

Stellschrauben des demokratischen Rechtsstaates

Magdalena Pöschl

1. Zwei prestigeträchtige und verwirrende Konzepte¹

Demokratie und Rechtsstaat sind prestigeträchtige Konzepte – fast jeder Staat nimmt für sich in Anspruch, beides zu sein. Demokratie und Rechtsstaat machen es Regierungen auch leicht, sie zu vereinnahmen, denn was das ist – eine Demokratie, ein Rechtsstaat – ist alles andere als klar. Jedes der beiden Konzepte ist schon für sich hochkomplex, weil es aus mehreren Komponenten besteht; welche das sind, wie sie im Detail beschaffen sein müssen und wie sie zueinander stehen, daran scheiden sich die Geister. Demokratie und Rechtsstaat sind aber nicht nur je für sich „wesensmäßig umstrittene Begriffe“.² Sie treten in freier Wildbahn auch in scheinbar unendlich vielen Spielarten auf. Abhängig von theoretischer Konzeption und praktischer Ausgestaltung, laufen Demokratie und Rechtsstaat zum Teil auf dasselbe hinaus; das ist nicht ungefährlich, denn es lädt dazu ein, das eine Konzept aufzugeben, weil es ja noch das andere gibt.³ Zum Teil scheinen zwischen Demokratie und Rechtsstaat aber ebenso Spannungen zu bestehen; auch das ist gefährlich, denn es ermöglicht es, beide Konzepte gegeneinander auszuspielen. Teils stützen sich Demokratie und Rechtsstaat schließlich wechselseitig, das bedeutet umgekehrt: Defizite im einen Bereich schwächen auch den anderen.

Um diese Konzepte greifbarer zu machen, wird im Folgenden kurz skizziert, was Demokratie und Rechtsstaat verbindet (2), wo sie sich unterscheiden und sogar in Spannung geraten (3) und inwieweit sie sich wechselseitig stärken bzw miteinander untergehen (4), kurz gesagt: an welchen Stellschrauben man drehen kann, um einen demokratischen Rechtsstaat zu stabilisieren oder zu sabotieren. Dabei wird ein Verständnis von Demokratie und Rechtsstaat zugrunde gelegt, das in diesem Kreis wohl konsensfähig ist, das man aber gewiss auch anders fassen kann.

1 Der vorliegende Text beruht auf einem Kurzvortrag, den die Autorin am 25.3.2022 auf der Tagung „Rechtsstaat und Demokratie unter Druck“ am Wiener Juridicum gehalten hat; er ist mit den wichtigsten Nachweisen versehen, die Vortragsform wurde beibehalten. Für wertvolle Hilfe bei den Recherchen danke ich Magdalena Csármán, die den Text auch kritisch gelesen hat, sowie Lukas Tschernjak und Stephanie Klammer.

2 Reich, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in *Diggelmann/Randall/Schindler* (Hrsg), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1 (2020) Rz 1.

3 Ein anschauliches Beispiel ist der Ständestaat in Österreich: Er beendete die Demokratie, betonte aber im Gegenzug die Rechtsstaatlichkeit, näher *Wiederin*, Die Rechtsstaatskonzeption der Verfassung 1934, in *Parlamentsdirektion* (Hrsg), Staats- und Verfassungskrise 1933 (2014) 75.

2. Gemeinsamkeiten

Auf den kleinsten gemeinsamen Nenner gebracht, verbindet Demokratie und Rechtsstaat erstens das Ziel, staatliche Macht zur Verantwortung zu ziehen, wenn auch mit unterschiedlichen Instrumenten:⁴ Die Demokratie setzt auf periodische Wahlen, in denen das Volk die Regierungsarbeit politisch bewertet; der Rechtsstaat arbeitet mit anlassbezogenen Verfahren, in denen Gerichte staatliches Handeln rechtlich beurteilen.

Sowohl das Volk als auch die Gerichte halten, wie es sich für gute Kontrolleur*innen gehört, zum kontrollierten Staat zweitens gemessene Distanz, wenn auch aus unterschiedlichen Positionen. Das Volk steht – abgesehen von dem Moment, in dem es das Parlament kreiert⁵ – ohnedies gänzlich außerhalb des Staates, ist mit ihm aber zugleich eng verbunden, weil es sich jederzeit über den Staat informieren kann: Nur unter dieser Bedingung wird demokratische Kontrolle funktionieren. Anders die Gerichtsbarkeit – sie ist stets ein Teil des Staates, wird von ihm aber dauerhaft abgespaltet und „von allen außerrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen“ befreit,⁶ denn nur so ist die rechtsstaatliche Kontrolle gewährleistet.

