

*Walter Berka*

# Die EMRK – ein Menschenrechtskatalog aus dem Geiste der Demokratie

- I. Die „beiden Gesichter der Freiheit“ und die Präambel der EMRK
- II. Menschenrechtstexte und Grundrechtstraditionen im Vergleich
- III. Vier Thesen zur Interdependenz von Demokratie und Menschenrechten
- IV. Skeptische Schlussbemerkungen

## **I. Die „beiden Gesichter der Freiheit“ und die Präambel der EMRK**

*Gerald Stourzh*, der Doyen der österreichischen Verfassungs- und Grundrechtsgeschichte, spricht in einem seiner jüngeren wissenschaftlichen Essays von der „modernen Isonomie“,<sup>1)</sup> also von einer Gleichberechtigungsordnung, in welcher der Menschenrechtsschutz und die demokratische Teilhabe sich als die „beiden miteinander verschränkten Legitimationssäulen politischer Herrschaft“ (*Jürgen Habermas*) verbinden.

Das ist das hier behandelte Thema. Um diesem Thema aber eine präzisere Fassung zu geben, die zugleich als kritische Frage formuliert ist: Ist es wirklich so, dass die Menschenrechte „aus dem Geiste der Demokratie“ entspringen, und lässt sich ein solcher Befund vor allem auch aus einer staatsrechtlichen Perspektive erhärten?

Tatsächlich gehört es zu den Konstanten der neuzeitlichen Staatsphilosophie, dass die Demokratie und die Menschenrechte nicht nur gleichursprünglich, sondern auch gleichgerichtet sind.<sup>2)</sup> Auf den ersten Blick sind Unterschiede indessen nicht zu übersehen: Hier die Demokratie als Staatsform des im Staatsverband vereinigten Kollektivs, beruhend auf staatsorganisatorischen Institutionen und auf Wahlen, an denen die Staatsbürger (und nur diese) teilnehmen, dort die Menschenrechte, die dem Einzelnen wegen seiner individuellen Würde

---

<sup>1)</sup> *Stourzh*, Die moderne Isonomie. Menschenrechtsschutz und demokratische Teilhabe als Gleichberechtigungsordnung (2015) insbesondere 74 ff. Im Einzelnen benennt *Stourzh* sechs notwendige Komponenten dieser Gleichberechtigungsordnung und fordert ergänzend zu den Menschenrechten und der Demokratie noch die allgemeine Rechtsfähigkeit, die Gleichheit vor dem Gesetz, die Entwicklung von Grundrechten und eine Verfassungsgerichtsbarkeit. Die zuletzt angeführten Prinzipien lassen sich freilich auch als notwendige Voraussetzungen und Inhalte den Menschenrechten zuordnen.

<sup>2)</sup> Vgl zB *Kielmansegg*, Demokratiebegründung zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität, in Schwartländer (Hrsg), Menschenrechte und Demokratie (1981) 99.

und zum Schutz seiner Autonomie zuerkannt werden und die grundsätzlich jedem Menschen, nicht nur dem Bürger, garantiert sind – was sich somit auf den ersten Blick deutlich unterscheidet, ist in dieser Sichtweise eng verbunden. Es sind die „beiden Gesichter der Freiheit“,<sup>3)</sup> die sich stützen und ergänzen, die freilich auch in ein Spannungsverhältnis treten können. Ein solches Bild wie das von den beiden Gesichtern der Freiheit lässt freilich offen, wie sich diese beiden Seiten zueinander verhalten, und in der Grundrechtsgeschichte hat sich das Verhältnis zwischen der politischen Partizipation und den Grundrechten durchaus differenziert dargestellt. Es wäre historisch falsch, würde man solche Unterschiede übersehen oder aus einer modernen Perspektive argumentativ einleiten.

