

Andreas Th. Müller und Werner Schroeder (Hg)
Demografie, Partizipation und Repräsentation
Der Beitrag des Wahlrechts zur Ausübung der
demokratischen Rechte in Österreich und der Schweiz

Demografie, Partizipation und Repräsentation

Der Beitrag des Wahlrechts
zur Ausübung der demokratischen Rechte
in Österreich und der Schweiz

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale)
(Universität Innsbruck)

und

Univ.-Prof. Dr. Werner Schroeder, LL.M. (Berkeley)
(Universität Innsbruck)

Wien 2023



facultas

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung des Autors oder des Verlages ist ausgeschlossen.

© 2023 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas Universitätsverlag, A-1050 Wien

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz und Druck: Facultas AG

Printed in Austria

Facultas: ISBN 978-3-7089-2231-7 (Österreich)

DIKE: ISBN 978-3-03891-562-1 (Schweiz)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	7
Einleitung	9
Herkunft und Bedeutung des Konzepts der Repräsentation und aktuelle Problemfelder im Wahlrecht <i>Andreas Glaser</i>	13
Europäisierung repräsentativer Demokratie durch EU-Recht <i>Werner Schroeder</i>	29
Inlandswahlrecht für Ausländer und Auslandswahlrecht für Inländer? <i>Katharina Pabel</i>	47
„Gender Gap“ bei Partizipation und Repräsentanz und Instrumente des Wahlrechts <i>Lamiss Khakzadeh</i>	59
Wahlrecht – Ausgewählte Fragen aus Schweizer Sicht <i>Nadja Braun Binder</i>	69
Wahlrecht und Menschen mit Behinderungen in Österreich <i>Andreas Th. Müller</i>	83
Gefühlte Repräsentation? Populismus als Herausforderung für die Demokratie <i>Lorenz Langer</i>	95
Populismus, das Volk und das Recht Ein philosophischer Kommentar <i>Marie-Luisa Frick</i>	111
Wem die Bevölkerung eine Stimme geben würde <i>Conrad Seidl</i>	123
Autor(inn)enverzeichnis	131

Populismus, das Volk und das Recht

Ein philosophischer Kommentar

Marie-Luisa Frick

I. Einleitung

Lorenz Langer hat in seinem Beitrag bereits Wichtiges und in meinen Augen Richtiges zur Kluft zwischen tatsächlicher Repräsentation und gefühlter Nicht- bzw. Unterrepräsentation als eine Quelle populistischen Begehrens ausgeführt, weshalb der angeschlossene Kommentar keine große Kontroverse aufzuwerfen verspricht. Ich möchte lediglich ein paar Aspekte aus einer philosophischen bzw. polittheoretischen Perspektive vertiefen. Das ist zunächst die Frage, wovon wir bei „Populismus“ sprechen oder – die inhärente Normativität aller Konzeptarbeit eingestanden – sprechen sollten. Daran anschließend diskutiere ich, in welchen Hinsichten Populismus eine Gefahr für die Demokratie darstellen kann. Konkreter auf die liberale, konstitutionelle Demokratie bezogen, werde ich in einem nächsten Schritt das Verhältnis von Populismus und Rechtsstaat beleuchten und hier die traditionelle populistische Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit aufgreifen.

II. Was ist Populismus?

Die stark pejorative Konnotation des Begriffes „Populismus“, die sich zu einer delegitimierenden Markierung im öffentlichen Diskurs verselbstständigt hat, stellt jede wissenschaftliche Befassung vor die Herausforderung, einen Schritt zurück zu tun. Begriffe sind Handwerkzeuge, die – wenn schon nicht selbst geschmiedet – so doch immerhin vor Einsatz geprüft werden sollten. Philosophisch ist zunächst zu fragen: Welche Phänomene werden mit diesem Begriff bezeichnet? Was ist ihnen gemeinsam, was vielleicht gerade nicht? Sind die konzeptionellen Kriterien von „Populismus“ angemessen, diesen Phänomenen gerecht zu werden? Sind diese Kriterien zu schärfen und wenn ja, welche Phänomene treten dann vielleicht neu ins Licht?

Die Hochkonjunktur der Zuschreibung „populistisch“ oder „Populist“ Mitte der 2010er Jahre fällt zusammen mit der Euro- bzw. Griechenlandkrise und dem Aufstieg der griechischen Syriza-Partei, mit der Präsidentschaft Nicolás Maduros in Venezuela („Linkspopulismus“), mit dem vorläufigen Höhepunkt der fortwährenden Migrationskrise, dem Aufstieg der AfD in Deutschland, mit der Regierungsbeilegung der FPÖ in Österreich, mit dem „Brexit“ sowie der Wahl Donald J.

