort auf Identitätskonflikte?, Peripherie Nr. 64 (1996), 26-45. Diesen Absatz habe ich übernommen aus *Schorkopf*, Staat und Diversität (Fn. 52), 31 f.

gruppenbezogene Repräsentationskonzepte,⁵⁶ die die sozio-politische Existenz der Gruppe sichern, um Vetorechte in der parlamentarischen Willensbildung, um Quoten bei der Gremien- und Ämterbesetzung, um Sprachenregelungen und Kulturförderung und um Rechtspluralismus, d. h. die parallele Geltung von Rechtsordnungen auf einem Territorium und ihre partikuläre Anwendung auf identitäre Regelungskollektive,⁵⁷ aber auch um Verfahrensregeln, wie die Abschaffung etwa von Sperrklauseln im Wahlrecht und der minderheitensensible Zuschnitt von Wahlkreisen,⁵⁸ die Beteiligung von Minderheiten-Plattformen,⁵⁹ neue, auf den „Identitätsimpact“ bezogene Prüfpflichten bei der Gesetzesfolgenabschätzung sowie die verhältnismäßige Einzelfallprüfung mit Härteklausele als Regelfall des Verwaltungshandelns.⁶⁰ Aus der Perspektive einer Mehrheit verschafft sich die im demokratischen Verfahren unterlegene politische Minderheit dadurch ein Instrument, ihren Standpunkt doch noch im Gesetz abzubilden, weil eine solch qualitative, betroffene Minderheit nicht übergangen werden dürfe.⁶¹

Es ist aus dieser Binnenlogik nur konsequent, dass auch eine Mehrheit unter diesen Rahmenbedingungen Anreize erhält, sich als identitäre Gruppe zu definieren, um – aus Binnensicht – wenigstens „Waffengleichheit“ herzustellen. Identitätspolitik ist deshalb auch nicht zwingend Ausweis eines bestimmten politischen Lagers. Längst hat sich gegen eine linke Identitätspolitik, die sich für migrantische, religiöse, sexuelle und andere Minderheiten einsetzt, eine rechte Identitätspolitik positioniert, die für sich reklamiert die schwindende Mehrheit einer autochthonen Bevölkerung zu vertreten und

⁵⁶ Ausdrücklich für special representation *Daniel Thürer*, *Minorities and Majorities: Managing Diversity*, SZIER 5 (2005), 659-665 (661); in diese Richtung auch *Arend Lijphart*, *The Wave of Power-Sharing Democracy*, in: Andrew Reynolds (Hrsg.), *The Architecture of Democracy*, Oxford: Oxford University Press 2002, 39-54, dazu *Steven Wheatley*, *Democracy, Minorities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, 161 ff.

⁵⁷ *Ralf Seinecke*, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen: Mohr Siebeck 2016; *Klaus Günther*, *Rechtspluralismus und universeller Code*, in: Lutz Wingert/Klaus Günther, *Festschrift für Habermas*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2001, 539-567.

⁵⁸ *Lena Foljanty*, *Demokratie und Partizipation*, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke, *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2012, 287-309 (298 ff.); zum amerikanischen Vorbild *Adam B. Cox/Richard T. Holden*, *Reconsidering Racial and Partisan Gerrymandering*, *The University of Chicago Law Review* 78 (2011), 553-604.

⁵⁹ Siehe die Europäische Bürgerinitiative „Minority Safepack“, ECI (2017) 4, vgl. dazu EuG, Rs. T-646/13, Urteil v. 3.2.2017, ECLI:EU:T:2017:59.

⁶⁰ *Gabriele Britz*, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, 2 f.

⁶¹ Dieses Argument findet sich bereits in der klassischen Kritik des Mehrheitsprinzips, vgl. *Peter Graf Kielmansegg*, *Das Recht der Mehrheit und die rechte Mehrheit*, in: Michael Salewski/Josf Schröder (Hrsg.), *Dienst für die Geschichte. Gedenkschrift für Walther Hu-batsch*, Göttingen: Muster-Schmidt 1985, 301-322 (317).

ihre nationale Identität zu verteidigen.⁶² Die Debatte geht aber noch in eine andere Richtung weiter, nämlich hin zu dem Vorschlag, mittels einer Theorie der Mehrheit vor allem prekären Mehrheiten ebenfalls Sonderrechte einzuräumen. Dieser Vorschlag beruht auf den Überlegungen des israelischen Juristen Liav Orgad zur kulturellen Verteidigung der Nation und wurde jüngst unter Beteiligung des niederländischen Sozialwissenschaftlers Ruud Koopmans zu einem gruppendifferenzierten Ansatz erweitert.⁶³ Der Hintergrund einer Mehrheitstheorie ist der Multikulturalismus der Migrationsgesellschaft. Der Ansatz will die Unterschiede zwischen den klassischen angelsächsischen Einwanderungsländern mit migratorischen Mehrheiten einerseits und europäischen Staaten andererseits herausarbeiten, in denen neue Minderheiten auf einheimische Mehrheiten treffen. Aus der Perspektive einer bedrohten demokratischen Ordnung, die sich in Frage gestellt sieht und deshalb um ihre Stabilität fürchtet, macht die These die Theorie der Minderheitenrechte fruchtbar und wendet sie auf die (noch bestehende) Mehrheit, wonach jede Kultur über die Rezeption der globalen Errungenschaften selbstbestimmt entscheiden sollte.⁶⁴