Das Thema dieses Bandes ist freilich die Europäische Menschenrechtskonvention, und insoweit kann man von einem eindeutigen, auch normativ gestützten Befund ausgehen: Von all den großen Menschenrechtsdokumenten des 20. Jahrhunderts hebt kein einziges den Zusammenhang zwischen der Demokratie und dem Schutz der Menschenrechte so eindeutig hervor wie die EMRK. Wie ihre Präambel als Ausdruck einer „tiefen Überzeugung“ („*profound belief*“) betont, beruhen die Grundfreiheiten „auf einem wahrhaft demokratischen politischen Regime einerseits (franz. *régime politique véritablement démocratique*; engl. *effective political democracy*) und auf einer gemeinsamen Auffassung und Achtung der Menschenrechte andererseits“. Menschenrechte im Sinne von „*Human Rights*“ und die Demokratie werden in diesem Sinne als gleichwertige Garantien eines effektiven Schutzes der Grundfreiheiten aufgefasst, welche (ebenefalls nach den Worten der Präambel) die Grundlage der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt sind. Nimmt man dieses Bekenntnis beim Wort,<sup>4)</sup> wird hier ein Zusammenhang postuliert, der über die schon angesprochene Gleichursprünglichkeit und Gleichsinnigkeit der Rechte und der Demokratie hinausgeht. Denn die Präambel erklärt das demokratische Regime zu einer Gewährleistungsbedingung des Menschen- und Grundrechtsschutzes, mithin zu seiner *Conditio sine qua non*, so wie umgekehrt die Menschenrechte die notwendige Existenzgrundlage der Demokratie bilden. Es ist kein extrinsisches Nebeneinander bestehender Institutionen, das hier angesprochen wird, sondern ein intrinsisches Verhältnis des wechselseitigen Verwiesenseins.<sup>5)</sup> So gesehen wirft die EMRK tatsächlich ein neues Licht auf die Rechte, möglicherweise nicht der Sache nach, aber jedenfalls in der Ausdrücklichkeit, wie das ihre Präambel tut.

<sup>3)</sup> Nachweise zu diesem vielfach verwendeten Bild bei *M. Nowak*, Politische Grundrechte (1988) 29.

<sup>4)</sup> Zur Maßgeblichkeit der Präambel als Auslegungshilfe vgl *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar<sup>3</sup> (2009) 13; aus der Judikatur vgl die Bezugnahme auf die Werte einer demokratischen Gesellschaft und die Präambel zB in EGMR, 6.9.1978, Nr 5029/71 – Klass, Rz 55; EGMR, 30.1.1998, Nr 133/1996/752/951 – United Communist Party of Turkey, Rz 45; EGMR, 2.9.1998, Nr 65/1997/849/1056 – Ahmed, Rz 52.

<sup>5)</sup> Ähnlich aus einer politikwissenschaftlichen Perspektive *Beetham*, Democracy and Human Rights (1999 und 2003) 89 ff; *ders*, Linking Democracy and Human Rights, Peace Review Sept 1997, 351 (352 f).

Für diese explizite Eindeutigkeit gibt es keine Vorbilder, weder in den Texten, die der Konvention als Bezugspunkt und Vorbild gedient haben, noch in der Geschichte der Menschen- und Grundrechte.<sup>6)</sup> Das soll im Folgenden mit einem kurzen Rückblick in die Grundrechtsgeschichte aufgezeigt werden, bevor die Relevanz dieses Zusammenhangs zwischen der Demokratie und den Rechten in einzelnen Thesen behandelt und zum Schluss kurz die Frage aufgeworfen werden wird, ob man auch weiterhin auf diese Zuversicht setzen kann, welche die Präambel zum Ausdruck bringt, nämlich die Zuversicht, dass Demokratie und Menschenrechte in harmonischer Weise zueinander finden und sich wechselseitig stützen und ergänzen.

## II. Menschenrechtstexte und Grundrechtstraditionen im Vergleich

Zum Beginn somit ein kurzer Blick in die Vorgängertexte: Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen, auf welche sich die EMRK ganz unmittelbar bezieht, spricht eindrücklich die gerade überwundenen Gräueltaten von Krieg und Unrechtsherrschaft an, die den internationalen Schutz der Menschenrechte motivieren. Neben den so begründeten Freiheitsrechten, die zu Vorlagen für künftige Menschenrechtsdokumente wurden, gibt die Erklärung auch der politischen Freiheit Raum und bezieht das Recht des Einzelnen auf Teilnahme an allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen in den Katalog der gewährleisteten Rechte ein (Art 21). Demokratie als Begriff und Staatsform werden aber nicht genannt, und dass die Demokratie die Voraussetzung oder Bedingung für einen effektiven Menschenrechtsschutz ist, lässt dieses Dokument in keiner Weise erkennen. Nur als Maßstab für die Schranken und Grenzen, die den Menschenrechten gezogen werden dürfen, bezieht sich die Allgemeine Erklärung auf die Werte einer „demokratischen Gesellschaft“ (Art 29), ein dogmatisches Element, dem man in der EMRK wieder begegnen wird.