Demokratie und Rechtsstaat brauchen drittens eine Verfassung – die Demokratie, weil jede kollektive Willensbildung einen rechtlichen Rahmen benötigt, der regelt, wer das Volk ist, wie es seinen Willen äußert und wie diese Willensäußerungen in eine demokratische Mehrheit umgerechnet werden.⁷ Der Rechtsstaat setzt eine Verfassung voraus, weil er alle Staatsfunktionen dem Recht unterwirft, dh auch die Gesetzgebung, und diese eben der Verfassung.

Viertens ist ein demokratischer Rechtsstaat nicht ohne Grundrechte zu haben. Sie sind das Ziel der demokratischen und rechtsstaatlichen Kontrollen, aber auch deren Voraussetzung: Die Demokratie kommt durch politische Grundrechte erst in Gang und ermöglicht den Menschen dann ihrerseits ein Leben in Freiheit und Gleichheit, freilich nicht lückenlos. Wegen des Mehrheitsprinzips sind zunächst Minderheiten in der Demokratie gefährdet, unter die Räder zu kommen. Bisweilen ist aber selbst die Mehrheit schutzlos Privaten ausgeliefert, auf die der Staat angewiesen ist – das galt historisch für Intermediäre wie Adel und Kirche, die der Staat brauchte, um sein Territorium zu erschließen, und es gilt heute für Internet-Giganten, ohne die der Staat den digitalen Raum nicht kontrollieren kann.⁸ Schließlich sind in einer Demokratie künftige Generationen gefährdet, nicht nur, weil sie ihre Interessen im demokratischen Prozess noch nicht geltend machen

4 *Merli*, Der Rechtsstaat, in *Hofmann/Marko/Merli/Wiederin* (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996) 31 (32); *Merli*, Demokratie in Gefahr? in *Karl-Franzens-Universität Graz* (Hrsg), Wie werden wir morgen leben – wie wollen wir morgen leben? (2007) 191.

5 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 160, betrachtet Wähler*innen folgerichtig als Staatsorgane.

6 *Merli* in *Hofmann/Marko/Merli/Wiederin* 32.

7 *Wiederin*, Welchen Rechtsrahmen braucht die Demokratie? in *ÖJK* (Hrsg), Krise der liberalen Demokratie? (2019) 61 (63).

8 *Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, *VVDStRL* 74 (2015) 405 (414 ff, 419 ff, 424 ff).

können, sondern auch, weil dieser Prozess über Wahlperioden kurzfristig organisiert ist und daher langfristige Planungen nicht ausreichend honoriert.⁹ Diese offenen Flanken der Demokratie schließen abermals die Grundrechte, die vor unabhängigen Gerichten einklagbar sind, also vor Einrichtungen, die gerade von jenen Zweckmäßigkeitserwägungen befreit sind, die das Parlament beim Schutz der gefährdeten Gruppen lähmen. Ob man die Grundrechte nun eher der Demokratie oder dem Rechtsstaat zuordnet, ist eine Definitionsfrage; klar ist aber, dass ein demokratischer Rechtsstaat ohne Grundrechte seine Basis und seinen Sinn verliert.

Ab nun trennen sich die Wege der beiden Konzepte, denn im Detail ist die Grundausstattung von Demokratie und Rechtsstaat durchaus verschieden, weil die Demokratie staatliche Herrschaft legitimiert, während der Rechtsstaat sie mäßigt: Das erfordert ganz unterschiedliche Instrumente.

3. Unterschiede und Spannungen

3.1. Grundausstattung der Demokratie

Zur Basisausstattung der Demokratie gehört neben periodischen Wahlen und einem informierten Volk ein Wahlrecht, das allgemein, gleich und frei ist und eine realistische Chance bietet, die Regierung abzuwählen. Jedes dieser Elemente ist gestaltbar und weniger trivial, als man zunächst denkt: Das Wahlrecht ist allgemein, aber in fast allen Demokratien sind Migrant*innen von Wahlen ausgeschlossen; umso wichtiger ist, unter welchen Voraussetzungen die Staatsbürgerschaft verliehen wird – je nachdem ist das Wahlvolk mehr oder weniger homogen.¹⁰ Das Wahlrecht ist gleich, doch faktisch wird es von Armen seltener in Anspruch genommen,¹¹ zugleich beeinflusst das vermögendste Prozent der Bevölkerung das politische Geschehen signifikant stärker als der Rest.¹² Das Wahlrecht ist frei und muss deshalb auch geheim sein, doch die Abgeschiedenheit in der Wahlzelle¹³ erodiert durch die Briefwahl, durch das Handy, mit dem der Wahlvorgang dokumentiert werden kann, und