Abgesehen von den spezifischen Bedingungen des tatsächlichen Rahmens, in dem die These entstanden ist, greift der Ansatz auf Gruppenbildung innerhalb der Gesellschaft und damit auf ein identitätspolitisches Konzept zurück. Der Ansatz ist deshalb kritisch zu beurteilen. Im Grunde stellt die These die Voraussetzungen der liberalen, repräsentativen Demokratie in Frage. Denn alle Regeln und Arrangements politischer Herrschaft in einer liberalen Demokratie, auch die Mechanismen des Grundrechtsschutzes, können aus der Gruppenperspektive als Ausdrucksformen der Mehrheitskultur codiert werden. Kultur sei umfassend, schreibt Gabriele Britz: „Was auch immer staatliche Institutionen tun, es ist kulturell relevant. Die Ausdrucksformen staatlicher Institutionen sind – weit über die Sprache im engeren Sinn hinaus – selbst (Mehrheits)Kultur.“⁶⁵ Der Gruppismus könnte deshalb den Grundrechtsschutz prinzipiell ablehnen, sei dieser doch wegen seiner kulturellen Rahmung für abweichende Ansprüche strukturell blind.⁶⁶ In welcher unkar-

⁶² Francis Fukuyama, *Identity*, London: Profile Books 2017; gegen eine Symmetrierung von linker und rechter Identitätspolitik Jan-Werner Müller, *Freiheit, Gleichheit, Zusammenhalt – Oder: Gefährdet „Identitätspolitik die liberale Demokratie?*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2021, 12-17.

⁶³ Ruud Koopmans/Liav Orgad, *Majority-Minority Constellations: Towards A Group-Differentiated Approach*, WZB Discussion Paper, SP VI 2020–104, December 2020.

⁶⁴ Liav Orgad, *The Cultural Defence of Nations*, Oxford: Oxford University Press 2015; die in Bezug genommene Theorie der Minderheit stammt von Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford: Oxford University Press 1995, 84 ff., insb. 104.

⁶⁵ Gabriele Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 193.

⁶⁶ Vgl. Schorkopf (Fn. 52), 30.

tiertem Fahrwasser wir dadurch gelangen, unterstreicht der Seitenblick auf die erwähnte margin of appreciation-Doktrin. Die Doktrin erkennt über die Rechtsfertigungsformel „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ ein Schutzbedürfnis demokratischer, in pluralen Gesellschaften mühevoll gebildeter Mehrheiten an. Aber auch hinter diesen Mehrheiten stehen kulturell codierte Vorverständnisse und Muster.⁶⁷ Anders formuliert, identitäres Gruppendenken strenger Observanz führt in einen segmentierten Grund- und Menschenrechtsschutz.

Was möglicherweise in Zusammenhang mit dem Vorschlag größerer Aufmerksamkeit bedarf, ist der Effekt, den Menschenrechte auf die Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft haben. Auch wenn es keine allgemein verfassungsrechtlichen Ansprüche auf Einwanderung und auf Einbürgerung gibt,⁶⁸ können Nicht-Staatsbürger durch menschenrechtlich vermittelte Schutz- und Leistungsansprüche zu de facto Mitgliedern der politischen Gemeinschaft werden. Diese Tendenz entwickelt sich im Windschatten der seit Begründung des modernen Verfassungsstaats erfolgenden Rechteexpansion,⁶⁹ die die Zahl der wahlberechtigten Bürger zu Recht konsequent erweitert hat.

Der EGMR sollte bei der Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung zur Prozeduralisierung des nationalen Ermessensspielraums nicht den Fehler machen, die parlamentarische Deliberation identitätspolitisch aufzuladen.⁷⁰ Aus der Perspektive identitärer Gruppen, die mit dem Individualbeschwerdeverfahren eine Verletzung ihrer Menschenrechte rügen, liegt es nahe, die nicht vollständige oder nur teilweise Berücksichtigung ihres Standpunkts im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren strukturellen Defiziten anzulasten. Sei es, dass Gruppenmitglieder nicht in die Beratungen eingebunden werden, oder sei es, dass die situative Mehrheit bei der Interessen-

⁶⁷ Für den Integrationskontext *Samuel Scheffler*, *Immigration and the Significance of Culture*, *Philosophy & Public Policy* 35 (2007), 93-125 (112 f.).

⁶⁸ Einen dichten Überblick zu den Reformen seit 1990 gibt *Ferdinand Weber*, *Staatsangehörigkeitsreform als Gesellschaftsreform? Gemeinschaftsbildung als Frage des Rechts und Diskurs der Bürger*, *ZAR* 39 (2019), 401-412 (402).

⁶⁹ *Gerrit Hornung*, *Grundrechtsinnovationen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015; *Andreas von Arnald/Kerstin von der Decken/Mart Susi* (Hrsg.), *The Cambridge Handbook on New Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2020. Eine andere Argumentationsstrategie ist die Hinwendung zum globalen Konstitutionalismus, der diesen Schritt u. a. mit dem Ausschluss von Nicht-Bürgern und Immigranten von demokratischen Entscheidungen begründet, *Erika de Wet*, *The International Constitutional Order*, *ICLQ* 55 (2006), 51-76 (71 ff.).