Im Prinzip ein vergleichbares Bild bieten auch die beiden UN-Menschenrechtspakete, deren Entwürfe die Arbeiten am Text zur EMRK unmittelbar inspiriert haben. Auch in diesen Menschenrechtsverträgen tritt zu den Freiheitsrechten des Zivilpaktes und zu den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten des zweiten Paktes das politische Recht der Bürger auf Teilnahme an Wahlen. Dieses ist freilich, unter einem unklaren Vorbehalt gestellt, in wenig wirksamer

<sup>6)</sup> Erst in der unmittelbaren Vorgeschichte der Konvention tritt der Zusammenhang von Demokratie und Menschenrechten erstmals in Erscheinung: Vgl. dazu die 1949 in Den Haag angenommene Resolution des Kongresses der (zivilgesellschaftlichen) Europäischen Bewegung und den in diesem Zusammenhang erarbeiteten ersten Entwurf einer Konvention (*Draft Convention*); dazu *Teitgen*, Introduction to the European Convention on Human Rights, in Macdonald/Matscher/Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) 3 (5 ff); *Bates*, *The Evolution of the European Convention on Human Rights* (2010) 44 ff; *Weiß*, *Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (1954) 3 f mit Abdruck des Entwurfs ebenda, 37 ff.

Weise ausgestaltet.<sup>7)</sup> Ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Demokratie und den Rechten ist auch den universellen Menschenrechtspakten fremd.

Dieser Befund ist nicht überraschend. Abgesehen vom ideologischen Streit zwischen Ost und West über das richtige Demokratieverständnis, der so wie andere politische Kontroversen die Entstehung der beiden UN-Pakte überschattete, galt die Entscheidung für eine bestimmte Staatsform zur Zeit der Entstehung dieser Dokumente ganz eindeutig als eine Sache der inneren Staatsorganisation und als Ausdruck der einzelstaatlichen Souveränitätsbehauptung.<sup>8)</sup> Die Festlegung auf eine bestimmte Staatsform hätte den auf universeller Ebene erzielbaren Minimalkonsens gesprengt.

Ein anderes und stärker differenziertes Bild zeigt sich bei einem Blick in die konstitutionellen nationalstaatlichen Grundrechtstraditionen. Dabei soll nur kurz auf die beiden „großen“ Wurzeln dieser Tradition eingegangen werden, nämlich auf die amerikanischen Rechteerklärungen und die französische Déclaration von 1789. Verfasst im Geiste des Naturrechts und der Aufklärung geben diese Dokumente den beiden Seiten der Freiheit durchaus Ausdruck und Gestalt. Am deutlichsten zeigt sich das in der Unabhängigkeitserklärung der amerikanischen Kolonien, in der bereits die Interdependenz von politischer Teilhabe und dem Genuss der unveräußerlichen Rechte anklingt: Denn, wie es in der Erklärung von 1776 heißt, „*to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed*“.

Im positiven Verfassungsrecht wird das hier angedeutete Bedingungsverhältnis von demokratischer Teilhabe und Menschenrechtsgewährleistung freilich überlagert und verdunkelt, und zwar in erster Linie durch die realen politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse der Zeit. Zwar kommt den Menschenrechten in den neu gegründeten Staaten Amerikas der Charakter von Staatsfundamentalnormen zu, welche die Staatsgründung legitimieren und auf die das Verfassungsgebäude aufbaut. Sie (die Rechte) bilden mit den Worten der Virginia Bill of Rights die „*basis and foundation of government*“. Die staatsorganisatorischen Grundsätze einer Verfassungsordnung, die auf Volkssouveränität, repräsentativer Demokratie und Gewaltenteilung beruht, lassen sich somit daraus ableiten. Konsequenterweise gewährleiten die Bill of Rights der neuen amerikanischen Staaten das Recht des Volkes zur Teilhabe an der Gesetzgebung und damit das Wahlrecht neben den bürgerlichen Freiheiten.<sup>9)</sup> Freilich war es eine Demokratie der Besitzenden und der freien Männer, und so drückt sich die Interdependenz von politischer Mitbestimmung und Gewährleistung der Rechte eher in dem Umstand aus, dass ein Großteil der Bevölkerung, die Besitzlosen, die Frauen und die Sklaven, von beidem ausgeschlossen war, von der demokratischen Mitwirkung ebenso wie vom Menschenrechtsschutz.

---

7) Dazu, dass auch die Aufnahme dieser politischen Rechte in den Pakt nicht unumstritten war, vgl. *M. Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights<sup>2</sup> (2005) 566 ff; ebenda zum kompromisshaften Charakter dieser Gewährleistung.

8) Vgl. *M. Nowak*, U.N. Covenant (Fn 7) 564.

9) Vgl. zB Art 6 der Virginia Declaration of Rights oder Art 6 der Declaration of Rights in der Verfassung von Delaware.

