

**Zeitschrift:** Schweizer Monat : die Autorenzeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur  
**Band:** 92 (2012)  
**Heft:** 1002

**Artikel:** Gespannte Lage  
**Autor:** Kirchgässner, Gebhard  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-735555>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 26.12.2024

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

### 3 Gespannte Lage

**Demokratie und Freiheitsrechte gelten als Zwillingsspaar. Sie ergänzen sich gut. Doch stehen politische und private Entscheidung, Mehrheitsbeschluss und Schutz des Individuums zugleich in einem Spannungsverhältnis. Wie lässt sich die Spannung auflösen?**

von Gebhard Kirchgässner

Der moderne, in der abendländischen Tradition stehende Staat ist durch zwei Prinzipien gekennzeichnet: Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Die beiden Konzepte, die gemeinhin gerne in einem Atemzug genannt werden, stehen in Wirklichkeit in einem Spannungsverhältnis.

Die Konstellationen, die sich daraus ergeben, sind durchaus paradox. So kann eine (extrem ausgebaute) direkte Demokratie dazu führen, dass vom Volk willkürliche Entscheide getroffen werden, die elementaren Menschen- bzw. Bürgerrechten, wie sie heute in der westlichen Welt weitgehend akzeptiert sind und wie sie sich in der Deklaration der Menschenrechte der Vereinten Nationen finden, eindeutig widersprechen. In der Schweiz betrifft dies vor allem Konflikte zwischen dem Ergebnis von Initiativen und der von ihr unterschriebenen Europäischen Menschenrechtskonvention, beispielsweise bei der Verwahrungs- oder der Ausschaffungsinitiative. Durch erstere wurde die lebenslange Verwahrung von extrem gefährlichen Gewaltstraftätern in der Verfassung festgeschrieben, ohne dass diesen das (in der Europäischen Menschenrechtskonvention festgehaltene) Recht auf periodische Überprüfung gewährt werden soll. Letztere zielt auf die Ausweisung krimineller Ausländer ohne Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit.

Gesetze, die gegen Menschenrechte verstossen, können aber auch in einer rein repräsentativen Demokratie erlassen werden, wie die Beibehaltung (bzw. Reaktivierung) der Todesstrafe in den Vereinigten Staaten zeigt, die auf Bundesebene keine

direkten Volksrechte kennen. Andererseits kann, wie das deutsche Beispiel zeigt, eine extrem weit ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit dazu führen, dass das Parlament selbst mit überwiegender Mehrheit bestimmte Entscheidungen nicht mehr so treffen kann, wie sie in anderen (Rechts-) Staaten getroffen werden, auch wenn diese keineswegs den allgemein anerkannten Menschenrechten widersprechen. Dies zeigt sich beispielsweise daran, wie weitgehend das deutsche Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber in Fragen des Schwangerschaftsabbruchs sowie selbst bei Fragen der Besteuerung bindet.

#### Zwei Verfassungstraditionen:

##### Ein Grundwiderspruch

Hinter diesen beiden Prinzipien stehen zwei unterschiedliche Verfassungstraditionen, eine «liberale» und eine «demokratische». Für erstere sind die individuellen Freiheitsrechte, für letztere die demokratische Mitbestimmung zentral. Die beiden Traditionen können sich auf unterschiedliche «Stammväter» in der Zeit der Aufklärung berufen. So nennt z.B. Friedrich August von Hayek u.a. David Hume, Adam Smith, Alexis de Tocqueville, Immanuel Kant, Wilhelm von Humboldt und James Madison als Vordenker der liberalen Tradition, Voltaire, Jean-Jacques Rousseau sowie Marquis de Condorcet als Vertreter der demokratischen Tradition. Der Grundwiderspruch zwischen dem (häufig als «Rule of Law») bezeichneten Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip ist zwar pragmatisch regelbar, aber nicht wirklich lösbar. Wie immer die verwendete Argumen-

#### Gebhard Kirchgässner

ist ordentlicher Professor für Volkswirtschaftslehre und Ökonometrie sowie Direktor des Schweizerischen Instituts für Aussenwirtschaft und Angewandte Wirtschaftsforschung an der Universität St. Gallen.

tation zur Legitimation bestimmter Normen auch aussehen mag, es gibt letztlich nur positives Recht, d.h. es muss eine (menschliche) Instanz geben, die jegliches Recht – und damit auch das grundlegende Verfassungsrecht – setzt. Dies gilt insbesondere für den säkularen Staat.