⁷⁰ Zur Abweichung vom Erfordernis des Europäischen Konsenses in Sachverhalten mit Minderheiten siehe *Dimitrios Kagiros*, *When to Use European Consensus*, in: *Panos Kapotas/Vassilis Tzevelekos* (Hrsg.), *Building Consensus in European Consensus*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, 283-310 (292 ff.).

abwägung nicht umfassend begründet und sich mit allen Aspekten auch der Minderheit auseinandergesetzt hat. Noch tiefgreifender, dafür aus meiner Sicht zugleich wahrscheinlicher, ist eine Kritik, die Gesellschaft werde in ihrer Zusammensetzung durch das Parlament nicht hinreichend abgebildet. Nicht wenige Stimmen in der Gegenwartsdebatte sorgen sich um die vermeintliche Schwäche der repräsentativen Demokratie und suchen jedenfalls teilweise Abhilfe in deskriptiven Repräsentationsmodellen. Deskriptive Repräsentation sieht Parlamente als getreues sozio-ökonomisches, ethnisch-kulturelles Abbild der Gesellschaft.⁷¹ Wer so denkt, der fragt nach einer Bundestagswahl danach, wie hoch in den Fraktionen der jeweilige Anteil von Abgeordneten mit einer Einwanderungsgeschichte ist, obgleich alle mit hoher Beteiligung Gewählten als deutsche Staatsbürger die gleiche Freiheit haben.

Es ist eine Errungenschaft des modernen Verfassungsstaates, dass die gleiche Freiheit der Staatsbürger eine Repräsentation des Volkes allein von diesem Bürgerstatus und der Wahlentscheidung abhängig macht⁷² – dass jeder Abgeordnete Vertreter des ganzen Volkes ist, bedeutet auch, dass eine Frau Männer, eine Muslimin Atheisten und ein Neubürger angestammte Altbürger vertritt. Dieses Prinzip der Gesamtrepräsentation hat auch deutlich mehr Überzeugungskraft als die These, dass Verfassungsgerichte die Rechte des ganzen Volkes besser vertreten als parlamentarische Mehrheiten, die stets nur für Teile des Elektorsats stünden.⁷³ Die Repräsentationsdebatte hat einen Eigenstand und kann hier nur angedeutet werden.⁷⁴ Mir kommt es an dieser Stelle darauf an, dass die weitere Aufladung der parlamentarischen Rechtsetzung mit prozeduralen Elementen im Sinne einer Verschiebung hin zu einer „Kultur der Rechtfertigung“ (culture of justification),⁷⁵

⁷¹ Oliver W. Lembcke, Repräsentation und Demokratie, in: Marvin Neubauer/Max Stange/Charlott Resske/Frederik Doktor (Hrsg.), *Im Namen des Volkes*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 9-54; Jens Kersten, Demokratische Repräsentation und Diversitätsprinzip, in: Jens Kersten/Stephan Rixen/Berthold Vogel (Hrsg.), *Ambivalenzen der Gleichheit*, Bielefeld: transcript Verlag 2021, 199-216.

⁷² Der Ausgleich ist mit anderen Worten „intern“, innerhalb eines formalisierten Status zu leisten, gegen den Menschen sich auch entscheiden können, insofern Ferdinand Weber, in: Kay Hailbronner/Marcel Kau/Thomas Gnatzy/Ferdinand Weber, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 7. Aufl., München: C. H. Beck 2022, Grundlagen B. Rn. 174 ff., insb. Rn. 178.

⁷³ Pierre Rosanvallon, *Demokratische Legitimität*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2010, 11, 17, passim; dazu Dirk Jörke, *Die Größe der Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2019, 156 ff.

⁷⁴ David Budde, *Formen der Repräsentation und ihre Legitimation: Die voraussetzungs-volle Anerkennung von Repräsentanten in der Politik*, Working Paper Nr. 3, Mai 2013, Arbeitsbereich Politische Theorie und Ideengeschichte, Berlin: Freie Universität Berlin 2013, und die Nachweise in Fn. 1.

⁷⁵ Kleinlein (Fn. 43), 459.

die Tendenz fördert, das Mehrheitsprinzip in der repräsentativen Demokratie zu neutralisieren.⁷⁶ Vergleichbar mit dem internationalen Konstitutionalismus, entzieht identitätspolitisches Denken dem politischen Prozess das Substrat und verengt den Möglichkeitsraum. Hinzu kommt, dass eine demokratische Mehrheit zwar das Gleiche will, nicht aber stets aus den gleichen Gründen. Eine Kultur der Rechtfertigung setzt den parlamentarischen Mehrheitsentscheid deshalb indirekt unter Erklärungs- und Kohärenzdruck, der sich nicht komplementär zu den Motiven handlungsfähiger politischer Mehrheiten und deren Eigenrationalität entfaltet. Rationale Rechte vor Gericht stehen dann erratischer Politik im Parlament gegenüber.

Damit wäre nicht allein eine Gesetzgebungsmehrheit betroffen, sondern vielmehr und in erster Linie die Regierungsmehrheit in der parlamentarischen Demokratie. Das weitere Zurückdrängen der Exekutive kann man verfassungspolitisch anstreben. Als Konsequenz muss man aber damit rechnen, dass sich eine neo-tribale Herrschaftsordnung mit der Latenz zur „Tyrannei der Minderheiten“⁷⁷ abzeichnet. Der Menschenrechtsschutz veränderte unter diesen Bedingungen seine Funktion, müsste er zukünftig doch die Partizipationsansprüche der Gruppen moderieren,⁷⁸ das Individuum zur Anerkennung der Richtigkeitsansprüche im segmentierten sozialen Raum veranlassen⁷⁹ und dessen Austritt aus der identitären Gruppe gewährleisten.