Auch in der französischen Verfassungsentwicklung, wie sie durch die Menschenrechtserklärung von 1789 eingeleitet wurde, standen die Besitzlosen und die Frauen noch für lange Zeit außerhalb der Verfassungsgewährleistung, selbst wenn diese zumindest der Theorie nach auf den Prinzipien der Egalität und Volkssouveränität beruhen sollte, deren Endzweck die Erhaltung der natürlichen und unabdingbaren Menschenrechte ist.<sup>10)</sup> Hinzu kommt im Falle Frankreichs die Idealisierung der Nation sowie des Allgemeinwillens (*volonté générale*), der im Gesetz (*la loi*) zum Ausdruck gebracht wird, wobei dem Gesetz ein Vorrang eingeräumt wird, durch den erst die Menschenrechte der Déclaration wirksam werden.<sup>11)</sup> Die weitere Rechtsentwicklung im Bereich der Grundrechte ging dann ohnedies andere Wege, ungeachtet des Pathos, der theoretischen Bedeutsamkeit und der geistigen Ausstrahlungskraft, welche den Rang der französischen Erklärung bis heute begründen.<sup>12)</sup>

Den rechtlichen Rahmen für die weitere Entwicklung der Grundrechte, die letztlich mit einiger Verspätung auch zum österreichischen Staatsgrundgesetz von 1867 führen sollte, bildeten das Verfassungsrecht der konstitutionellen Monarchien und die Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts. Mit dem monarchischen Prinzip, das die Staatsmacht dem Monarchen zuordnete und das die Bürger als Untertanen – auch hier eingeschränkt auf die männlichen Besitzbürger – auf eine bloße Mitwirkung an der Gesetzgebung beschränkte, lösten sich die Grundrechte aus dem Zusammenhang mit der politischen Mitbestimmung.<sup>13)</sup> Sie wurden zu Gewährleistungen einer Freiheit, die einer apolitisch gedeuteten bürgerlichen Gesellschaft zugeordnet wurde, die, in mehr oder minder schroffem Gegensatz zum verfassten Staat gedacht, diesem untergeordnet war. Die Identifikation der Herrschaftsgewalt mit der Staatsgewalt gibt nun der Freiheit nur außerhalb der Staatsgewalt Wirklichkeit. Die bescheiden konzipierten politischen Rechte lösten sich von den Freiheitsrechten ab, mit der Tendenz, sie als dem Wesen nach verschieden zu sehen.<sup>14)</sup>

<sup>10)</sup> Zur prägenden Systematik der Déclaration auch aus einer zeitgenössischen verfassungstheoretischen Perspektive vgl. *Wiederin*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 als universelle Staatsverfassung, in *Berka-FS* (2013) 289.

<sup>11)</sup> Vgl. zu den Unterschieden zwischen den amerikanischen und der französischen Rechteerklärungen etwa auch *Stourzh*, Isonomie (Fn 1) 57 ff.

<sup>12)</sup> Vgl. zu der bewusstseinsprägenden Wirkung der Déclaration sowie zu ihrer geringen Relevanz für die französische nachrevolutionäre Verfassungsentwicklung *Schmale*, Grund- und Menschenrechte in vormodernen und modernen Gesellschaften Europas sowie *ders*, Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte in Frankreich vom 15. Jahrhundert bis zur französischen Revolution, in *Gradner/Schmale/Weinzierl* (Hrsg.), Grund- und Menschenrechte. Historische Perspektiven – Aktuelle Problematiken (2002) 29 (35 ff) und 77 (97 ff).

<sup>13)</sup> Vgl. aber zu einer differenzierteren Darstellung der Entwicklung, vor allem mit Hinweisen zum Frühkonstitutionalismus, der anknüpfend an die programmatische Funktion der Grundrechte die Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung und die Gesetzgebung selbst noch als Grundrechtsverwirklichung auffassen konnte, *Berka*, Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, *ÖZÖR* 37 (1986) 71 (75 ff) mwN.

<sup>14)</sup> Vgl. dazu mwN *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982) 52 ff.

Gleichsam auf den dogmatischen Punkt brachte dies dann die eindrucksvolle Grundrechtstheorie *Georg Jellineks*. Wenn er die Freiheitsrechte des Status negativus mit der Freiheit von gesetzwidrigem Zwang gleichsetzt und sie kategorisch von den Rechten des Status activus abtrennt, treten der Staat und die Gesellschaft auch auf der Ebene der Grundrechtstheorie auseinander.<sup>15)</sup>

So lässt sich ein erstes Zwischenresumee ziehen: Wenn es die historische Leistung der frühen Grundrechtsdokumente des 18. Jahrhunderts war, Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und politische Mitbestimmung in einen systematischen Zusammenhang gebracht zu haben,<sup>16)</sup> zumindest in der Theorie, war das eine Traditionslinie, die mit dem fortschreitenden 19. Jahrhundert historisch versiegte und dogmatisch durch den staatsrechtlichen Positivismus abgeschnitten wurde.