Trumps zum 45. Präsidenten der Vereinigten Staaten („Rechtspopulismus“). Im Zuge der gegenwärtigen Pandemie wird die Problematisierung von regierungskritischen bzw zum Teil auch offen staatsfeindlichen Protestbewegungen ebenfalls häufig als „Populismus“ eingeordnet. „Populismus“ ist scheinbar überall, im Inland und im Ausland, im linken und rechten politischen Spektrum. Wer nicht als „populistisch“ oder „Populist“ bezeichnet wird, ist umgekehrt dadurch schon einmal mit einer gewissen Anfangslegitimität ausgestattet, gehört zu den „Guten“. „Populismus“ als Markstein politischer (Il-)Legitimität ist in seiner Alltagsverwendung weniger ein sachlicher Begriff, als vielmehr eine politische Waffe. Wie Andreas Voßkuhle ausführt: „Die Attraktivität des Populismus-Vorwurfs hängt offensichtlich damit zusammen, dass die Bezeichnung als Populist die Auseinandersetzung mit dem politischen Gegner erleichtert: Der oder die mit diesem Vorwurf Bedachte muss nicht auf dem Feld der Argumentation geschlagen, sondern kann *a limine* und unter Verweis auf ein Evidenzerlebnis aus dem Diskurs ausgeschlossen werden.“¹

In fachwissenschaftlicher Verwendung hingegen, hat sich in den vergangenen Jahren eine Ausdifferenzierung von *Populismus* und *Popularismus* durchgesetzt, die (immer noch) allgemein verbreiteten Verständnissen von „Populismus“ insofern entgegensteht, als sie Populismus nicht als bestimmte Form von Politik, sondern als Auffassung des Politischen beschreibt.² Populistische Politiker oder Bewegungen sind in dieser Perspektive nicht einfach solche, die „dem Volk nach dem Mund reden“ (anstatt dem Volk mitunter auch mit unpopulären Entscheidungen „vorauszugehen“) oder auf politischen Machtgewinn schielend dasjenige versprechen, was große Mehrheiten sich wünschen, auch wenn sie mit scheinbar „einfachen Lösungen“ oder sogar Korruption um solide politische Arbeit betrogen werden. Kurzum, Populismus ist nicht einfach „schlechte Politik“ und nicht dasselbe wie Popularismus, das heißt das Zurückscheuen vor unpopulären, bisweilen aber notwendigen politischen Agenden oder Maßnahmen. Während *Politik* als Bereich der Regelungen von als gemeinsam identifizierten Anliegen gelten kann, ist *das Politische* jener Bereich, in dem verschiedene Ansichten darüber aufeinandertreffen, was gemeinsame Anliegen sind und wie ihre Regelungen aussehen sollten. Populistische Politiker oder Bewegungen erkennt man diesem Ansatz folgend also – anders als Popularisten – weniger an ihren politischen Forderungen und Programmen, als vielmehr an der Art und Weise, wie die diese Forderungen im Feld des Politischen artikulieren und positionieren.

Müller hat folgende zwei Hauptkennzeichen des Populismus identifiziert: Zum einen den Alleinvertretungsanspruch des Volkes gegen die vermeintlich sinistren oder verräterischen Eliten und zum anderen ein aus diesem Alleinvertretungsanspruch erwachsender Anti-Pluralismus: „Populisten behaupten: ‚Wir sind das Volk!‘“

¹ Voßkuhle, Demokratie und Populismus, Der Staat 2018 (57), 119.

² Vgl. Mudde, The Populist Zeitgeist, Government and Opposition 2004 (39); Müller, Was ist Populismus? (2016) Berlin; Judis, The Populist Explosion (2016) New York; vgl. auch Frick, Zivilisiert streiten. Zur Ethik der politischen Gegnerschaft (2017) Ditzingen.

Sie meinen jedoch – und dies ist stets eine moralische, keine empirische Aussage (und dabei gleichzeitig eine politische Kampfansage): ‚Wir – und nur wir – repräsentieren das Volk‘ (...). Populisten sind zwangsläufig antipluralistisch; wer sich ihnen entgegenstellt und ihren moralischen Alleinvertretungsanspruch bestreitet, gehört automatisch nicht zum wahren Volk.³

Populismus als Auffassung des Politischen verstanden, beruht auf einer eigentümlichen politischen Logik, die man wie folgt skizzieren kann: (P₁) das Volk hat einen ‚echten‘ bzw klaren Willen; (P₂) dieser wird von den Eliten missachtet; (C) wer den ‚echten‘ Willen des Volkes repräsentiert, hat Anspruch auf politische Macht und muss sich zu diesem Zweck gegen die ‚Volksverräter‘ durchsetzen. Wird der ‚echte‘ Volkswille als in einer konkreten Führergestalt verkörpert ausgewiesen, geht Populismus in Autoritarismus über. Wird das ‚echte‘ Volk per Abstammung bzw ethnisch gefasst, verschwimmt Populismus mit völkischem Nationalismus.