9 Vgl dazu zB den Klimabeschluss des BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 ua, Rz 206.

10 In Österreich ist das Staatsbürgerschaftsrecht bekanntlich sehr restriktiv, mit der Folge, dass derzeit 15 % der volljährigen Wohnbevölkerung nicht wahlberechtigt sind, in Wien sind es sogar fast 30 %, näher *Valchars/Bauböck*, Migration & Staatsbürgerschaft (2021) 163, siehe die Rezension in diesem Heft auf S 286; *Stadt Wien*, Integrationsmonitor 2020, 2.6. Fehlendes Wahlrecht führt zu steigendem Demokratiedefizit, www.wien.gv.at/spezial/integrationsmonitor2020/gleichstellung-und-partizipation/fehlendes-wahlrecht-fuehrt-zu-steigendem-demokratiedefizit/ (12.5.2022).

11 Zu diesem allgemeinen Phänomen von Demokratien *Merli*, Armut und Demokratie, JRP 2016, 107; speziell zu Österreich *Zandonella*, Ökonomische Ungleichheit zerstört die Demokratie, in *Die Armutskonferenz ua* (Hrsg), Stimmen gegen Armut (2020) 83 (85 ff); für Wien *Ehs/Zandonella*, Demokratie der Reichen? Wirtschaft und Gesellschaft 2021/1, 63.

12 Ein krasses Beispiel ist der Unternehmer *Siegfried Wolf*, dem mehrere Millionen Steuerschulden erlassen worden sein sollen (zB *Graber/Schmid*, „Das ist irre“, *Der Standard* 27.12.2021), und zwar auf Betreiben des damaligen Generalsekretärs im Finanzministerium, *Thomas Schmid*, der einen Mitarbeiter aufklärte: „Vergiss nicht – du hackelst im ÖVP Kabinett!! Du bist die Hure für dich reichen (sic)!“, *Konzett/Klenk*, „Huren für die Reichen“, *Der Falter* 22.12.2021.

13 Zu ihrer Bedeutung und Gefährdung: *Ch. Schönberger*, Vom Verschwinden der Anwesenheit in der Demokratie, JZ 2016, 486 ff.

das immer wieder propagierte E-Voting. Wahlen sollen eine faire Chance auf einen Machtwechsel bieten; das führt zur – vielfältig gestaltbaren – Frage, wie leicht oder schwer man eine Partei gründen kann und wie viel Zustimmung sie braucht, um ins Parlament einzuziehen. Variierbar ist schließlich, wie die abgegebenen Stimmen in Mehrheiten umgerechnet werden, wie pluralistisch oder homogen also letztlich – neben dem Volk – das Parlament ist und in welchen Abständen es neu gewählt wird. Hier gibt es viele Schrauben zu drehen, um die Demokratie zu stärken oder zu schwächen.

Ihr zentraler Angriffspunkt ist in der Praxis die Information des Wahlvolks. Sie kann erstaunlicherweise in vielen Demokratien problemlos im Rahmen des Rechts beschädigt werden. Dafür muss man gar nicht wie in Ungarn private Medienunternehmen durch Strohfrauen oder regierungsfreundliche Oligarchen aufkaufen lassen.¹⁴ Es genügt schon, die Medien wie in Österreich durch die Vergabe von Inseraten gewogen zu machen.¹⁵ In eine ähnliche Kerbe schlägt die Politik, wenn sie die öffentliche Diskussion von Gesetzesvorschlägen erschwert, entweder indem sie die vorparlamentarische Begutachtung von Ministerialentwürfen auf wenige Tage verkürzt¹⁶ oder indem sie Gesetzesvorschläge routinemäßig mit Initiativanträgen ins Parlament einbringen lässt, sodass die vorparlamentarische Begutachtung ganz entfällt.¹⁷ Die parlamentarische Diskussion wiederum wird am effektivsten durch tötende Geschwindigkeit beschränkt – das Motto der Regierung Schüssel I.¹⁸ Am Ende wird der verfassungsrechtliche Boden überhaupt verlassen, wenn Politiker*innen auf demokratische Verfahren ganz verzichten, weil sie auch so wissen, wer das Volk ist und was es will.¹⁹

Zu dieser gestaltbaren und angreifbaren Grundausrüstung der Demokratie kommt als mögliches Zusatzequipment die direkte Demokratie, die, klug ausgestaltet, viele Vortei-

14 Vgl. *Jakab*, Das ungarische Konzept der Umgestaltung der Verfassungsordnung, in *ÖJK* (Hrsg), Krise der liberalen Demokratie? (2019) 99 (108), sowie allgemein *Jakab*, Was kann Verfassungsrecht gegen die Erosion von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit tun? Zur Verbundenheit des Schutzes von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, *ZÖR* 2019 369 (380).