Die Begründung demokratischer Verfassungsstaaten nach dem Ersten Weltkrieg hätte dann freilich Anlass gegeben, die Grundrechte aus der Demokratie heraus neu zu begründen. Ist der Staat Ausdruck einer bestimmten Organisation der rechtlichen Willensbildung in der politischen Gemeinschaft und ist diese Willensbildung durch die Grundrechte rechtlich gebunden, verliert die Vorstellung ihre Überzeugungskraft, wonach die Freiheitsrechte ausschließlich eine staatsfreie Gesellschaft von einer ihr fremd gegenüberstehenden Herrschaftsgewalt abschirmen. Denn es ist das demokratisch erzeugte und an die Grundrechte gebundene Gesetz, durch das sich die Gesellschaft gleichberechtigter Bürgerinnen und Bürger ihre gesellschaftliche Ordnung gibt. Dass sich Demokratie und Grundrechte auf diese Weise wechselseitig bedingen und ergänzen, wäre die naheliegende Konsequenz gewesen.

„Wäre“, denn aus verschiedenen Gründen konnte dieser Zusammenhang allenfalls im politischen Diskurs wirksam werden, aber weder die Praxis der Grundrechte noch die Staatsrechtslehre der Zwischenkriegszeit maßgeblich beeinflussen. Somit – und nun schließt sich der Kreis – war es tatsächlich die Europäische Menschenrechtskonvention, welche die Rechte erstmals *expressis verbis* „aus dem Geiste der Demokratie“ begründete.

Der unmittelbare Anstoß für das in der Präambel der Konvention bekundete Verständnis ist bekannt. Es war ein dominantes politisches Anliegen, und zwar ein solches, das nach außen, aber ebenso nach innen zielte. Nach außen gerichtet war das Bekenntnis zu einer wahrhaft demokratischen politischen Ordnung als Grundlage der Rechte ein Ausdruck des politischen Selbstbehauptungswillens der im Europarat zusammengeschlossenen westeuropäischen Staaten mit einer Stoßrichtung gegen den totalitären Kommunismus. Es war aber zugleich und zum anderen ein Zeichen einer demokratischen Konsolidierung in Europa und eine Rückversicherung gegen die mögliche Erosion ihrer demokratischen Strukturen in der Zukunft angesichts der Erfahrungen der gerade überwundenen jün-

<sup>15)</sup> Vgl. *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudruck der 2. Auflage (1964) 103 ff. Zu weiteren Vertretern des staatsrechtlichen Positivismus des 19. Jahrhunderts unter den hier diskutierten Aspekten vgl. *M. Nowak*, Grundrechte (Fn 3) 56 ff.

<sup>16)</sup> So in Anlehnung an *Schmale* formuliert; vgl. *Schmale*, Grund- und Menschenrechte in vormodernen und modernen Gesellschaften Europas (Fn 12) 68.

geren Geschichte.<sup>17)</sup> Und möglich wurde dieses gemeinsame Bekenntnis zur Demokratie, weil die Konvention von einer Gruppe von Staaten und von Gesellschaften getragen wurde, die sich auf einen tragfähigen Konsens stützen konnten, und zwar im Hinblick auf die Rechte und die Bedingungen einer „wahren“ demokratischen Ordnung. *Luzius Wildhaber* konnte daher die Konvention nicht ohne Grund als eine Art von „Versicherungspolizze“ für die demokratische Stabilität in Europa bezeichnen.<sup>18)</sup>