Populismus kultiviert in seiner typischen Entgegensetzung von ‚wir (mit euch) da unten‘ und ‚die da oben‘, so könnte man ferner sagen, das politische Ressentiment, da heißt die Verachtung der scheinbar zu Unrecht über das redliche Volk Gestellten, deren Fall symbolisch herbeigesehnt bzw angedroht wird. In Anlehnung an Elias *Canettis* Konzept der Klagereligion⁴ kann man bei Populismus auch von Klagepolitik sprechen. Das in seinem Willen missachtete Volk muss einerseits begreifen, wie sehr es von den Usurpatoren demokratischer Macht hinters Licht geführt und ausgebeutet wird, andererseits aber auch seiner Stärke sich versichert fühlen: Vor-klagen („Wie schlecht behandeln sie euch!“) und an-klagen („Die Schuldigen werden büßen!“) sind zwei zentrale Modi populistischer Rhetorik, die die Scheidung von ‚wahrem‘ Volk und ‚Verrätern‘ des Volkes durch wiederholte Bewusstmachung aufrechterhalten.

Um den Unterschied zwischen Popularismus und Populismus abschließend an einem Beispiel noch einmal konkret zu machen: Wenn ein politischer Funktionsträger etwa im Zuge der COVID-19-Pandemie – entgegen der Warnungen von medizinischen Fachleuten, aber mit Blick auf Meinungsumfragen und Stimmungen im Wahlvolk – suggeriert, Schutzmasken seien eine unzumutbare Einschränkung oder die Pandemie müsse doch endlich offiziell beendet werden, wäre das gegebenenfalls popularistisch, nicht aber schon populistisch. Dazu müsste der nämliche politische Funktionsträger sich zum Fürsprecher des ‚echten‘ Volkswillens aufschwingen und gegen ‚die da oben‘ ins Feld ziehen um sie damit gleichzeitig dem ‚wahren‘ Volk entgegen zu setzen bzw sie daraus auszuschließen.

³ Müller, Was ist Populismus? 18 f. Vgl. auch *Canovan*, Trust the People! Populism and the two faces of democracy, Political Studies 1999 (47).

⁴ Vgl *Canetti*, Masse und Macht (2006³⁰) 169 ff.

III. Ist Populismus eine Gefahr für die Demokratie?

Angesichts der weithin verbreiteten Gleichsetzungen von Populismus und Demokratiefeindlichkeit und entsprechenden Demokratie-Krisen-Diskursen mag diese Frage obsolet erscheinen. Da jedoch der „Allerweltsbegriff“ des Populismus durch seine schillernden Bedeutungsaufladungen und insbesondere fehlende Abgrenzung zu Popularismus sowie zudem durch häufig parteilichen Gebrauch – PopulistInnen sind immer die anderen – im Vergleich zum fachwissenschaftlichen Populismus-Konzept beachtliche Unschärfen aufweist, wäre die Frage nach dem Verhältnis von Demokratie und Populismus auf Grundlage eben dieses oben vorgestellten Konzeptes noch einmal genauer zu klären.

Ebenso zu klären ist dabei, was denn Demokratie genau bezeichnet. Hier schlage ich vor, einen Konzept-Kern von einem Konzept-Vorhof zu unterscheiden. Es mag viele Spielarten von Demokratie geben, wie ein Blick in die Geschichte ebenso zeigt, wie ein globaler Ausblick. Es gibt aber auch Demokratie, die nur dem Namen nach eine ist. Solche DINOs (Democracy in Name Only) zu bestimmen, aber auch der Pluralität von demokratischen Ordnungen Rechnung zu tragen, gelingt nur, wenn dasjenige, das notwendigerweise mit Demokratie verbunden ist, unterschieden wird von dem, was nicht notwendigerweise mit ihr verbunden ist. Im Konzept-Kern von Demokratie steht die Souveränität des *demos*, des politischen Volkes: die Volkssouveränität. Ihr zufolge sind die Mitglieder des *demos* befugt, Anliegen als gemeinsame zu identifizieren und zu regeln (und nicht etwa eine Gottheit, exzellente Einzelne oder eine Partei etc). In den Konzept-Vorhof der Demokratie wiederum gehören die konkreten Ausformungen, welche die Organisation der Regelung gemeinsamer Anliegen annehmen kann. Ob etwa das demokratische Volk Souverän und Herrscher zugleich ist, das heißt Machtgeber und Machthaber in Einem, oder ob es Repräsentanten als Machthaber bestellt, die unter Drohung der Abberufung ihnen rechenschaftsschuldig bleiben; ob Wahlen oder Losverfahren entscheiden; ob Mehrheitswahlrecht oder Verhältniswahlrecht gilt; ob der *demos* sich eine Verfassung gibt und wer sie „hütet“; und vieles mehr – dies alles sind Möglichkeitsformen der Demokratie, nicht schon ihr Wesen.