In der abendländischen (christlichen) Tradition wurden Grundrechte zunächst religiös begründet, indem alle Menschen als Geschöpfe Gottes betrachtet wurden. Gemessen an unseren heutigen Massstäben wurden diese Rechte, wenn überhaupt, damals nur sehr eingeschränkt gewährleistet. Mit der Ablösung einer religiösen Begründung durch die Aufklärung kam das Naturrecht, dessen Wurzeln freilich bis in die Antike zurückgehen, stärker ins Spiel: Allen Menschen sollten von Natur aus bestimmte unveräusserliche Rechte zustehen. Da die Natur aber nicht von sich aus spricht und da es unterschiedliche Auffassungen darüber geben kann und in verschiedenen Gesellschaften auch gibt, welche Rechte den Menschen von Natur aus zustehen, ist man auch hier letztlich wieder auf den gesellschaftlichen Konsens – und damit auf positives Recht – verwiesen.

Ein Versuch, hier dennoch einen Schritt weiterzukommen, kann in den neueren Vertragstheorien gesehen werden, wie sie nach dem Zweiten Weltkrieg wohl

weitgehend unabhängig voneinander von John C. Harsanyi, James Buchanan und Gordon Tullock sowie insbesondere von John Rawls entwickelt wurden. Hier wird folgendes Gedankenexperiment unternommen: Man stelle sich vor, dass die Menschen sich in der Situation eines «Urzustands» befänden, in dem sie über die zukünftige Verfassung entscheiden müssten. Sie befänden sich dabei hinter einem «Schleier des Nichtwissens»: Sie wissen zwar, wie die spätere Gesellschaft – in Abhängigkeit von ihrer Entscheidung – aussehen wird und welche Positionen darin existieren, aber sie kennen ihre eigene spätere Position nicht. Sie wissen auch nicht Bescheid über ihre späteren Fähigkeiten und Vorlieben. In dieser Situation werden sie sich für faire Regeln entscheiden. John Rawls nennt daher seinen Ansatz auch «Gerechtigkeit als Fairness».

Da im Urzustand alle Beteiligten – qua Konstruktion – gleich sind, kann ihre Entscheidung einstimmig erfolgen. Folgt man Rawls, dann werden sie zunächst folgenden Grundsatz festlegen: «Jedermann hat gleiches Recht auf das umfangreichste Gesamtsystem gleicher Grundfreiheiten, das für alle möglich ist.» Diese Grundfreiheiten dürfen «nur um der Freiheit willen eingeschränkt werden, und zwar in folgenden Fällen: (a) eine weniger umfangreiche Freiheit muss das Gesamtsystem der Freiheiten für alle stärken; (b) eine geringere als gleiche Freiheit muss für die davon Betroffenen annehmbar sein.» Dieser Ansatz rekurriert nicht mehr auf die Natur, sondern «nur noch» auf ein (aufgeklärtes) Eigeninteresse der Individuen. Um die Geltung von Menschenrechten in der Praxis zu gewährleisten, muss freilich auch hier wieder auf einen Konsens der Betroffenen und damit auf positives Recht zurückgegriffen werden. Wie immer man Grundrechte begründet, man kommt letztlich nicht um das Problem herum, dass alles geltende Recht (von Menschen) gesetztes und damit positives Recht ist.

Die Vertragstheorien sehen genauso wie das Naturrecht einen prinzipiellen Vorrang der individuellen Freiheitsrechte vor politischen Entscheidungen, auch

wenn diese demokratisch legitimiert sind. Selbstverständlich darf die Gesellschaft Entscheidungen treffen, die mit individuellen Freiheitsrechten kollidieren, doch sind dabei Grenzen einzuhalten, wenn nicht Willkür herrschen soll. In modernen Gesellschaften sind die wesentlichen Menschen- und Bürgerrechte deshalb durch die Verfassung garantiert. In dieser ist auch festzulegen, unter welchen Bedingungen und wie sie gegebenenfalls eingeschränkt werden dürfen. Um sich gegen willkürliche Änderungen abzusichern, sind die Verfassungen üblicherweise nur schwer zu ändern. Ausserdem hat das Verfassungsgericht die Aufgabe einer Hüterin dieser Rechte und vertritt damit – auch gegenüber der demokratisch legitimierten gesetzgebenden Körperschaft – das Rechtsstaatsprinzip. Dies kann freilich nicht verhindern, dass –

### Es gibt ein Spannungsfeld zwischen direkten Volksrechten und individuellen Freiheitsrechten.

ebenfalls auf demokratischem Weg – eine neue Verfassung in Kraft gesetzt wird, welche die demokratischen Mitwirkungsrechte und/oder die bürgerlichen Freiheitsrechte beschneidet, wie dies beispielsweise vor einigen Jahren in Liechtenstein geschehen ist, als (sogar unter Anwendung eines direktdemokratischen Verfahrens) eine neue Verfassung beschlossen wurde, die dem Fürsten beispielsweise das Recht einräumt, unliebsame Richter zu entlassen und das Veto gegen in einer Volksabstimmung beschlossene Gesetze einzulegen.

