

SOCIOLOGY IN SWITZERLAND
Democracy in Politics and Social Life

**Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat.
Das Spannungsfeld von Volksrechten und bürgerli-
chen Freiheiten in der Schweiz**

Dominik Mösching

Zürich, Sept. 2009

Zitierung:

Mösching, Dominik Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat. Das Spannungsfeld von Volksrechten und bürgerlichen Freiheiten in der Schweiz. *Sociology in Switzerland: Democracy in Politics and Social Life*. Online Publikationen. Zürich, Sept. 2009. http://socio.ch/demo/t_moesching.pdf

Inhaltsverzeichnis

1	EINLEITUNG	3
2	MEHRHEITSDEMOKRATIE UND RECHTSSTAAT.....	4
2.1	Mehrheitsdemokratische Entscheidungen.....	4
2.2	Rechtsstaatliche Grenzen mehrheitsdemokratischer Entscheide	6
2.3	Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat: Spannungsvolle Interdependenz.....	7
2.3.1	<i>Harmonie von Mehrheitsdemokratie und bürgerlichen Freiheiten?</i>	8
2.3.2	<i>Widerspruch zwischen Mehrheitsdemokratie und bürgerlichen Freiheiten?</i>	9
2.4	Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat: Ideal- und Realtypen.....	10
3	MEHRHEITSDEMOKRATIE UND RECHTSSTAAT IN DER SCHWEIZ	12
3.1	Sicherung politischer Freiheiten.....	12
3.2	Sicherung bürgerlicher Freiheiten	13
3.2.1	<i>Materielle Prinzipien.....</i>	<i>13</i>
3.2.2	<i>Formelle Prinzipien.....</i>	<i>13</i>
3.2.3	<i>Ungültigkeit von Initiativen durch Unvereinbarkeit mit zwingendem Völkerrecht .</i>	<i>14</i>
3.3	Erfahrungen mit der Ungültigkeitserklärung von Initiativen.....	15
3.3.1	<i>Ungültige „Initiative für eine vernünftige Asylpolitik“</i>	<i>15</i>
3.3.2	<i>Gültige, aber umstrittene Initiativen</i>	<i>15</i>
4	SPANNUNGSABBAU ZWISCHEN MEHRHEITSDEMOKRATIE UND RECHTSSTAAT.....	16
4.1	Unbedingte Wahrung der Volkssouveränität	17
4.2	Deliberative Strategie: Enge Auslegung des zwingenden Völkerrechts.....	18
4.3	Einbau von Gültigkeitsschranken in der Verfassung	19
4.4	Gültigkeitsprüfung von Initiativen durch rechtliche statt politische Instanz	20
4.5	Echte Verfassungsgerichtsbarkeit	20
5	FAZIT UND AUSBLICK	21
6	BIBLIOGRAFIE.....	24
6.1	Fachliteratur	24
6.2	Rechtstexte und Dokumente.....	26

1 Einleitung

Die Schweizer Bürgerinnen und Bürger verfügen im internationalen Vergleich über einzigartige direktdemokratische Mitbestimmungsmöglichkeiten. In einer Mehrheitsdemokratie reicht aber die möglichst umfassende Partizipation an den Entscheidungen alleine nicht aus, damit diese auch generell als legitim angesehen werden. Denn weshalb sollte man sich der Mehrheit fügen, wenn diese unter Umständen allzu schmerzlich in die individuelle Freiheit eingreift? Damit ist angetönt, dass für die Legitimität politischer Entscheidungen in der liberalen Demokratie auch deren Qualität eine Rolle spielt.

Seit der Aufklärung wird die Wichtigkeit von rechtsstaatlich garantierten Freiheitsrechten betont, die einer Revidierbarkeit durch die Mehrheit entzogen sind. Dadurch sollen politische Entscheide verunmöglicht werden, welche die unveräusserlichen Rechte des Individuums tangieren würden. In der Praxis entstehen somit Zielkonflikte zwischen der Mehrheitsdemokratie und individuellen Grundrechten, die nicht widerspruchlos im Sinne des Erreichens aller Idealvorstellungen aufgelöst, sondern höchstens im Sinne eines Optimums minimiert werden können (Dahl 1975: 61). In den letzten Jahren rückte dieses Spannungsverhältnis sowohl international als auch in der Schweiz immer stärker in den Fokus von Wissenschaft und Öffentlichkeit.