V. Transformativer Konstitutionalismus

Mit der zweiten Herausforderung nehme ich den Eingangssatz, dass in der Demokratie Mehrheiten statt Wahrheiten entscheiden, wieder auf. Die Wahr-

⁷⁶ Zum Grundgesetz *Florian Meinel*, Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition, *Der Staat* 60 (2021), 43-98.

⁷⁷ *Hans O. Staub*, Tyrannei der Minderheiten, *Schweizer Monatshefte* 60 (1980), 997-1010; *Torben Lütjen*, Populismus oder die entgleiste Aufklärung, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 7.1.2019, 6.

⁷⁸ Zu den gescheiterten Ordnungsmodellen Bosnien-Herzegowina *Dražen Pebar*, *Peace as War*, Budapest: Central European University Press 2019 und Libanon *Nizar Saghib*, Lebanon's Constitutional Council, in: Anja Schoeller-Schletter (Hrsg.), *Constitutional Review in the Middle East and North Africa*, Baden-Baden: Nomos 2021, 119-135.

⁷⁹ Vgl. exemplarisch *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018); *Peter Becker*, Keine Hochzeitstorte zur Homo-Ehe?, *Verwaltungsrundschau* 2019, 37-47; der Fall hat nun eine europäische Entsprechung in EGMR, *Lee v. UK*, App. No. 18860/19, *Beschl. v. 7.12.2021*, der EGMR erklärte die Beschwerde wegen fehlender Rechtswegerschöpfung für unzulässig, nahm aber auf die Entscheidung des Supreme Court ausdrücklich Bezug, ebenda, Rn. 38, 75.

heit dulde keine Kompromisse, heißt es. Es ist kein Zufall, dass der ikonische Satz der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung sich auf Wahrheit beruft: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.” Wenn nun aber Menschenrechte das moralisch Richtige ausdrücken, muss diese Erkenntnis ausgesprochen und durchgesetzt werden. Eine politische Mehrheit ist gerade nicht das Maß aller Dinge. Sicherlich, wir haben dabei heute im Blick und sprechen aus, dass jener historische, zum Ende des 18. Jahrhunderts formulierte, aber zeitlos gedachte Wahrheitsanspruch die Sklaverei ausklammerte und Frauen teilweise bis in das 20. Jahrhundert hinein das Wahlrecht verweigerte. Es kommt also stets auf den kognitiven Rahmen an, auf den der Wahrheitsanspruch bezogen ist.

Die Menschenrechte können, wenn Sie mit einem effektiven Durchsetzungsmechanismus wie der Verfassungsgerichtsbarkeit verknüpft sind, zu einem Instrument für die strukturelle Veränderung einer Gesellschaft außerhalb politischer Mehrheiten werden. In der Literatur ist dafür aus den Erfahrungen in Lateinamerika und Südafrika heraus der Begriff des transformativen Konstitutionalismus geprägt worden.⁸⁰ Der von seinem Entstehungskontext abstrahierte transformative Konstitutionalismus hat das Ziel, nicht allein durch demokratisches Entscheiden, also durch Politik, sondern gerade auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung einen Strukturwandel in einer Gesellschaft zu bewirken. Die Judikative verpflichtet sich, weniger ausdrücklich, als vielmehr implizit, auf ein progressives Programm, mit dem es die Gesellschaft und ihre politische Organisationsform demokratischer, gleicher, inklusiver und neuerdings diverser machen will. Nicht selten steht dahinter die regulative Idee eines gesellschaftlichen Fortschritts. Der auch aus der europäischen Integration vertraute Transformationsbegriff⁸¹ markiert dabei die Differenz zur unkontrollierten Revolution, ohne den Anspruch auf umstürzende Verhältnisse aufzugeben. Menschenrechte werden in dieser Matrix gerade dann zu einem attraktiven Instrument für die Durchsetzung politischer Standpunkte des Vernünftigen, wenn es Parlamenten zusehends schwerer

⁸⁰ *Karl E. Klare*, Legal Culture and Transformative Constitutionalism, SAJHR 14 (1998), 146-188; *Octavio Luiz Motta Ferraz*, The Right to Health in the Courts of Brazil, Health and Human Rights 11 (2009), 33-45; *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2022, 119 ff., 267 ff.

⁸¹ *Joseph H. H. Weiler*, Transformation of Europe, Yale L.J. 100 (1991), 2403-2483; *Leone Niglia*, The New Transformation of Europe: Arcana Imperii, Am.J. Comp. L. 68 (2020), 151-185; *Kiran Klaus Patel/Hans Christian Röhl*, Transformation durch Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2020; *Stephan Leibfried et al.* (Hrsg.), Transformation of the State, Oxford: Oxford University Press 2015.

fällt, das aus Sicht der kommunikativen Prägeräume Notwendige zu entscheiden.⁸²

Und damit ist auch schon das Grundproblem des transformativen Konstitutionalismus aufgerufen: Woran macht sich die Notwendigkeit von Strukturveränderungen in einer Gesellschaft fest und welche sollen das konkret sein? Und sollen wir die Entscheidung darüber politischen Mehrheiten oder aber Höchstgerichten und den von ihnen angehörten Expertengremien und Interessenvertretern überlassen? Wann sind Parlamente nicht mehr in der Lage, das Notwendige zu entscheiden und wer stellt das fest?