### Ergebnisse empirischer Untersuchungen

Man kann sich fragen, inwieweit Einschränkungen individueller Freiheitsrechte durch Volksentscheide tatsächlich ein relevantes Problem darstellen oder ob es sich hier nur um rein theoretische Überlegungen handelt, die in der Praxis keine Rolle spielen. Hierzu gibt es einige empiri-

sche Arbeiten, insbesondere für die Vereinigten Staaten, aber auch für die Schweiz. Sie untersuchen, inwiefern direkte Volksrechte zur Einschränkung oder Ausweitung individueller Freiheitsrechte, vor allem von Minderheitenrechten, geführt haben.<sup>1</sup>

In den Arbeiten für die Vereinigten Staaten drehte es sich vor allem um die Rechte von Homosexuellen, insbesondere deren Recht auf Gleichstellung, was eheliche Beziehungen betrifft, aber u.a. auch um das Recht auf Abbruch einer Schwangerschaft bzw. die Rolle der Eltern beim Schwangerschaftsabbruch einer Minderjährigen, um die Rolle des Englischen als einziger bzw. zumindest dominierender Sprache sowie um die Zulässigkeit besonderer Regelungen zur Förderung von Minderheiten («affirmative actions»).

Fasst man die Ergebnisse all dieser Arbeiten zusammen, dann zeigt sich eine deutliche Ambivalenz bezüglich des Verhältnisses zwischen direkter Demokratie und Menschenrechten. Es gibt eine ganze Reihe von Beispielen dafür, dass Minderheitenrechte mit Hilfe direktdemokratischer Verfahren eingeschränkt wurden, und weniger Beispiele dafür, dass sie mit Hilfe dieser Verfahren ausgeweitet wurden. Es bleibt jedoch offen, ob das Ergebnis grundlegend anders wäre, wenn das politische System rein repräsentativ wäre. Das methodische Problem herauszufinden, was (kontrafaktisch) geschehen wäre, wenn diese Rechte nicht zur Verfügung gestanden hätten, ist nicht nur ausserordentlich schwierig zu lösen, sondern es wird in vielen Arbeiten auch gar nicht erkannt, dass hier ein Problem besteht.

Mit Hilfe der direkten Volksrechte lassen sich Mehrheitsmeinungen freilich leichter durchsetzen als im rein repräsentativen System.

<sup>1</sup> Die vielleicht wichtigsten Arbeiten über die Schweiz sind: Bruno Frey und Lorenz Goette (1998): Does the Popular Vote Destroy Civil Rights?, *American Journal of Political Science* 42, S. 1343–1348; Anna Christmann (2012): Die Grenzen direkter Demokratie, Nomos, Baden-Baden, sowie die Arbeiten in Adrian Vatter (2011) (ed.): Vom Schächt zum Minarettverbot: Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie, Verlag Neue Zürcher Zeitung, Zürich. Zur Übersicht über die Arbeiten bis einschliesslich 2008 siehe Gebhard Kirchgässner (2009): Direkte Demokratie und Menschenrechte, *Jahrbuch für direkte Demokratie* 1, S. 66–89.

tativen System: Die direkte Demokratie reagiert sensibler auf die Präferenzen der Bevölkerung. Damit hängt die Gewährung von Minderheitenrechten wesentlich von diesen Präferenzen ab. Ist eine deutliche Mehrheit einer Bevölkerung für die Einschränkung (Ausweitung) solcher Rechte, wird sich dies auch in der Politik widerspiegeln: im rein parlamentarischen System genauso wie in der direkten Demokratie.

Wieweit hier tatsächlich in fundamentale Rechte eingegriffen wird, hängt sehr davon ab, welche Rechte man den einzelnen zugestehen will. Ist es beispielsweise tatsächlich ein unbestrittenes Recht, dass man in Kalifornien Spanisch als zweite Amtssprache verwenden darf? Oder kann man nicht von Zuwanderern erwarten, dass sie (in relativ kurzer Zeit) Englisch als die Sprache ihres neuen Heimatlandes erlernen? Ähnliche Fragen lassen sich auch in bezug auf die Ausgestaltung der rechtlichen Beziehungen zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren stellen. Es dürfte wohl kaum zu bestreiten sein, dass man in diesen Fragen mit guten Argumenten unterschiedliche Auffassungen vertreten kann. Entscheidet sich eine Mehrheit im demokratischen Prozess für eine restriktivere Lösung, dann ist dies zwar zum Nachteil einer betroffenen Minderheit, aber es ist schwierig, dabei generell von der Verweigerung von «Rechten», insbesondere von «Menschenrechten» zu sprechen.