15 ZB *Melichar/Nikbaksh*, ÖVP-Inseratenaffäre: Die Beinschab-Protokolle, Profil 25.2.2022; *Mittelstaedt/Schmid*, Eine Umfrage von Aufstieg und Fall, *Der Standard* 7.5.2022.

16 Das Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst empfiehlt seit 1971 eine sechswöchige Begutachtungsfrist, zuletzt am 2.6.2008, BKA-600.614/0002-V/2/2008, mit mäßigem Erfolg: In der 24. GP wurde eine sechswöchige Frist nur für 14 %, in der 25. GP nur für 9 % der Entwürfe festgesetzt, <https://fachinfos.parlament.gv.at/politikfelder/parlament-und-demokratie/wie-funktionieren-begutachtungsverfahren-zu-gesetzesentwuerven/> (5.7.2022). Kritisch zu diesen kurzen Fristen zB die GRECO, Vierte Evaluierungsrunde. Korruptionsprävention bei Abgeordneten, Richtern und Staatsanwälten. Evaluierungsbericht Österreich, 21.10.2016, *GrecoEval4Rep*(2016)1, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806f2b24> (5.7.2022).

17 Veranlasst durch die Kritik der GRECO, Evaluierungsrunde, lässt § 23b Geschäftsordnungsg 1975 idF BGBl I 2021/63 zwar neuerdings Stellungnahmen zu allen Gesetzesinitiativen zu, also nicht nur zu Ministerialentwürfen, allerdings erst im Zuge des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens. In diesem Stadium sind substantielle Änderungen freilich schwer erreichbar, weil die maßgebenden Weichen idR gestellt werden, bevor eine Gesetzesinitiative in das Parlament eingebracht wird.

18 ZB *Fritzl*, 100 Tage Regierung: Schüssel und das Motto „Speed kills“, *Die Presse* 22.3.2014.

19 Diese freihändige Einsicht in den Volkswillen kennzeichnet populistische Politiker, *Müller*, Was ist Populismus?⁴ (2016) 45 ff; im Extremfall wollen sie demokratische Vorgänge nicht mehr akzeptieren, was die Demokratie an den Rand des Abgrunds treiben kann. Paradigmatisch ist *Donald Trump* und der Sturm seiner Anhänger*innen auf das Kapitol am 6.1.2021.

le bringen kann. Sie wird in Österreich immer dann diskutiert, wenn die Unzufriedenheit mit der repräsentativen Demokratie besonders groß ist.²⁰ Zuletzt schlug etwa die türkisblaue Regierung vor, eine Volksinitiative einzuführen, mit der ein Gesetz ohne, ja sogar gegen den Willen des Nationalrates erzeugt werden kann.²¹ Nun unterscheiden sich Volksinitiativen von parlamentarisch erzeugten Gesetzen in vielen Punkten:²² Zunächst werden sie meist von juristischen Laien verfasst und – anders als Regierungsvorlagen und Initiativanträge – nicht mehrfach rechtlich und politisch geprüft. Anders als im Parlament ist in direktdemokratischen Verfahren auch kein Raum für eine kompromissfördernde Kooperation, bei der die eine Gruppe punktuell nachgibt, um anderswo ein Entgegenkommen anderer Gruppen zu erreichen. Diese Kompromisslosigkeit setzt sich an der Urne fort, weil das Volk nur mit Ja oder Nein abstimmen kann. All das macht Plebiszite anfällig für Zuspitzungen, politische Kampagnen und Fehler. Nicht selten richten sie sich zudem (oder gerade deshalb) gegen Minderheiten oder begehren Dinge, die rechtlich gar nicht umsetzbar sind; zugleich können Volksentscheide aber eine solche Wucht entfalten, dass Gegenkräfte kaum zu mobilisieren sind²³ – spätestens dann bringt die direkte Demokratie den Rechtsstaat erheblich unter Druck. Diese Spannung lässt sich nicht völlig beseitigen, aber doch deutlich mildern, indem man funktionelle Äquivalente des Parlamentarismus in das plebiszitäre Verfahren einbaut, es also entschleunigt, mit Information begleitet, dialogische Elemente integriert und den Prozess gegebenenfalls durch Themenverbote entschärft.²⁴ Kaum etwas davon fand sich im erwähnten Vorschlag der türkis-blauen Regierung, übrigens anders als in der Schweiz,²⁵ auf die sich die Proponenten der Volksgesetzgebung gern beriefen.²⁶ Gut designt, können Volksinitiativen die repräsentative Demokratie also durchaus beleben; falsch designt, kann direkte Demokratie den Rechtsstaat aber auch gefährden.