International, weil in vielen Entwicklungsländern Regimes mit demokratischen Eigenschaften entstanden sind, die im Gegensatz zu vielen etablierten Demokratien den Rechtsstaat nicht bereits vor der Einführung der Demokratie gekannt haben (O'Donnell 1999). Dadurch wurde das Bewusstsein geschärft, dass Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nicht unbedingt Hand in Hand gehen müssen. Illustrativ dafür ist die Praxis der Nichtregierungsorganisation *Freedom House*, die jährlich weltweit die individuellen Freiheitsrechte evaluiert und dafür *political rights* und *civil liberties* – also bürgerliche Rechte und politische Freiheiten – unterscheidet (Becker et al. 2001: 11, Freedom House 2009).

In der Schweiz stieg das Interesse am Verhältnis von Demokratie und Grundrechten, weil in den letzten Jahren zunehmend Volksinitiativen eingereicht wurden, die „mehr oder weniger frontal gegen Menschenrechte verstossen“ (Auer 2008). Das Beispiel, welches diesbezüglich die grössten Wellen geworfen hat, ist die Initiative zur lebenslangen Verwahrung von Sexualstraftätern. Sie wurde 2004 vom Volk angenommen, danach aber vom Parlament menschenrechtskonform „zurechtgebogen“ (ebd.), um die Umsetzung sicherzustellen. Hierbei äusserte sich für das Parlament das Dilemma, entweder Volksinitiativen zur Abstimmung zu bringen, die wegen Widersprüchen zu fundamentalen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht umge-

setzt werden können – oder aber die rechtsstaatlichen Schranken für Initiativen so weit auszu-legen, dass die elementare Bedeutung des Initiativrechts gefährdet wird (Keller et al. 2008: 123). Bei den kommenden Initiativen zum Minarettverbot und zur Ausschaffung krimineller Ausländer sind im Fall einer Annahme bereits ähnlich gelagerte Normkonflikte absehbar (Schoch 2008).

Wie ist in der Schweiz das Verhältnis von demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien generell geregelt? Weshalb entstanden in der jüngeren Vergangenheit Spannungen zwischen den beiden Grundsätzen, und wie soll in Zukunft mit solchen Normkonflikten umgegangen werden? Mit Blick auf die Erfahrungen der letzten Jahre und unter Einbezug aktuell diskutierter Lösungsvorschläge soll ein Bild der Situation gezeichnet werden, aus dem auch allgemeine demokratiethoretische Schlüsse gezogen werden können. Bevor aber auf die Situation in der Schweiz eingegangen wird, werden die grundlegenden Perspektiven auf das Verhältnis von Mehrheitsdemokratie und individuellen Freiheitsrechten erläutert, um die Analyse auf einer fundierten theoretischen Basis aufzubauen.

Umgekehrt bietet die Praxis den theoretischen Ansätzen vor allem in einem Punkt Instrukti-ves: Beziehen sich Demokratietheorien in der Regel nach wie vor auf den abgeschlossenen Nationalstaat, spielt heute die internationale Verrechtlichung gerade im Menschenrechtsbe-reich eine immer wichtigere Rolle. So liegt nach Linder die grösste Herausforderung für die direkte Demokratie in der zunehmenden internationalen Verflechtung. Sie führt zu Chancen, Risiken und Ungewissheiten, „welche noch wenig untersucht sind, geschweige denn ausdis-kutiert wären, obwohl wir ihnen schon voll ausgesetzt sind“ (Linder 2002: 126).

2 Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat

2.1 Mehrheitsdemokratische Entscheidungen

Im Zentrum moderner Demokratietheorien steht das Individuum und dessen Freiheit, über sein Schicksal selbst zu bestimmen. Da sich die Aktionsradien von Menschen zwangsläufig kreuzen, ist diese Freiheit nicht absolut, sondern wird durch die entsprechenden Freiheiten der anderen begrenzt. Die gegenseitige Bindung rivalisierender Selbstbestimmungsansprüche („ich respektiere deine Freiheit, wenn du meine respektierst“) wird aber nur verlässlich ein-gehalten, wenn sie durch eine externe Institution gesichert wird: den Staat.¹ Dieser fordert

¹ Grundlage dieser Überlegung ist, dass eine anarchische Situation ohne überwachende Institution die Struktur eines Gefangenendilemmas aufweist. Danach können sich die Individuen nie sicher sein, dass die anderen tat-

Gehorsam und beschränkt so die individuellen Freiheiten, damit die Individuen vor gegenseitigen Eingriffen in ihre Freiheit sicher sind – so die Kernüberlegung der Legitimation politischer Ordnung seit Hobbes' *Leviathan* (1651/1966).