A. Das „wahre Volk“ und seine Feinde

Zu den grundsätzlich gemeinsamen Anliegen des *demos* zählt auch die Frage, wer Mitglied des *demos* ist bzw sein darf. Als politischer Rahmenkonflikt führt diese Frage dazu, dass sich der *demos* immer wieder in Aushandlungsprozessen bzw -kämpfen um Einschluss und Ausschluss neu konstituiert. Darin liegen, wie auch die Beiträge des vorliegenden Bandes zeigen, Lerngelegenheiten und Chancen, Demokratie zu vertiefen und zu verbessern, etwa dadurch, dass so manche Gründe für den Ausschluss von bestimmten Personen aus dem *demos* durchscheinend werden können. In solchen Kämpfen aber liegen zugleich immer schon für Demokratien Zerfallsrisiken ersten Ranges. In einer Demokratie zu leben, bedeutet immer

auch, nicht alleine darüber bestimmen zu können, mit wem man den (idealen) Status als MitgesetzgeberIn teilt. Das nicht anerkennen oder wenigstens hinnehmen zu können, ist – wenn es sich um ein breit geteiltes Empfinden handelt – für demokratische Gemeinwesen ein vielfach dokumentiertes Einfallstor für inner-bürgerliche Gewalt. Es ist an diesem Punkt, so meine Argumentation, an welchem das destruktive Potenzial von Populismus primär angesiedelt ist.

Populisten nehmen für sich in Anspruch, als einzige den evidenten bzw. einmütigen Willen des politischen – und in manchen Fällen auch des ethnisch gefassten – Volkes zu vertreten, der ausgeblendet, übergangen oder schlicht verachtet werde von Gruppen, welche als Verräter am „wahren“ Volkswillen gescholten werden. Durch die Entgegensetzung von „echtem“ und „falschem“ *demos* entwickelt sich ein politischer Rahmenkonflikt, der aus der demokratischen Logik heraus nicht mehr befriedbar ist, da die gleiche, geteilte Souveränität der Mitglieder des demokratischen Volkes in der populistischen Logik ersetzt wird durch die Souveränität der *würdigen* Mitglieder des demokratischen Volkes. Würdig ist, wer am „echten“ Willen des Volkes Anteil hat, was populistische Strategien nötig macht, diesen Willen zu deuten und anzueignen und in weiterer Folge den anti-pluralistischen Impetus populistischer Ideologien erklärt. Wer das Volk mit einer einzigen Stimme zu vertreten sich anschickt, muss dem Stimmengewirr der Volkswillen im Plural, das in offenen Gesellschaften unvermeidlich ist, grundsätzlich skeptisch bis feindselig gegenüberstehen, da diese Vielstimmigkeit jedem Alleinvertretungsanspruch Plausibilitätsverletzungen zufügt.

Populismus, so Cas Mudde, *„presents a Manichean outlook in which there are only friends and foes. Opponents are not just people with different priorities and values, they are evil! Consequently, compromise is impossible (...)“*.⁵ Wie gefährlich populistisches Denken sein kann, zeigt sich nicht zuletzt am Phänomen des populistischen Extremismus: Diejenigen, die als „Volksverräter“ markiert werden – nicht selten in regelrechten Kampagnen – laufen Gefahr, persönlich angegriffen, bedroht oder eingeschüchert zu werden. In den Augen ihrer populistischen Widersacher sind schließlich sie die Aggressoren, haben sie sich am Volk vergangen, müssen sie dafür bezahlen. Wo Populisten das „wahre“ Volk zum Opfer erklären, liegt politische „Notwehr“ nur allzu nahe. Je existenzieller die vermeintliche Bedrohung durch die böartigen Feinde des „wahren“ Volkes, desto niedriger die Hemmschwelle für politische Gewalt.

B. Populismus und Repräsentative Demokratie

Populismus ist eine potenzielle Gefahr für die Demokratie – nicht für eine bestimmte Erscheinungsform von Demokratie, sondern für ihr Herzstück, die gleiche Souveränität der Mitglieder des *demos*. Dass Populismus und bestimmte Spielarten von Demokratie, konkret die repräsentative Demokratie, ebenfalls in Spannung oder

⁵ Mudde, *The Populist Zeitgeist* 544.