Die geschilderten Angriffspunkte und offenen Flanken machen sichtbar, worauf es in der Demokratie letztlich ankommt: auf die Fähigkeit, sich einer Diskussion zu stellen und

20 Merli, Grundsätzliche Aspekte der direkten Demokratie – das Beispiel Volksbegehren, in ÖJK (Hrsg.), Direkte Demokratie (2014) 15; zu den Schwächen der repräsentativen Demokratie Merli, Direkte Demokratie: Wesentliche Gesichtspunkte für eine Reform in Österreich, in Benn-Ibler/Lewis (Hrsg.), Direkte Demokratie – Chancen und Risiken (2019) 83 f.

21 Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017-2022, 20, www.wienerzeitung.at/_em_daten/_wzo/2017/12/16/171216_1614_regierungsprogramm.pdf (27.6.2022); ein Vorbote war das von SPÖ, ÖVP und Grünen 2013 vorgeschlagene „Demokratiepaket“, das aber das letzte Wort beim Parlament beließ: Gesamtändernder Ausschussabänderungsantrag zum IA 2177/A 24. GP.

22 Zum Folgenden Merli, Langsame Demokratie, in GedS Walter (2013) 487 (501 ff); Merli, Themenbeschränkungen der direkten Demokratie, in Öhlinger/Poier (Hrsg.), Direkte Demokratie und Parlamentarismus (2015) 311 (317 ff); Merli in Benn-Ibler/Lewis 85 ff.

23 Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1923) 315 f, nennt die direkte („reine“) Demokratie deshalb sogar eine „autoritäre Staatsform“.

24 Näher Merli, Pällinger, Vatter, Wiederin in der Podiumsdiskussion v 19.3.2018, in ÖAW (Hrsg.), Direkte Demokratie. Eine Zukunftslösung? – Sichtweisen aus der Schweiz und Österreich. Forschung und Gesellschaft, Band 13 (2019), www.oew.ac.at/fileadmin/NEWS/2019/PDF/Forschung_und_Gesellschaft_13.pdf, 26 ff, sowie Pöschl, Resümee in ÖAW 34 f.

25 Vgl Pöschl in ÖAW 37 ff.

26 ZB NN, Voten wie die Schweizer: FP und VP und die „direkte Demokratie“, Kleine Zeitung 26.10.2017.

Widerspruch auszuhalten; auf die Bereitschaft, Kompromisse einzugehen, und auf Zeit – Demokratie ist langsam, und sie macht viel Arbeit.

3.2. Grundausrüstung des Rechtsstaates

Zur Grundausrüstung des Rechtsstaates gehört neben, ja eigentlich vor dem gerichtlichen Verfahren, die Teilung der staatlichen Gewalt, zumindest in Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit; zusätzlich kann die Staatsmacht föderalistisch noch weiter zerkleinert werden. Die – wie immer geteilten – Gewalten werden sodann an das Recht gebunden, wobei die Bindung wiederum mehr oder weniger intensiv sein kann. Das Recht muss seinerseits publiziert, hinreichend klar und bestimmt sein; was hinreicht, ist abermals modulierbar. Schließlich muss eine unabhängige Gerichtsbarkeit existieren, die (neben anderem) diese rechtlichen Bindungen kontrolliert; auch das ist im Detail verschieden gestaltbar.

Der wunde Punkt des Rechtsstaates ist – wie in der Demokratie – das kontrollierende Organ. Schneidet man das Volk von Informationen über die Regierungsarbeit ab, so scheidet die demokratische Kontrolle. Genauso läuft die rechtsstaatliche Kontrolle leer, wenn man die Distanz zwischen Regierung und Richter*innen beseitigt, die Richterbank also regierungstreu besetzt. Mit einem Schlag werden dann alle sonstigen Elemente des Rechtsstaates zur Fassade, ja selbst die Weisungsfreiheit kann bestehen bleiben: Wenn Richter*innen einmal das „Richtige“ denken, erübrigt sich jede Weisung. In einer funktionierenden Demokratie ist der Rechtsstaat vor solchen Angriffen allerdings grundsätzlich gut geschützt, weil die Gerichtsbarkeit dezentralisiert ist. Die gesamte Richter*innenschaft auf Regierungslinie zu bringen, kann daher in *einer* Legislaturperiode nicht gelingen. Das funktioniert nur, wenn die Demokratie schon zerstört ist, und selbst dann kostet es Zeit.