Das Urteil über die praktischen Erfahrungen mit dem Konzept fällt ambivalent aus. Nach anfänglichen Erfolgen hat sich die Lage in Südafrika wieder verschärft und es ist zu neuen Polarisierungen gekommen. In Lateinamerika gibt es Strukturveränderungen in gesellschaftspolitisch hervorgehobenen Bereichen wie Rechte für Homosexuelle, bei Rechten in Bezug auf Schwangerschaftsabbruch, auf Gesundheit und Umweltschutz, deren tatsächlicher Praxisbedeutung nachzugehen wäre. Die Kernstruktur der Gesellschaften im Ganzen ist jedoch stabil geblieben; im Gegenteil, etwa in Bolivien gibt es eine Variante, die aus liberaler Perspektive als freiheitsfeindlich klassifiziert werden muss, weil sie den Sozialstaat gegen den Rechtsstaat ausspielt.⁸³ Es kommt zu einer Lage, die sich – gegenwärtig in Venezuela zu beobachten – als permanente Verfassungsgebung im Sinne einer stetigen Neuverhandlung der Grundlagen politischer Ordnung beschreiben lässt, mit allen negativen Folgen für die Stabilität und die Vorhersehbarkeit politischer Entscheidungen.⁸⁴ Auch Mitteleuropa ist ein Anwendungsfall für den transformativen Konstitutionalismus, der für die Europäische Union (EU) von besonderer Bedeutung ist. Der Umbau der vormals sozialistischen Gesellschaften in politische Gemeinwesen, die die europäischen Werte von Freiheit, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Gleichheit und Menschenrechten verwirklichen, ist im Ergebnis uneindeu-

⁸² Angelika Nußberger, *Die Menschenrechte*, München: C. H. Beck 2021, 75: „Mit diesem Ansatz [rechtliche Normierungen als ‚living instrument‘, ‚das es dem gesellschaftlichen Wandel entsprechend zu interpretieren gilt‘, 74] werden die Gerichte, die die in Verfassungen und völkerrechtlichen Verträgen enthaltenen Menschenrechtskataloge auslegen, zum Motor gesellschaftlicher Transformation. [...] Nicht selten wurde der Politik dabei das Heft aus der Hand genommen.“

⁸³ Karl-Heinz Ladeur, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 377 ff.

⁸⁴ Vgl. Eduardo Pastrana Buelvas/Andrés Mauricio Valdivieso, *Colombia and Its Multilateralism Contradictions*, in: Winfried Weck (Hrsg.), *Multilateralism, Latin American Perspectives*, Bonn: Konrad Adenauer Foundation, 2020, 67-83 (77 f.); Kelly Gerard/David Mickler, *Remaking the Regional: Legitimacy and Political Participation in Regional Integration*, *J. Common Mkt. Stud.* 59 (2021), 404-416.

tig ausgefallen.⁸⁵ Die Rechtswissenschaft diagnostiziert systemische Defizite und rechtfertigt damit zugleich die Notwendigkeit des transformativen Konstitutionalismus.⁸⁶ Könnte die prekäre Lage in Polen und besonders in Ungarn auch als das Ergebnis der politischen Gegenreaktion auf eine zu starke, von den nationalen Judikativen getragene Transformation interpretiert werden? Wir müssen jedoch gar nicht in andere Staaten und Gesellschaften blicken, um die Reibungsenergie wahrzunehmen, die das Konzept entfaltet. Der über Menschen- und Grundrechte forcierte Klimaschutz hat ebenfalls das Potenzial, die Gesellschaft zu spalten, weil die Kosten für dieses Großvorhaben sich nur mühsam in Einklang mit dem klimapolitisch für notwendig Erkannten bringen lassen.⁸⁷

Das Selbstverständnis des transformativen Konstitutionalismus birgt aus meiner Sicht das nicht unerhebliche Risiko, sowohl den praktischen Menschenrechtsschutz als auch die liberale Demokratie zu beschädigen. Ein solches Risiko besteht jedenfalls in den Politikbereichen, in denen ein Möglichkeitsraum eröffnet ist. Wird dieser Möglichkeitsraum seitens der Judikative verengt, indem eine bestimmte Option mit menschenrechtlicher Begründung als richtig identifiziert und damit verbindlich gesetzt wird, droht die Wahrheitsfrage – mit ihren unversöhnlichen Gegensätzen – in die liberale Demokratie zurückzukehren. Und mit der Wahrheitsfrage kehren illiberale Strategien des konfessionellen Staates in säkularer Form, aber mit nicht weniger freiheitsgefährdender Kraft zurück: Orthodoxie, Proselythenmacherei, Ausweisung von Häretikern, Bücherverbote, Glaubensbekenntnisse und Blasphemie.⁸⁸

⁸⁵ *Hans-Jürgen Hellwig*, The Authority of EU Law: What Does It Require and Why Is It Fading?, in: Wolfgang Heusel/Jean-Philippe Rageade (Hrsg.), *The Authority of EU Law*, München: C. H. Beck 2019, 149-162 (152); *Giandomenico Majone*, The Deeper Euro-Crisis or: The Collapse of the EU Political Culture of Total Optimism, *EUI Working Paper Law* 2015/10, 7: “It is therefore rather surprising that the intrinsic limits of collective action have been generally ignored by political scientists, legal scholars and even by economists writing about the EU.”

⁸⁶ *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, Das systemische Defizit. *ZaöRV* 74 (2014), 283-328 (293 ff.); *von Bogdandy* (Fn. 80), 275 ff.