sogar Konflikt stehen können, wäre durch diesen Befund damit keineswegs ausgeschlossen.⁶ Jedoch sind Konflikte im Konzept-Vorhof der Demokratie anders zu beurteilen als Konflikte in ihrem Konzept-Kern. In diese Richtung weist auch Philip *Manow*, wenn er mit Blick auf die Ursprünge der neuzeitlichen Demokratie bewusst provokant fragt, ob denn die (scheinbar) populistischen Bewegungen der Gegenwart für eine Entdemokratisierung der Demokratie stehen – wie gemeinhin suggeriert – oder vielleicht in gewisser Weise auch für eine Demokratisierung der Demokratie sprechen würden?⁷ Diese Frage ernstnehmend wäre es verfehlt, jede Kritik an etablierten Formen repräsentativer Demokratie, verbunden mit dem Wunsch nach erweiterter Beteiligung der BürgerInnen am politischen Prozess, als solche als populistisch und daher als illegitim zurück zu weisen.⁸ Auf die Form der Artikulierungen und Positionierungen von politischen Forderungen kommt es vorrangig an, um die Frage, ob Populismus eine Gefahr für die Demokratie darstellt, ermitteln zu können, nicht schon auf die Forderungen als solche. Das destruktive Potenzial populistischer Politik liegt, wie zu zeigen versucht, in der Ersetzung von politischer *Gegnerschaft* durch *Feindschaft* in Form der Aufspaltung des *demos* in seine guten/redlichen/treuen und in seine verdorbenen/bösartigen/untreuen Bestandteile.

Dass Kritik an bestehenden Modellen repräsentativer Demokratie grundsätzlich Beachtung verdient – wengleich diese Beachtung mit Populismuskritik verbunden werden darf, ja muss – liegt an den irreduziblen Möglichkeiten, Demokratie von ihrem Konzept-Kern ausgehend anders zu denken als vorangegangene Generationen. Es ist schwer bis unmöglich zu argumentieren, dass gegenwärtige demokratische Ordnungen die Idee der Demokratie bereits in einer Weise perfektionieren, die keine Alternativen offenlässt. Vom Demokratiemodell der Verfassungsväter der Vereinigten Staaten aufwärts,⁹ zeichnen sich moderne, bi-kamerale, konstitutionelle Demokratien durch eine anti-populäre bzw anti-mehrheitliche Stoßrichtung aus, die einer „puren“, ungezügelter Selbstherrschaft des Volkes gezielt vorbauen soll. *Manow* schreibt in diesem Zusammenhang, repräsentative Demokratie sei aus populistischer Sicht „nichts als Kaschierung blanker Elitenherrschaft – womit einigermaßen zutreffend die historische Funktion beschrieben wäre, die politische Repräsentation tatsächlich einmal hatte“.¹⁰ Die Spannung zwischen dem Wunsch einerseits, Souveränität des Volkes umzusetzen und dem Wunsch andererseits nach stabiler und vernünftiger Regierung des Volkes, ist seit jeher das „Dilemma der Demokratie“.¹¹ Für eine ausgeklügelte Trennung von demokratischer Souveränität und politischer Herrschaft mag es gute (Klugheit-)Gründe geben, aber keine Gründe, die sich direkt aus dem Konzept der Demokratie, das heißt aus der Volks-

⁶ Vgl auch *Vofßkuhle*, Demokratie und Populismus.

⁷ *Manow*, Die (Ent-)Demokratisierung der Demokratie (2020) Berlin.

⁸ Vgl auch *Kronenberg/Horneber* (Hg), Die repräsentative Demokratie in Anfechtung und Bewährung (2019), Bonn/Berlin.

⁹ Vgl insbes *King*, The Founding Fathers v. the People (2012) Cambridge, MA.

¹⁰ *Manow*, (Ent-)Demokratisierung, 54.

¹¹ *Grayling*, Democracy and its Crisis (2018²) London.

souveränität, mit Notwendigkeit ergeben. Solche grundsätzlichen Fragen zur Verfasstheit eines demokratischen Gemeinwesens müssen somit für demokratische Auseinandersetzungen offenbleiben, will man das Prinzip der Volkssouveränität nicht unterspülen.

IV. Populismus und Konstitutionalismus

Historische Kontingenzen, rivalisierende Demokratietheorien und kulturelle Verschiedenheiten eröffnen den Blick auf mehr als eine mögliche und legitime demokratische Ordnung. Somit wäre die Relativität der eigenen demokratischen Ordnung einzugestehen und mit Kritik an bestehenden institutionellen demokratischen Arrangements in ein offeneres Verhältnis zu setzen, ohne das Verdikt „Populismus“ unreflektiert zur Abwehr solcher Kritik einzusetzen oder auf Personen(gruppen) anzuwenden, die sich der populistischen Logik näher besehen gar nicht bedienen, die also nur populistisch scheinen, es aber nicht wirklich sind. Die von Müller vorgeschlagenen Methode, genuine Populisten von nur scheinbaren und in Folge populistischen Konstitutionalismus von „popularem/demokratischem“ Konstitutionalismus zu unterscheiden – erheben sie den Anspruch, sie alleine seien das Volk oder reklamieren sie ihre Anliegen lediglich unter dem Motto „,Wir sind auch das Volk‘ (vielleicht ergänzt um: ‚Und ihr habt uns vergessen!‘“)¹² – ist theoretisch hilfreich, in der Praxis aber eine schwierige hermeneutische Anstrengung mit häufig ambivalenten Befunden. Gerade, weil im Urteil, jemand oder etwas sei populistisch (in dem hier vorgeschlagenen Sinne) der schwerwiegende Vorwurf einer Gefährdung des demokratischen Prinzips gleicher Souveränität enthalten ist, sollte es nicht vorschnell oder inflationär gefällt werden.