Viel leichter verwundbar ist eine Zusatzausrüstung des Rechtsstaates, die es keineswegs in allen Staaten gibt: die zentralisierte Verfassungsgerichtsbarkeit. Mit ihr stellt die Verfassung ein bestimmtes Gericht der Gesetzgebung gegenüber und vertraut ihm im Konfliktfall mehr als dem gewählten Parlament.²⁷ Das kann Rechtsstaat und Demokratie in eine erhebliche Spannung bringen – ähnlich wie die direkte Demokratie, nur in umgekehrter Richtung: Nun ist es der Rechtsstaat, der die Demokratie unter Druck setzen kann. Für alte Demokratien wie die Schweiz oder Großbritannien liegt eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nahe.²⁸ Für neue Demokratien ist sie hingegen eine „politische Versicherung“, bietet sie doch jenen Kräften, die den Umbruch eingeleitet haben,

²⁷ Merli in Hofmann/Marko/Merli/Wiederin 36.

²⁸ Die Schweiz und Großbritannien haben zwar durch den Beitritt zur EMRK die Verfassungsgerichtsbarkeit „gleichsam auf kaltem Weg eingeführt“ (so für die Schweiz Reich in Diggelmann/Randall/Schindler Rz 32); in beiden Staaten werden Verurteilungen durch den EGMR aber auffallend rasch als unangemessene Einmischung empfunden, dies nicht nur, weil hier „fremde“ Richter*innen entscheiden. Maßgeblich ist va, dass beide Staaten der Demokratie besonders vertrauen – für die Schweiz hat sich das Volk, für Großbritannien „the crown in Parliament“ als Souverän über Jahrhunderte so sehr bewährt, dass eine gerichtliche Intervention nur widerwillig hingenommen wird, näher Diggelmann/Pangrazzi, Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in „alten“ Demokratien, in Pöschl/Wiederin (Hrsg), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention (2020) 107 ff.

eine erhöhte Gewähr, dass die neue Ordnung auch einen demokratisch herbeigeführten Machtwechsel überdauert.²⁹ Stets bleibt die Verfassungsgerichtsbarkeit aber für die Politik eine veritable Herausforderung, an der manche Staaten auch scheitern.³⁰ Justiert man die Stellschrauben richtig, kann die Verfassungsgerichtsbarkeit freilich gut funktionieren; Österreich mag hier als Beispiel dienen. Eine erste Stellschraube reguliert die Bestellung der Mitglieder des Verfassungsgerichts. Ihre Auswahl steht in Österreich unter starkem politischen Einfluss.³¹ Das löst bei konkreten Besetzungen immer wieder Empörung aus, ist aber der demokratische Ausgleich für die richterliche Kontrolle des Parlaments.³² In einer funktionierenden Demokratie sind solche Besetzungen auch dadurch entschärft, dass im Laufe der Zeit – soweit es Altersbeschränkungen gibt, naturgemäß früher – ohnedies fast alle politischen Kräfte zum Zug kommen, das Gericht also immer pluralistischer wird. Die zweite Stellschraube reguliert die Kompetenzen des Verfassungsgerichts, die das B-VG bewusst limitiert: Der VfGH kann Gesetze nur aufheben, ihnen aber nichts hinzufügen.³³ Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten mag man das bedauern, weil der VfGH gesetzgeberisches Unterlassen kassatorisch nur schwer ahnden kann, doch auch das ist ein gewisser Ausgleich für die sonst zugelassenen Einschnitte in das Gesetz. Die dritte Stellschraube reguliert das Verfahren vor dem VfGH: Es ist in Österreich moderat, aber nur einfachgesetzlich geregelt;³⁴ formal wäre es daher ein „normaler“ demokratischer Vorgang, diese Regeln zu ändern und – wie zB in Polen – die Gesetzeskontrolle an erhöhte Anwesenheits- und Konsensquoren im Verfassungsgericht zu binden.³⁵ Die vierte Stellschraube regelt die Entscheidungswirkungen: Nach dem B-VG tritt eine Gesetzesaufhebung erst in Kraft, wenn der Bundeskanzler sie im BGBl (bzw die Landeshauptfrau im LGBl) kundmacht;³⁶ um wirksam zu werden, braucht also jede Gesetzesaufhebung das Placet der Politik. Vor allem die beiden letzten Stellschrauben machen die Verfassungsgerichtsbarkeit prekär, und doch funktioniert sie in Österreich – warum? Weil die Bevölkerung es als Skandal empfände, würde ein Bundeskanzler die Kundmachung einer

29 Reich in Diggelmann/Randall/Schindler Rz 24.

30 Zu Polen zB Grabenwarter, Das polnische Verfassungsgericht als Objekt der Umgestaltung, in Müller (Hrsg), Krise der liberalen Demokratie (2019) 115 (118 ff); zu Ungarn zB Scheppelle, Understanding Hungary's Constitutional Revolution, in von Bogdandy/Sommevend (Hrsg), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area (2015) 111 (115 ff).