⁸⁷ BVerfG, *Beschl. des Ersten Senats v. 24.3.2021*, 1 BvR 2656/18; zum Kontext gehört auch Protest gegen die Kostensteigerung für CO₂-Emissionen, etwa *Steffen Vogel*, Der Aufstand der Gelbwesten: Eine rechte Revolte?, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 64 (2019), Heft 4, 85-92; *Nils Goldschmidt/Stephan Wolf*, Klimaschutz auf Kosten der Armen?, *ORDO* 2019, 125-165.

⁸⁸ *Echoes of the Confessional State*, *The Economist* v. 4.9.2021, 16; zu Menschenrechten als Religion *Ino Augsberg*, *Theorie der Grund- und Menschenrechte*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, § 3, 63 ff.; zum Konnex von Menschenwürde und Zivilreligion vgl. *Martin Nettesheim*, „Leben in Würde“: Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht hinter den Grundrechten, *JZ* 74 (2019), 1-11 (10); siehe auch die Nachweise bei *Dreier* (Fn. 14), 115 zur Parallele ökologischer Protestgruppen mit den Trägern konfessioneller Auseinandersetzungen; den Bezug zum Populismus stellt her *Lütjen* (Fn. 77).

Dagegen lässt sich einwenden, dass die Wahrheitsfrage aus der liberalen Demokratie nie verabschiedet worden ist. Wahrheit ist ein konstitutiver Teil der Demokratie, die, wie ich eingangs selbst erläutert habe, einen inneren Konsens benötigt. Wir sprechen von der Wertegemeinschaft, national wie europäisch, verweisen in der Bundesrepublik auf den Gedanken der objektiven Werteordnung und die Menschenwürde⁸⁹ und in der Europäischen Union auf Artikel 2 des EU-Vertrages.⁹⁰ Doch gerade der Wertekatalog der Europäischen Union verdeutlicht, wie schwierig ein solcher Konsens über Demokratie, Freiheit und Gleichheit in die Praxis zu übersetzen ist. Die Europäische Kommission hat nicht ohne Not den Wert der Rechtsstaatlichkeit herausgegriffen und mit erheblichem Aufwand anwendungsfähig konkretisiert, so dass der unionale Kanon als Maßstab für die strukturellen Beschädigungen des Rechtsstaats vor allem in Polen und Ungarn dienen kann.⁹¹ Für die anderen, nicht weniger wichtigen Werte gibt es diese sekundären Konkretisierungen nicht, weil die Union entweder diese selbst nicht erfüllt (Demokratie) oder aber keine qualifizierte Mehrheit unter den Mitgliedstaaten dafür mobilisiert werden könnte.⁹²

Der EGMR weist auf diesen fehlenden europäischen Konsens in gesellschaftspolitischen Fragen zuweilen ausdrücklich hin, der selbst dort nicht immer belastbar ist, wo der Gerichtshof auf eine qualitative Mehrheit verweisen kann. Der *Görgülü*-Komplex, die bekannte Auseinandersetzung zwischen dem EGMR und dem Bundesverfassungsgericht⁹³ und die Entscheidung *Hirst* zum Wahlrecht von Strafgefangenen im Vereinigten Königreich belegen, dass die judikative Durchsetzung des für richtig Erkannten zuweilen auf harten Widerspruch stößt und Konflikte auch in prinzipiell konventionstreuen liberalen Demokratien auslösen kann.

⁸⁹ Uwe Volkmann, Die Dogmatisierung des Verfassungsrechts, JZ 75 (2020), 965-975 (966).

⁹⁰ Joseph H. H. Weiler, The Authority of European Law: Do We Still Believe In It?, in: Heusel/Rageade (Fn. 85), 3-20 (8 f.); Egils Levits, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, in: Thomas Jaeger (Hrsg.), Europa 4.0?, Wien: Jan Sramek Verlag 2018, 239-270; Christof Mandry, Europa als Wertegemeinschaft, Baden-Baden: Nomos 2009; Christian Calliess, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 59 (2004), 1033-1045.

⁹¹ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat – Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips v. 11.3.2014, KOM (2014) 158 endg.; Frank Schorkopf, Wertekonstitutionalismus in der EU, JZ 75 (2020), 477-485.

⁹² Meinhard Hilf/Frank Schorkopf, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Art. 2 EUV, Rn. 19 ff. (Mai 2020); siehe jetzt aber EuGH (Plenum), Ungarn v. Europäisches Parlament und Rat, Urteil v. 16.2.2022, Rs C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rn. 127, 232, wonach die Werte in Prinzipien konkretisiert werden.

⁹³ BVerfGE 111, 103 ff.; EGMR, *Görgülü v. Germany*, App. No. 74969/01, Urteil v. 26.2.2004.

Mit Ausnahme von Evidenzen des objektiv Wahren und testierten praxis-tauglichen Konsensen sind die menschenrechtlich codierten Wahrheitsansprüche der weiße Elefant im Raum.

VI. Schlussfolgerung

Mit den voranstehenden Überlegungen habe ich argumentiert, dass zwischen Menschenrechten und Mehrheiten eine komplexere Wechselbeziehung besteht als die gemeinhin angenommene, klassische Einhegung einer Mehrheit durch subjektive Rechte von Minderheitsvertretern. Weder politische Gemeinschaften oder der Staat noch eine Mehrheit sind abstrakte Größen, die Individualrechten *per se* gefährlich werden. Dass es historische und aktuelle Empirie nicht nur von Gefährdungen, sondern Verletzungen bis hin zur Negation von Rechten gibt, ist keine Rechtfertigung für ein pessimistisches Leitbild der liberalen Demokratie.