Das gilt in besonderem Maße für Debatten um Populismus und Rechtsstaatlichkeit bzw Verfassungsgerichtsbarkeit. Kritik, auch in populistischer Manier, an fehlender demokratischer Legitimität von Verfassungsgerichten, dem EuGH oder auch dem EGMR bzw der ungenügenden Repräsentation und/oder Partizipation des demokratischen Volkes an Entscheidungen, die keine ausschließlichen Rechtsanwendungsfragen sind, sondern als Rechts-Schöpfungsfragen mehr oder weniger politischen Charakter haben, ist nicht nur in osteuropäischen Ländern in den vergangenen Jahren gewachsen. (Populistische) Kritik entzündet(e) sich bekanntermaßen insbesondere an (supranationaler) höchstgerichtlicher Normenkontrolle in den Bereichen Asyl und Zuwanderung (Stichwort Abschiebeverbote und Sozialgesetzgebung), Strafrecht (Stichwort Rechte von Strafgefangenen), Familienrecht (Stichwort Gleichstellung von nicht-heterosexuellen Paaren) sowie Verfassungsreform (Polen, Rumänien, Ungarn).¹³ Auch wenn zuletzt während der Pandemie zumindest in Österreich und Deutschland der politische und auch populistische

¹² Müller, Was ist Populismus? 63.

¹³ Vgl auch Zimmer, Wer hat Angst vor Tell? Unzeitgemässes zur Demokratie (2021) Basel, 135 ff.

Zorn vorrangig gegen die Regierungen und nicht gegen Höchstgerichte sich ergoss (auch, da man diese zeitweise als potenzielle Verbündete wahrgenommen hatte), sind gerade mit Blick etwa auf Versuche, umwelt- bzw. Klimaschutzpolitische Ziele über entsprechende Grundrechtsinterpretationen anzusteuern, auch zukünftig politische Auseinandersetzungen um Demokratie und Konstitutionalismus zu erwarten.

A. Volkssouveränität ja, Pluralismus nein?

Beschreibungen von politischer Kritik an (supranationaler) Verfassungsgerichtsbarkeit sehen in dieser Kritik regelmäßig Populismus und in diesem wiederum einen Fundamentalangriff auf den Rechtsstaat oder die liberale Demokratie als solche. Populistische Strömungen legten es in dieser Sicht darauf an, dem „echten“ Volkswillen möglichst ungehemmt zum Durchbruch zu verhelfen, störende institutionelle Elemente wie Verfassungsgerichte müssten dafür entmachtet oder umgefärbt werden. In dieser pessimistischen Sicht ist Populismus gleichsam ein natürlicher Feind der liberalen, konstitutionellen Demokratie und damit jeder Versuch eines „populistischen Konstitutionalismus“ eine *contradictio in adjecto*.¹⁴ Nur dem Schein nach sei Populismus ein „konstitutionelles Projekt“, schreibt dazu Paul *Blokker*: „[P]opulist constitutionalism draws on the principles of popular sovereignty and majority rule, central to modern, constitutional democracy. (...) While populism draws on democratic principles, by drawing extreme, one-sided conclusions, it violates key dimensions of democratic constitutionalism, such as those of pluralism, inclusiveness, and actual civic participation in constitutionalism“.¹⁵ Ähnlich fällt die Einschätzung von Jan-Werner *Müller* aus. Populisten, so seine Einschätzung, hätten weder grundsätzliche Probleme mit Verfassungen, noch mit den verfassungsrechtlich erwachsenden Einschränkungen der Legislative. Sehr wohl aber stehen sie dem pluralistischen Charakter von bestimmten Verfassungen feindselig gegenüber, konkret ihren pluralismusfördernden und pluralismuserhaltenden Mechanismen.¹⁶ Auch Dieter *Grimm* sieht letztlich in ihrer „anti-pluralistischen“ Ausrichtung die Gefahr populistischer Kritik am rechtlichen Konstitutionalismus.¹⁷

Das Abstellen auf „Pluralismus“ um Populismus abzusprechen, mit Konstitutionalismus wirklich kompatibel zu sein, wirft die Frage auf, was unter (Anti-) Pluralismus genau zu verstehen ist. Wenn darunter die Populisten – nach dem hier

¹⁴ Vgl insbes *Sajó/Uitz*, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism* (2017) Oxford.

¹⁵ *Blokker*, *Populism as a constitutional project*, *International Journal of Constitutional Law* 2019 (17).

¹⁶ *Müller*, *Populism and Constitutionalism*, in Kaltwasser et al (Hg), *The Oxford Handbook of Populism* (2017).