Damit greift die Präambel mit ihrer Demokratieklauselel ungeachtet dieser zeitbedingten Motivation wiederum den um vieles älteren Traditionsstrang auf, der – wie angedeutet – auf die demokratischen Grundrechtstheorien Amerikas und Frankreichs zurückverweist, der in der Folge verschüttet war, der sich aber jetzt wieder in Erinnerung rufen kann. So betrachtet spricht die Präambel tatsächlich die Quintessenz eines angemessenen Grundrechtsverständnisses an, und zwar gemessen an den Bedingungen und Voraussetzungen des demokratischen Verfassungsstaates und einer demokratischen Gesellschaft. Dass die eigentlichen Triebkräfte, die zur Konvention führten, zivilgesellschaftliche Initiativen waren, ist so gesehen mehr als nur eine historische Zufälligkeit. Denn es waren gerade Akteure wie die Liga der Menschenrechte und andere Organisationen einer demokratischen Gesellschaft, die den entscheidenden Anstoß für die Schaffung eines wirksamen europäischen Menschenrechtsschutzes und diesem Prozess sodann jenes Momentum gaben, das angesichts der eher hemmenden Interessen der Regierungen notwendig war.<sup>19)</sup> Dass die Demokratie, welche die Präambel als die „wahrhafte“ im Auge hat, sich nicht in einer Staatsorganisationsform und ihren Institutionen erschöpft, ist so gesehen vielleicht kein Zufall. Darauf wird noch zurückzukommen sein, wenn ich mich nun der aktuellen Bedeutung jener Interdependenz von Demokratie und Grundrechten zuwende, welche die Präambel beschwört.

### III. Vier Thesen zur Interdependenz von Demokratie und Menschenrechten

Ob die Grundrechte und die demokratische Ordnung tatsächlich in einem wechselseitigen Gewährleistungszusammenhang stehen und dieser Zusammenhang die einem demokratischen Verfassungsstaat und demokratischen Gesellschaften angemessenen Bedingungen und Voraussetzungen beschreibt, hängt nicht allein von einem feierlichen Bekenntnis in einer Präambel ab. Zu fragen ist, ob sich dieser Zusammenhang in der rechtlichen Wirklichkeit einer aktuellen Verfassungsrechtsordnung bestätigen lässt. Ein solcher Beweis müsste weiter ausgreifen, als das an dieser Stelle möglich ist. Diese Einschränkung muss man

<sup>17)</sup> Zu beiden Aspekten vgl *Grote*, in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG Koncordanzkommentar I<sup>2</sup>* (2013) Präambel Rz 10 (20).

<sup>18)</sup> *Wildhaber*, *Demokratie und Menschenrechte* (2002) 9.

<sup>19)</sup> Vgl dazu *Schmale*, *Grund- und Menschenrechte in vormodernen und modernen Gesellschaften Europas* (Fn 12) 69 f; *Weiß* (Fn 6) 3 f.

nicht zuletzt angesichts der Mehrdimensionalität der Rechte machen, weil sich die Situation bei den Freiheitsrechten anders darstellt als bei Verfahrensrechten oder bei den sozialen und kulturellen Rechten. Freilich spricht einiges dafür, dass der hier diskutierte Befund, zwar *mutatis mutandis*, aber jedenfalls im Prinzip für alle Menschenrechte Geltung beanspruchen kann.<sup>20)</sup> Das Folgende beschränkt sich daher auf kursorische, thesenhaft formulierte Anmerkungen primär zu den Freiheitsrechten.

(1) Demokratie und Grundrechte sind aufeinander angewiesen, weil das demokratisch erzeugte Gesetz Bedingungen und Grenzen der menschlichen Freiheit normiert und auf diese Weise Freiheit, Gleichheit und Menschenwürde in einer demokratischen Gesellschaft konkret werden können.

Diese erste These formuliert grundrechtsdogmatisches Gemeingut. Im demokratischen Gesetzesstaat, der zugleich Grundrechtsstaat ist, bedarf es des Gesetzes – und zwar des demokratisch legitimierten, auf den Willen des Volkes zurückführenden Gesetzes –, um zwischen der Freiheit des Einzelnen und den Bedürfnissen und Notwendigkeiten der Allgemeinheit oder anderer Einzelner einen gerechten Ausgleich herzustellen. Der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt bestätigt diese Funktion exemplarisch, vor allem wenn er – wie in der EMRK – auf das Leitbild einer „demokratischen Gesellschaft“ verweist.<sup>21)</sup>