Denn bis in die Gegenwart gilt bei globaler Betrachtung, dass die im Staat organisierte liberale Demokratie die momentan einzige Organisationsform politischer Herrschaft ist, die Menschenrechte schützt und diese gegenüber machtvollen Interessen auch durchsetzen kann. Die parlamentarische Mehrheit ist das Formprinzip dieser liberalen Demokratie und sollte deshalb im Ausgangspunkt nicht als „Avatar des Staates“ behandelt werden.⁹⁴ Und schon gar nicht ist sie der demokratischen Legitimität von Höchstgerichten und neuerdings Zentralbanken nachgeordnet, wie zeitgenössische Stimmen der Herrschaftstheorie argumentieren.⁹⁵ Vielmehr ist sie situativer Ausdruck des demokratischen Handlungswillens in Selbstbestimmung einer sich darin erkennenden politischen Gemeinschaft gleicher Individuen.

Fraglos beanspruchen Mehrheitsentscheidungen in der repräsentativen Demokratie zuweilen Zeit. Sind sie aber getroffen, sind sie in Gesetzesform nicht weniger transformativ als höchstrichterliche Urteile. Wir sollten darauf vertrauen, und sind als Bürger selbst dafür verantwortlich, dass die Politik in parlamentarischen Verfahren die „richtigen Entscheidungen“ trifft. Ein Strukturwandel der Gesellschaft über einen transformativen Konstitutionalismus strapaziert die Legitimität von Höchstgerichten, die wir als „Alarmglocke“ und für die Gewährleistung von Kernrechten dringend brauchen. In

⁹⁴ *Karl-Heinz Ladeur*, Bitte weniger Rechte, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 7.12.2016 (online).

⁹⁵ Etwa *Jörke* (Fn. 73), 156 ff.; *von Bogdandy* (Fn. 80), 387 ff.: Demokratische Gerichte. § 62 Das Mandat zum Strukturwandel; die Argumentation ist besonders auf die europäische Rechtsetzung bezogen, in der ein kompakter Mehrheitswille einer pluralen, ausdifferenzierten, vielfältigen Gesellschaft zumeist eine Fiktion sei, die die Allgemeinheit des Mehrheitswillens überlappende Besonderheiten aggregiere, ebenda, 260.

der Europäischen Union trifft der transformative Ansatz auch auf das von den Mitgliedstaaten fortwährend gestärkte Konzept „nationaler Identität“.⁹⁶

Der Hinweis auf die Eigenschaft von Höchstgerichten als *least dangerous branch*⁹⁷ und ihre Bedingtheit gegenüber personellen Umbesetzungen, Rechtsänderungen, Umsetzungsverzögerung oder sogar Urteilsignorierung sind keine Gegenargumente. In der liberalen Demokratie ist das Abstreifen der Rechtsbindung durch die Politik prinzipiell ein unzulässiges Argument und Neubesetzungsoptionen sind eine mögliche, gleichwohl reaktive Antwort auf transformative Entscheidungen. Die Höchstgerichtsbarkeit lässt sich stets als *least dangerous branch* einordnen, weil die Judikative einer Rechtsänderung durch eine parlamentarisch getragene Regierungsmehrheit nie entzogen ist. Dieser Zusammenhang hilft jedoch für eine dogmatische und methodische Diskussion über Rechtsprechungslinien nicht weiter. Er deutet vielmehr auf eine radikale – und relativ selten genutzte – Möglichkeit, auf tatsächliche und postulierte Entwicklungen zu reagieren.

Wir haben bislang keine Gewissheit, ob menschenrechtlich induzierter, von Gerichten und anderen gegen-majoritären Einrichtungen verfügbarer Fortschritt im Sinne eines „gesellschaftlichen Konsens[es]“,⁹⁸ über die Zeit akzeptiert werden wird. Höchstgerichte müssen die Bürger davon überzeugen, dass sie keinen Einschreibungs-, sondern einen Leseakt vornehmen.⁹⁹ In den Vereinigten Staaten hat die gegenwärtige Neubewertung der Rolle des United States Supreme Courts die These hervorgebracht, die amerikanische Geschichte zeige, dass die Politik der Rechte die Demokratie mehr brauche als den multipolaren Grundrechtsausgleich durch Abwägung der Gerichte.¹⁰⁰

Das von der Mehrheit beschlossene allgemeine Gesetz hat den Vorteil, dass es eine zwischen kollidierenden Rechten vermittelnde Institution ist. Damit

⁹⁶ Armin von Bogdandy, Der europäische Rechtsraum, AöR 144 (2019), 321-357 (336): „Ein Begriff des Europarechts, der die Integrationsförderung privilegiert erscheint überholt.“; Rolf Grawert, Europa: in varietate concordia. Zur Union von Integration, Identität und Kohärenz, in: Andrzej Dziadzio Grodziski et al. (Hrsg.), *Regnare, Gubernare, Administrare*, Krakau: Oficyna Wydawnicza AFM 2012, 397-419 (401): „Die nationale Identität der Mitgliedstaaten hat den Wandel von Maastricht über den Verfassungsentwurf bis zum Vertrag von Lissabon nicht nur unbeschadet, sondern verbal gestärkt überstanden.“ Armin von Bogdandy, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union, in: Peter M. Huber/Michael Brenner/Markus Möstl (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Festschrift für Peter Badura zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 1033-1052 (1035).