¹⁷ *Grimm*, *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage* (2020) Berlin, 47.

vorgeschlagenen Verständnis – eigentümliche fehlende Akzeptanz einer Pluralität des demokratischen Volkswillens verstanden wird, ist dieses Urteil jedenfalls zutreffend. Ein Alleinvertretungsanspruch für den „echten“ Volkswillen kann, wie gezeigt, nur erheben, wer von einem uniformen, singulären Volkswillen ausgeht (und im Umkehrschluss Dissens leugnen oder dämonisieren wird müssen). Demokratische Minderheitenrechte, das heißt die Rechte gegen Mehrheitsentscheidungen öffentlich sich auszusprechen und für ihre Revision zu werben, hätten im Falle eines so verstandenen Anti-Pluralismus tatsächlich kein langes Leben zu erwarten. Die Berufung auf Volkssouveränität im politischen Kampf gegen Höchstgerichte, die unter anderem genau solche demokratischen Minderheitenrechte garantieren, wäre dann nichts weiter als eine pseudo-demokratische Aktion mit undemokratischen Folgen, wenn sie Erfolg hätte. Wenn hingegen unter „Pluralismus“ oder auch „Inklusivität“ weiterreichende moralische Haltungen und weltanschauliche Dispositionen verstanden werden, die nicht zwingend mit dem demokratischen Prinzip verbunden sind oder notwendigerweise aus ihm folgen, wäre dem „populistischen Konstitutionalismus“ nichts wirklich entgegen gesetzt, sondern vielleicht nur ein weiteres Argument zu seinen Gunsten bereit gestellt: Die liberalen, kosmopolitischen Eliten verwechseln einmal mehr ihre persönliche Weltanschauung mit den Fundamenten des demokratischen Gemeinwesens und halten das Volk mit einem Taschenspielertrick von der Macht fern.

B. Nicht sakrosankt

Ähnlich wie bei der Beurteilung des Verhältnisses von Populismus und repräsentativer Demokratie im Unterschied zu Demokratie als solcher, ist also auch für die Frage nach dem Verhältnis von Populismus und Konstitutionalismus eine differenzierte Betrachtung angebracht. Auch wenn, wie argumentiert, jedes Projekt eines populistischen Konstitutionalismus riskiert, sich an der Vielfalt und Verschiedenartigkeit der Volkswillen im Plural zu verschlucken, die es nicht auf einen einzigen legitimen Willen des *demos* reduzieren könnte, ohne das Prinzip der Volkssouveränität zu beschädigen, ist damit nicht gesagt, dass alle Bestrebungen, die Verfassungsgerichtsbarkeit „zu demokratisieren“, zugleich auch populistisch sein müssen. Wie oben versucht zu zeigen, zeichnen sich populistische Bewegungen nicht durch ihre politischen Forderungen aus, die inhaltlich stark variieren können, sondern durch die Art und Weise, wie sie diese Forderungen artikulieren und positionieren. Wird Kritik an verfassungs- bzw. höchstgerichtlicher Normenkontrolle populistisch vorgetragen – „Volksverräter an den Schalthebeln der Gerichte tyrannisieren euch, ihr müsst euch von ihnen befreien und ihre Gehilfen bestrafen!“ – deutet sich die Gefahr an, dass mit einer solcherart angestrebten „Demokratisierung“ der Verfassung(sgerichtsbarkeit) wenig für die Demokratie gewonnen, ja mitunter sie selbst auf längere Sicht verloren wäre.

Nichtsdestotrotz ist für die Frage der Stichhaltigkeit oder Berechtigung von Kritik an zunehmender Einengung des legislativen Handlungsraumes durch rich-

terliche Normenkontrolle *per se* nicht entscheidend, wie sie geübt wird, sondern welche Gründe sie unterfüttern. Dass man es sich zu einfach machen würde, Forderungen nach mehr demokratischer Partizipation an oder sogar demokratischer Übernahme von verfassungsrechtlichem Terrain als populistisch (und damit antipluralistisch und demokratisch unaufrichtig) abzutun, zeigt nicht nur das Beispiel der Schweiz als einer vitalen Demokratie mit einem Bundesgericht gänzlich ohne Normenkontrollkompetenz, sondern es zeigen deutlicher noch die innerakademische Debatten zu diesen Streitpunkten. Sie gehen zurück bis zur Kelsen-Schmitt-Kontroverse, die, wie Dieter *Grimm* zeigt, Parallelen zur heutigen Debatte aufweist, aber auch Diskontinuitäten.¹⁸ Fachleute wie *Grimm* sprechen offen über das „Demokratieproblem der Verfassungsgerichtsbarkeit“¹⁹ in Form der Rechtsfortbildung oder sprechen sich gar für die Abschaffung des „*judicial review*“ aus, wie Jeremy *Waldron*. Letzterer fragt sich selbst, ob er deswegen schon ein Gegner der „*rule of law*“ sei, kommt jedoch über die Analyse des Konzepts „*rule of law*“ zum Schluss, dass dieses mit der Richterherrschaft gerade unvereinbar sei und fragt provokant: „*Should we regard strong judicial review as the epitome of the rule of law or as yet another part of the problem that the rule of law is supposed to solve? If we believe in the rule of law not men, does ‘men’ include black-robed judges sitting in a courtroom?*“²⁰