Durch den Gesetzesvorbehalt wird die Handlungsverantwortung der demokratischen Legislative sichtbar gemacht: Wie der Freiheitsspielraum des Einzelnen abgegrenzt wird, ist Sache des Gesetzes, und die Freiheit des Menschen hängt sodann in erster Linie davon ab, dass das Gesetz die grundrechtlich geschützten Freiheitssphären in einer maßhaltenden und gerechten Weise bemisst. Gerade weil die Freiheit der Grundrechte in den meisten Fällen keine absolute Freiheit ist, sondern das Resultat von Abwägungsprozessen der unterschiedlichsten Art, ist es ein Erfordernis der Demokratie und gleichermaßen des effektiven Freiheitschutzes, dass der Freiheitsspielraum des Einzelnen ebenso wie dessen Grenzen auf den Willen des Volkes zurückgeführt werden können. Denn „die Alleinherrschaft neigt zu Hybris, fühlt sich niemand verantwortlich, vergeht sich an Frauen und tötet Männer ohne Gerichtsverfahren“. Das waren die Worte, die bereits *Herodot* dem *Otanes* in den Mund legt, wenn dieser als Redner in der berühmten „Verfassungsdebatte“ mit den persischen Großen die Demokratie verteidigt.<sup>22)</sup> Auch nüchterner betrachtet dürfte es sich empirisch erhärten lassen, dass Demokratien mit den Freiheitsrechten ihrer Bürgerinnen und Bürger sorgfältiger umgehen als autoritäre Staaten.

Dass die demokratisch legitimierte Mehrheitsentscheidung ihrerseits fehlerhaft und als Verdikt einer „Tyrannei der Mehrheit“ (*J. St. Mill*) grundrechts-

<sup>20)</sup> Vgl zu einer Analyse der Interdependenzen zwischen Demokratie und Menschenrechten mit Bezug auf die unterschiedlichen Kategorien von Menschenrechten *Beetham*, *Democracy* (Fn 5) 95 ff.

<sup>21)</sup> Vgl zum Leitbild der demokratischen Gesellschaft mwN *Berka* (Fn 13) ÖZÖR 37, 94 f: Die demokratische Gesellschaft ist die soziale Demokratie in den Formen des Rechtsstaates, der die Freiheit und Würde des Menschen zu ihrem Höchstwert erhoben hat.

<sup>22)</sup> *Herodot*, *Historien*, zit nach *Stourzh*, *Isonomie* (Fn 1) 23.

widrig sein kann, ist kein Widerspruch, sondern Ausdruck der Dialektik des Grundrechtsschutzes im demokratischen Verfassungsstaat: nämlich dass dem demokratisch erzeugten Gesetz zwar der angemessene und gerechte Ausgleich der Interessen zwischen dem Einzelnen und den Erfordernissen der öffentlichen Ordnung auferlegt ist und das Gesetz bis zum Nachweis des Gegenteils auch eine gewisse Vermutung für seine Richtigkeit beanspruchen kann, diese Vermutung aber widerlegbar ist. Wenn Verfassungsgerichte einerseits einen mehr oder weniger weit bemessenen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum auch in Grundrechtsfragen anerkennen, aber die Kompetenz beanspruchen und beanspruchen müssen, diesen zu überprüfen, bestätigt sich diese Dialektik auf der Ebene des rechtsstaatlichen *Judicial Review*.

Die Verwiesenheit von Demokratie und Grundrechtsschutz ist somit aufgegeben, auch und gerade auch, weil sie im Einzelfall in Konflikt geraten können. In modernen Gesellschaften, die ein Maximum an Freiheit wollen, aber konkurrierenden Ansprüchen ebenso viel Gewicht beimessen, ob es um die Sicherheit oder um sozialstaatliche Umsorgung geht, wird dieser Ausgleich sicherlich nicht leichter, sondern schwieriger. Zugleich nimmt der Grundrechtsschutz an der Dynamik der modernen Gesellschaft teil: Welche Antworten auf die Bedrohungen durch den globalen Terror zu finden sind, wie eine Gesellschaft auf den Wandel der ethischen Auffassungen etwa im Bereich der Geschlechtsmoral oder wie sie auf den Institutionenwandel reagiert (denken wir an das aktuelle Beispiel der Institution Ehe), wirft unausweichlich Kontroversen auf, im Grundsätzlichen und in Einzelfragen. Freilich ist es gerade dieser Wandel von Auffassungen, für den demokratische Gesellschaften offen sind und den sie in möglichst rationaler Weise bewältigen sollten, wofür sie die besseren Voraussetzungen aufweisen als autoritären Staaten.

(2) Demokratie und Grundrechte sind aufeinander angewiesen, weil die Realisierung grundrechtlicher Freiheit in vielen Fällen von gesetzlichen Gewährleistungen abhängt, die demokratisch begründet sind.