⁹⁷ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New York: The Bobbs-Merrill Co. Inc. 1962.

⁹⁸ Nußberger (Fn. 28), 425.

⁹⁹ In Anlehnung an eine Formulierung von Ulrich Haltern, *Europarecht*, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Rn. 1972.

¹⁰⁰ Sam Moyn, *Why Do Americans Have So Few Rights?*, v. 9.3.2021, <<https://bit.ly/3otzORl>>.

parlamentarische Demokratie gelingen kann, ist es Aufgabe, den demokratischen Prozess offen zu halten, die Bildung von Mehrheiten zu ermöglichen und gegen Beschädigungsversuche zu verteidigen. Dass der Schutz gegenwärtig bedrohter und künftiger Mehrheiten auch europäisch zu einem – zuweilen nicht so wahrgenommenen – Forschungsfeld geworden ist, sollte uns zum weiteren Nachdenken über das Mehrheitsprinzip anregen. In der EU-Rechtstaatsdebatte wird der Schutz künftiger Mehrheiten zum Maßstab für die Prüfung unionaler Reaktionsmöglichkeiten auf Rechtsstaatlichkeitskrisen gemacht.¹⁰¹ Und der EuGH schützt bereits seit Jahrzehnten die einen sekundären Unionsrechtsakt zustande bringenden Mehrheiten gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO-Recht), würde doch eine fehlende Gegenseitigkeit im Welthandel die in der Union errungenen Gesetzeskonsense aushebeln.¹⁰²

So sind identitäre Minderheiten mit nationalen Minderheiten nicht gleichzusetzen, auch wenn letztere – allerdings tendenziell aus völkerrechtlich gutem Grund – das Tor zur machtvollen Vertretung kollektiver Minderheiteninteressen bereits öffnen.¹⁰³ Wie ein positives Modell subjektiver Rechte in der Demokratie aussehen könnte, bedarf weiteren Nachdenkens. Historisch betrachtet haben Grund- und Menschenrechte entscheidend dazu beigetragen, Wahrheitsansprüche zurückzudrängen; in der Gegenwart werden sie zu einem Instrument neuer Wahrheitsansprüche eines rationalistischen Monismus. Vielleicht sollten wir bei der Suche nach einem solchen Modell zunächst mehr aufhorchen, wenn es einer Gesellschaft in großem Umfang gestattet ist, einen Korpus an Recht zu schaffen, der dem demokratischen Verfahren entzogen ist und allein durch Gerichte geändert werden kann.¹⁰⁴ Denn eine Bürgergesellschaft organisiert sich zunächst einmal selbst. Diesen Prozess in gleicher Freiheit zu ermöglichen und offen zu halten, ist die primäre Funktion von Grund- und Menschenrechten.

¹⁰¹ *Christoph Möllers/Linda Schneider*, Demokratiesicherung in der EU, Tübingen: Mohr Siebeck 2018.

¹⁰² *Haltern* (Fn. 99), Rn. 553 ff.; *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, WTO und EG: Rechtskonflikte vor den EuGH? Besprechung des EuGH-Urteils vom 23.11.1999, Rs. C-149/96, Portugal ./ Rat, *Europarecht* 35 (2000), 74-91.

¹⁰³ *Will Kymlika*, Multikulturalismus und Demokratie, Hamburg: Rotbuch Verlag 1999; zu den kulturellen Bezügen des Minderheitenschutzes *Rainer Hofmann*, Menschenrechte und der Schutz nationaler Minderheiten, *ZaöRV* 65 (2005), 587-613 (598 ff.), speziell zu Gruppenrechten *Dieter Kugelmann*, Minderheitenschutz als Menschenrechtsschutz AVR 39 (2001), 233-267 (263 ff.); *Sujit Choudhry*, Group Rights in Comparative Constitutional Law: Culture, Economics, or Political Power, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, 1100-1123.

¹⁰⁴ *Jonathan Sumption*, *Trials of the State*, London: Profile Books 2020, 47.

Summary: Human Rights and Majorities

The paper is the written version of the 2nd Doehring Lecture given at the Max Planck Institute in October 2021. The author argues that claims of secular truth return to liberal democracy via a judicially supported expansion of human rights. Those truth claims had been effectively excluded or neutralised in the past. These days identity politics and transformative constitutionalism challenge the abstinence. The two challenges are being discussed in relation to the European Convention of Human Rights and its enforcement mechanism. They are confronted with the argument, that human rights and political majorities are not necessarily as a zero-sum game. They have a more complex interrelationship than the commonly assumed, classical containment of a majority by individual rights of minority representatives. Neither political communities nor the state nor a majority are *per se* abstract entities posing a threat to individual rights. The fact that there is historical and current empirical evidence not only of threats, but also of violations and even annihilation of rights, is no justification for a pessimistic model of liberal democracy. The author is concerned with the continued shift of parliamentary legislation towards a “culture of justification” thereby promoting the tendency to neutralise the majority principle in representative democracy. A further invigorated culture of justification indirectly puts the parliamentary majority decision under pressure to explain and cohere, which is not complementary to the motives and rationality of political majorities. Because members of democratic majority may pursue the same objective, but not always for the same reasons. Rational rights in court are then confronted with erratic politics in parliament. The paper is therefore a vigorous defence of representative democracy against its modern intellectual threats.