31 Der Bundespräsident ernennt nach Art 147 Abs 2 B-VG die Mehrheit des VfGH – Präsident, Vizepräsidentin und sechs Mitglieder – auf Vorschlag der Bundesregierung; die übrigen Mitglieder auf Vorschlag des Nationalrates und des Bundesrates, die mit einfacher Mehrheit entscheiden (Art 31 Abs 1, Art 37 Abs 1 B-VG).

32 Besonders ausgeprägt war dies in der Stammfassung des B-VG, nach der Präsident, Vizepräsidentin und die Hälfte der Mitglieder vom Nationalrat und die andere Hälfte der Mitglieder vom Bundesrat zu wählen waren; die heute geltenden Beststellungsregeln gehen auf die B-VG-Novelle 1929 zurück, die den Einfluss des Parlaments zugunsten des – seither ebenfalls direkt demokratisch zu wählenden – Bundespräsidenten geschwächt hat; näher Vašek, Richterbestellung in Österreich (2022) 78 ff, 108 ff.

33 Art 140 Abs 3 B-VG.

34 Art 148 B-VG und §§ 15 ff, 57 ff VfGG.

35 Die weitere Behandlung einer solchen Regelung wirft allerdings schwierige Fragen auf, insb ob die erhöhten Quoren für den VfGH bereits gelten, wenn er deren Verfassungskonformität prüft, näher Vašek, Die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH und ihr rechtlicher Schutz, JBl 2015, 213 (217 ff).

36 Art 140 Abs 5 B-VG.

Normaufhebung verweigern und hoffentlich auch, würde die Normenkontrolle durch eine Anhebung der Quoren im VfGH erschwert. Die beste Versicherung für das Verfassungsgericht ist also nicht die Verfassung oder das einfache Gesetz, sondern das Wahlvolk,³⁷ das die verfassungsgerichtliche Beschränkung des parlamentarischen Gesetzes akzeptiert und verteidigt, weil es die Vorteile dieser Kontrolle erkennt. Das Vertrauen und den Rückhalt der Bevölkerung muss sich ein Verfassungsgericht aber erst erarbeiten. Das ging auch in Österreich nicht von heute auf morgen,³⁸ und es setzt Augenmaß bei allen Beteiligten voraus, bei der Politik ebenso wie im VfGH. Auch Eingriffe in dieses fein austarierte System wollen gut überlegt sein.³⁹

Die Verwundbarkeit des Verfassungsgerichts und der Gerichtsbarkeit insgesamt zeigt, worauf es im Rechtsstaat letztlich ankommt: Neuerlich auf Zeit; sodann auf Rede und Gegenrede, die jedes Verfahren, auch das gerichtliche, ausmachen; und schließlich auf die Bereitschaft, Kompromisse zu schließen, seine Macht also nicht maximal auszureizen. Wie die Demokratie ist also auch der Rechtsstaat langsam, und er macht viel Arbeit. Doch nur so ist das Vertrauen der Öffentlichkeit zu gewinnen; fehlt dieses Vertrauen, kann die Gerichtsbarkeit jederzeit zur Feindin der Demokratie stilisiert werden.⁴⁰

4. Verklammerungen

Konfrontiert man eine schlecht designte Volksgesetzgebung am falschen Punkt mit der Verfassungsgerichtsbarkeit, können Demokratie und Rechtsstaat in eine geradezu antagonistische Spannung kommen – hier die ungezügelte Macht der Volksgesetzgebung, die sich mit voller Wucht entfaltet; dort die Vernichtung eines solchen Gesetzes durch ein als abgehoben empfundenes Gericht. Diese Mischung kann toxisch werden und das Verfassungsgericht beim Volk grundlegend delegitimieren.⁴¹

37 Zur eminenten Bedeutung der Bevölkerung für die Stabilität demokratischer Rechtsstaaten *Jakab*, ZÖR 2019, 375 f, 386, 388, 391.

38 Vgl die B-VG-Novelle 1929, die unter dem Schlagwort der „Entpolitisierung“ die Besetzung des VfGH neu regelte (Art 147 B-VG idF BGBl 1929/392) und unter einem alle Mitglieder des VfGH aus dem Amt entließ (§ 25 Verfassungs-ÜberleitungsG 1929, BGBl 1929/393). Dies fand zwar gerade noch unter demokratischen Bedingungen statt; nur vier Jahre später war die Demokratie in Österreich aber am Ende. Kurz darauf wurde auch der VfGH ausgeschaltet, mwN *Heller*, Der Verfassungsgerichtshof (2010) 251 ff, 259 ff.