Wie die jüngere Entwicklung der Grundrechte und vor allem auch die der EMRK zeigen, sind viele, ja eigentlich alle Freiheitsrechte, auf staatliche Gewährleistungen angewiesen, ziehen also positive Verpflichtungen des Staats („*positive obligations*“) nach sich. So ist der Staat nach Entscheidungen des VfGH dazu verpflichtet, die für ein menschenwürdiges Leben notwendigen Grundbedürfnisse abzudecken,<sup>23)</sup> was nicht nur aus dem Gleichheitsrecht abgeleitet, sondern ebenso gut (und wahrscheinlich tragfähiger) als eine Konsequenz des Grundrechts aus Art 3 EMRK angesehen werden kann. Vergleichbar folgt aus dem Recht auf Leben (Art 2 EMRK) die Verpflichtung, ein wirksames Justizsystem einzurichten, das bei ärztlichen Behandlungsfehlern entsprechende Ansprüche sichert.<sup>24)</sup> Die Beispiele ließen sich vielfach vermehren: Schutzpflichten, die aus einzelnen Freiheitsrechten abgeleitet werden, oder die Sicherung der menschlichen Freiheitssphäre durch Organisation und Verfahren sind etablierte dogmatische Kategorien.

<sup>23)</sup> So sinngemäß VfSlg 19.698/2012, 20.177/2017.

<sup>24)</sup> EGMR [GC], 19.12.2017, Nr 56.080/13 – Lopes de Sousa Fernandes.

Mehr noch als für die erste These gilt hier: Es ist primär Sache der demokratisch legitimierten Entscheidung, in welchem Ausmaß der Staat diesen Gewährleistungspflichten nachkommen kann, dies umso mehr, weil es um knappe staatliche Ressourcen und Prioritätsentscheidungen geht. Auch hier ist somit das demokratische Gesetz, das nach öffentlichem Diskurs, nach Abwägung der konkurrierenden Interessen und gestützt auf eine tragfähige Mehrheit des Volkes die nötigen Entscheidungen trifft, der beste Garant dafür, dass der Garantiegehalt der Menschenrechte in ausgewogener und angemessener Weise eingelöst wird.

(3) Demokratie und Menschenrechte sind aufeinander angewiesen, weil die politischen Grundrechte notwendige Voraussetzungen der demokratischen Willensbildung sind.

Diese dritte These nimmt die Verwiesenheit von Demokratie und Menschenrechten nunmehr aus der Gegenrichtung, nämlich der demokratischen Mitbestimmung, in den Blick. Auch sie greift einen bekannten Sachverhalt auf, der der Judikatur nationaler und internationaler Gerichte ebenso wie der Staatsrechtslehre geläufig ist. Die Staatsform der Demokratie realisiert sich zwar in gleichen, freien und geheimen Wahlen und Abstimmungen, also im Wege der politischen Mitwirkungsrechte im engeren Sinne. Diese setzen aber eine informierte und aufgeklärte Aktivbürgerschaft voraus, die ihre Mitwirkungsrechte selbstbewusst wahrnimmt, welche die Verantwortung der Regierungen auch zwischen den Wahlgängen einmahnt und zwischen politischen Alternativen frei wählen kann. Daher sind die politischen Freiheitsrechte unerlässliche Bedingungen einer realen Demokratie, also vor allem die Meinungs- und Medienfreiheit, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit und die Parteienfreiheit.

Wenn diesen Freiheiten wegen ihrer demokratiepolitischen Funktion eine „*preferred position*“ in grundrechtlichen Abwägungsprozessen eingeräumt wird, wenn die Rolle der Medien als „*public watchdog*“ dazu führt, dass ihre Position im Konflikt mit staatlichen oder privaten Interessen verstärkt wird oder dem auf die Straße getragenen Protest der Bürgerinnen und Bürger ein Vorrang eingeräumt wird, wenn dieser mit kommerziellen Interessen oder solchen am ungehinderten Straßenverkehr kollidiert, wird anschaulich, was etwa der EGMR meint, wenn er solche Freiheiten als die „Fundamente einer demokratischen Gesellschaft“ auszeichnet.<sup>25)</sup> Es ist die Robustheit und Potenz dieser Rechte, die gewährleisten, dass die demokratische Willensbildung nicht zur formalen Fassade verkommt.

Üblicherweise hat man diese politische Funktion gewisser Grundrechte im Auge, die auf die Prozesse der staatlichen Willensbildung und die entsprechenden verfassungsrechtlichen Institutionen ausgerichtet sind. Die vierte These führt über diesen institutionellen Zusammenhang hinaus.

(4) Demokratie und Menschenrechte sind aufeinander angewiesen, weil die Grundrechtsordnung in ihrer Gesamtheit jene freiheitliche Gesellschaft konstituiert, in der sich der seiner Rechte bewusste Einzelne als Mitglied einer selbstbewussten *Civil Society* entfalten kann.

<sup>25)</sup> So die stRSpr seit EGMR, 7.12.1976, Nr 5493/72 – Handyside.