Warum soll, was Verfassungsjuristen und Rechtsphilosophen erlaubt ist, nicht auch den Laien unter den Mitgliedern des *demos* gestattet sein, nämlich über das Verhältnis von Recht und demokratischer Politik öffentlich zu deliberieren und zu streiten – ohne sich sogleich einem Populismus-Vorwurf gegenüber zu sehen. Oder wie Michael *Ignatieff* es ausdrückt: „*Instead of lamenting that populists are trampling on the previously well understood demarcations between law and politics, it is worth observing that these demarcations are always in question in any functioning democracy. They are simply more visible now.*“²¹

V. Abschließende Bemerkungen

Die Gefahr, welche Populismus für Demokratie darstellen kann, wurde im bisher Gesagten deutlich, ebenso die Bedeutung von möglichst offenen demokratischen Diskursen über „Volk“ und „Recht“. Abschließend wäre mir wichtig, noch einen Aspekt hervorzuheben: So wie Populismus für Demokratie bedrohlich sein kann, geraten auch bestimmte Reaktionen auf populistische Gefahren mitunter selbst

¹⁸ *Grimm*, Recht oder Politik.

¹⁹ *Grimm*, Recht oder Politik, 41.

²⁰ *Waldron*, The rule of law and the rule of courts, *Global Constitutionalism* 2021 (10), 100; vgl. auch *Waldron*, The core case against judicial review, *The Yale Law Journal* 2006 (115); *Bellamy*, *Political Constitutionalism* (2007) Cambridge; *Tushnet*, *Taking the Constitution away from the Courts* (2000) Princeton.

²¹ *Ignatieff*, Democracy versus democracy: The populist challenge to liberal democracy, *LSE Public Policy Review* 2020 (1), 2.

zu demokratiegefährdenden Manövern. *Mudde* schreibt dazu: *“Elitism is populism’s mirror image: it shares its Manichean worldview, but wants politics to be an expression of the views of the moral elite, instead of the amoral people.”*²² Die in jüngster Zeit vermehrt vernehmbaren Sympathien für epistokratische „Korrekturen“ gegenwärtiger Massendemokratien – von Theorien und Abhandlungen bis zu legitimatorisch fragwürdigen „Mini-Publics“ bzw. „Bürgerräten“ – sind gerade auch als Reaktionen auf die scheinbar unbändige populistische Gefahr zu erklären. Doch sollte man sich stets besinnen, worin diese Gefahr denn liegt: In der Teilung des *demos* in seine „guten“ und „verdorbenen“ Bestandteile. Ein Anti-Populismus, der in diese Falle läuft, tut der Demokratie gerade keinen Dienst, er verschlimmert das Problem.

Dazu, wie dieses Problem denn überhaupt behoben oder immerhin gemildert werden könnte, darüber liegen zahlreiche Vorschläge vor, die hier nicht vertieft diskutiert werden können. Der auch von Langer rezipierte *David Goodhart* jedenfalls mahnt: *“Without a more rooted, emotionally intelligent liberalism that can find the common ground between Anywheres and Somewheres, the possibility of even more unpleasant backlashes cannot be completely rules out [...]”*²³ Das erinnert an *Richard Rorty*, der bereits vor über zwanzig Jahren einen heute wiederum vielbeachteten Text verfasst hat, in dem er (für die Vereinigten Staaten) warnt, dass wenige Privilegierte vom kulturellen Kosmopolitismus profitieren werden, viele aber unter dem ökonomischen Kosmopolitismus leiden werden. Ohne Fokus auf die soziale Frage (anstatt auf selbstverliebte akademische Debatten), ohne positive nationale Werte und bürgerlichen Gemeinsinn über politische Lager hinweg, drohten schmerzliche demokratische Einbußen durch populistischen Autoritarismus. *„At that point, something will crack“*.²⁴

Heute, wo dieser Bruch an so vielen Stellen zu Augen tritt, reicht es nicht, ihn nur zu beklagen. Vielmehr sollten wir ihn als Ansporn begreifen, daraus Lehren zu ziehen für die Vision einer beständigen, vertieften Demokratie.

²² *Mudde*, *The Populist Zeitgeist*, 543 f.

²³ *Goodhart*, *The Road to Somewhere. The New Tribes Shaping British Politics* (2017) London, 13.

²⁴ *Rorty*, *Achieving Our Country. Leftist Thought in Twentieth-Century America* (1999) Cambridge, MA, 90; vgl auch *Dirke/Selk*, *Der hilflose Antipopulismus*, *Leviathan* 2015 (43).