39 Das gilt etwa für die dissenting opinion, die – wie *Wielinger* schon 1998 festgestellt hat – in Österreich idR dann propagiert wird, wenn der VfGH Entscheidungen trifft, die der Kanzlerpartei nicht genehm sind (Parlamentarische Enquete am 16.10.1998, III-151 BlgNR 20. GP, 44). Zuletzt wurde eine dissenting opinion 2021 vorgeschlagen, nachdem der VfGH mehrere „Leuchtturm-Projekte“ der Regierung Kurz I ganz oder teilweise als verfassungswidrig qualifiziert hat, vgl Art 4 des Ministerialentwurfs 95/ME 27. GP, der zu Recht auf breite Ablehnung stieß, im VfGH ebenso wie in der Richterschaft und den Verfassungsdiensten der Länder.

40 Beklemmendes Beispiel bei *Jakab* in ÖJK 106: Die ungarische Verfassung sah einige Zeit vor, dass finanzielle Verpflichtungen, die aus Urteilen des EGMR, des EuGH oder des nationalen Verfassungsgerichtes resultieren, den Staat zur Einführung einer Steuer berechtigen, die nach dem jeweiligen Gericht benannt werden soll, zB „EGMR-Steuer“.

41 Auch in dieser Hinsicht war die von der türkis-blauen Regierung vorgeschlagene Volksgesetzgebung unglücklich, vgl *Pöschl* in ÖAW 38.

Vermeidet man solche Eskalationen, können Demokratie und Rechtsstaat aber gut kooperieren, weil sie an vielen Punkten verklammert sind. Das beginnt schon bei der rechtsstaatlichen Bindung der Staatsgewalt an das Gesetz, die ja auch dem Willen des Parlaments zum Durchbruch verhilft – insoweit gehen Rechtsstaat und Demokratie geradezu eine Symbiose ein. Eng verzahnt sind sie, wie gezeigt, ebenso durch die Grundrechte: Sie bringen die Demokratie und damit auch ihr Freiheitsversprechen in Gang, schließen aber zugleich ihre offenen Flanken durch rechtsstaatliche Mechanismen. Nimmt man das Versprechen von Freiheit und Gleichheit in den Blick, so sind Demokratie und Rechtsstaat also komplementär: Der Rechtsstaat führt zu Ende, was die Demokratie begonnen hat. Zugleich stützen sich beide Konzepte aber auch an neuralgischen Punkten wechselseitig. Zunächst sichert die Demokratie den Rechtsstaat, indem sie die Regierung der Gefahr aussetzt, sich nach der nächsten Wahl in der Opposition wiederzufinden: Das ist ein starkes Motiv, Gewaltenteilung und Grundrechte zu respektieren.⁴² Zudem erschwert die demokratische Rotation, wie gezeigt, eine politische Umfärbung der dezentralisierten Gerichtsbarkeit; soweit politische Besetzungen doch passieren, werden sie in der Demokratie immerhin auf der Zeitachse entschärft. Umgekehrt stärkt aber auch der Rechtsstaat die Demokratie: Zwar greift das Verfassungsgericht in Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein; indem es Gesetze nur auf Grundlage der – ebenfalls demokratisch legitimierten – Verfassung prüft, schützt es aber wiederum die Demokratie. Ein maßvolles Verfassungsgericht wird außerdem in ideologischen Fragen Zurückhaltung üben, demokratische und rechtsstaatliche Mechanismen aber strikt judizieren.⁴³

5. Fazit

Demokratie und Rechtsstaat sind je für sich hochkomplexe Konzepte und wesensgemäß umstritten. Je nach Definition und Perspektive divergiert ihr Zusammenwirken: Teils laufen sie parallel, teils auseinander, teils geraten sie in Spannung, teils stärken sie einander. Demokratie und Rechtsstaat gibt es zudem in vielen Spielarten; keine davon ist perfekt. Deshalb sind Demokratie und Rechtsstaat auch dauernd in Bewegung, an ihnen wird permanent gearbeitet. Das Nachdenken über bessere Regeln gehört zum demokratischen Rechtsstaat, die Suche nach dem *einen* idealen System ist aber sinnlos, weil es das ideale System nicht gibt. Wichtiger ist, dass man das System nicht überfordert, denn der demokratische Rechtsstaat ist schon für sich ein enorm anspruchsvolles Projekt. Es wird nicht genügen, dass wir demokratische und rechtsstaatliche Kontrollen immer weiter verfeinern; zumindest genauso wichtig ist, sie in eine gute Balance zu bringen.

Magdalena Pöschl ist Universitätsprofessorin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht am Juridicum Wien, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien; magdalena.poeschl@univie.ac.at

42 *Jakab*, ZÖR 2019, 390.

43 *Jakab*, ZÖR 2019, 389 f.