### Abschliessende Bemerkungen

Auch die Ergebnisse für die Schweiz zeigen kein einheitliches Bild. Am interessantesten sind die Beiträge in dem von Adrian Vatter herausgegebenen Sammelband. Dort wird der Einfluss der direkten Volksrechte auf die Rechte religiöser Minderheiten untersucht und gezeigt, dass es wesentlich darauf ankommt, ob diese von den Stimmberechtigten als «In-» oder als «Outgroups» wahrgenommen werden, d.h. ob diese Gruppen in die Gesellschaft integriert sind oder ob sie von der Mehrheitsgesellschaft als Aussenseiter betrachtet werden. Wie das Beispiel der jüdischen Minderheit zeigt, kann sich dies im Zeitablauf ändern. Für Outgroups ist die Gefahr

gross, dass Volksentscheide gegen ihre berechtigten Interessen ausfallen.

Auch wenn es gelegentlich bestritten wird, gibt es, wie gerade die jüngste Vergangenheit wieder gezeigt hat, ein Spannungsfeld zwischen direkten Volksrechten und individuellen Freiheitsrechten bzw. zwischen der Verwirklichung des demokratischen Prinzips und des Rechtsstaatsprinzips in einer modernen Gesellschaft. Wegen der Gefahr einer Tyrannei der Mehrheit, die seinerzeit bereits von James Madison in den «Federalist Papers» thematisiert wurde, betrifft dies insbesondere die Rechte von Minderheiten. Die Frage, ob solche Rechte in einer direkten Demokratie weniger stark gewährt werden als in einem rein parlamentarischen System, muss trotz der inzwischen recht umfangreichen Literatur zu diesem Thema offenbleiben. Und auch die Beispiele, die man aus verschiedenen Ländern anführen kann, lassen nicht den Schluss zu, dass die Rechte von Minderheiten in der Schweiz de facto besser oder weniger gut abgesichert wären als in anderen westlichen Demokratien. Empirisch recht gut abgesichert ist dagegen, dass die direkten Volksrechte dazu führen, dass die Politik sich stärker an der Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung orientiert.

Hierbei spielen die politischen Institutionen eine wesentliche Rolle. Dort, wo es um Verfassungsregeln zur Sicherung der Minderheitenrechte geht, hängt viel davon ab, wie einfach oder schwierig es ist, die Verfassung zu ändern. Wie jedoch insbesondere das Beispiel der Vereinigten Staaten mit ihrer nur sehr schwer zu ändernden Verfassung zeigt, kann man durch eine Veränderung ihrer Auslegung aber auch dann auf die Rechtswirklichkeit Einfluss nehmen, wenn der Wortlaut der Verfassung nicht geändert wird.

Im übrigen beschränkt sich das Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip nicht auf die direkten Volksrechte; auch das rein parlamentarische System ist damit konfrontiert. Auch Parlamente können individuelle Freiheitsrechte einschränken, und sie tun dies gelegentlich auch. Und selbst die Verfassungsgerichtsbarkeit garantiert keinen absoluten

Schutz der liberalen Freiheitsrechte: In Kalifornien revidierte zum Beispiel das oberste Gericht seine Einschätzung zur Verfassungsmässigkeit der Todesstrafe, als sich dessen Zusammensetzung änderte.

Wir müssen daher in diesem Bereich immer mit Kompromissen, d.h. mit nicht-idealen Lösungen leben. Das Verfahren, das in der Schweiz heute praktiziert wird, um das Spannungsfeld zwischen liberalem und demokratischem Prinzip im konkreten Fall aufzulösen, kann freilich kaum als befriedigend betrachtet werden: Es werden – wie beispielsweise im Fall der Verwahrungsinitiative – Gesetze erlassen, die, um mit dem Völkerrecht vereinbar zu sein, gegen die Verfassung (bzw. zumindest gegen deren Wortlaut) verstossen. Reformen, die hier Abhilfe schaffen könnten, würden einen (wenn auch nur moderaten) Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit erfordern. Formal würden sie geringfügige Einbussen beim Initiativrecht mit sich bringen, während sich materiell kaum etwas ändern würde, zumindest solange das Parlament bei seiner Gesetzgebung das Völkerrecht so weit berücksichtigt, als es dieses durch Verträge als bindend anerkannt hat. Eine erhebliche Einschränkung der direkten Volksrechte ist nicht erforderlich. Daher ist auch das Hauptargument, das bisher in den Räten gegen einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit vorgebracht wurde und an dem letztlich alle entsprechenden Vorstösse scheiterten, wonach dadurch die Volksrechte (zu stark) eingeschränkt würden, nicht haltbar. Möglicherweise steht hinter der bisherigen Ablehnung durch das Parlament aber auch die Befürchtung, dass dadurch der eigene Spielraum eingeschränkt würde, indem es stärker an die Verfassung und an das Völkerrecht gebunden wäre. Aus der Perspektive der Demokratietheorie und auch für die Stimmbürger sollte dies freilich kein Nachteil sein. ◀