Weil sich die Folgen autonomer Entscheidungen der Menschen potentiell entgegenstehen und weil gewisse Ziele nur durch positive Interaktion mit anderen erreicht werden können, sind also Koordination zwischen Individuen und damit kollektive Entscheidungen nötig. Die Wahrscheinlichkeit ist gross, dass die Menschen dabei nicht in jeden Fall völlig einig sind (Dahl 1975: 7-16, Bobbio 1984: 115). Weil auch in dieser Situation Entscheide getroffen werden müssen, damit die externe Institution effektiv funktionieren kann, wird das Entscheidungsprinzip der Mehrheitsregel gegenüber der Einstimmigkeitsregel bevorzugt. Denn die Mehrheitsregel maximiert die Gewissheit, dass überhaupt Entscheidungen zustande kommen. Noch effektiver wäre der autokratische Befehl, der aber „angesichts heterogener, aber nicht hierarchisierbarer Gütekriterien in einer pluralistischen Gesellschaft“ (Offe 1984: 153) schlechter geeignet ist, Entscheide im Sinne der betroffenen Individuen zu fällen. Als Kompromiss zwischen normativen und funktionalen Gesichtspunkten stellt das Mehrheitsprinzip aus diesen Gründen die wichtigste Entscheidungsregel in demokratischen Systemen dar (Offe 1984: 150).

Oft werden Demokratie und Mehrheitsregel in vereinfachender Weise sogar gleichgesetzt, obwohl die beiden Phänomene empirisch nicht notwendigerweise zusammenfallen und sich auf unterschiedliche Dimensionen beziehen: Der Begriff der Demokratie zeigt an, wer zum Kreis der Entscheidungsberechtigten gehört – das gesamte Volk und nicht eine wie auch immer definierte Minderheit –, während das Mehrheitsprinzip rein formal über die Entschlussfassung Auskunft gibt (Bobbio 1984: 109). Gemäss der Mehrheitsregel gewinnt diejenige Alternative, die den grösseren Teil der Stimmen auf sich vereint. Für die absolute Mehrheit sind mehr als 50 Prozent der Stimmen nötig, für eine relative Mehrheit die nach Stimmenzahl stärkste Alternative und bei einer qualifizierten Mehrheit eine spezifisch definierte Quote, etwa die Zweidrittelsmehrheit (Schmidt 2000: 285-286). Mehrheitsdemokratie meint in diesem Sinn die Anwendung des Mehrheitsprinzips auf das Entscheidungskollektiv des Volkes respektive auf Abstimmungen, die nach dem allgemeinen Wahlrecht durchgeführt werden. Sie vereint also das „Wer“ des Herrschens mit dem „Wie“ des Herrschens (Bobbio 1984: 109/113).

sächlich kooperativ handeln. So stellen sie sich rationalerweise auf diesen ungünstigen Fall ein und handeln egoistisch, auch wenn für alle eigentlich einsichtig wäre, dass sie von einer Kooperation profitieren würden. Kooperation zwischen Akteuren verlangt also aus dieser Sicht nach einer Institution, die sie quasi zu ihrem Glück zwingt.

Mitglieder des Volkes verfügen dadurch über *positive Teilhaberechte* an kollektiven Entscheidungen. Sie sollen sicherstellen, dass die Individuen die Gesetze, denen sie sich unterwerfen, fortwährend selber bestimmen. Die Partizipation ist direkt, wenn das Volk in konkreten Sachfragen entscheiden kann, oder indirekt, wenn sich die Mitbestimmungsmöglichkeiten auf die Wahl der obersten Staatsorgane beschränken (Häfelin/Haller 2005: 53).

2.2 *Rechtsstaatliche Grenzen mehrheitsdemokratischer Entscheide*

Die wesentliche Frage ist nun aber, wann ein Individuum die Unterordnung unter die Mehrheit akzeptiert, oder anders formuliert, wann die Abgabe gewisser Freiheiten an den Staat für Individuen legitim ist und von ihnen unter dem Strich als positiv bewertet werden kann. Nach Dahl kann man die Unterordnung unter den Mehrheitsentscheid dann akzeptieren, wenn man in den für sich selber entscheidenden Fragen in der Mehrheit ist und wenn die Gewinne aus der Mehrheitsposition die Verluste aus der Minderheitsposition übersteigen (Dahl 1975: 11). Diese beiden Punkte müssen durch zwei zentrale Vorbedingungen gesichert werden.

Zum einen braucht es *prozedurale* Garantien, die sicherstellen, dass die sich äussernden Individuen frei entscheiden können. Dafür sind günstige Bedingungen notwendig, worunter beispielsweise ein faires, transparentes Entscheidungsverfahren nach bekannten Regeln unter möglichst breiter Beteiligung und Konkurrenz verschiedener Meinungen fällt (Bobbio 1984: 114). Gleichzeitig wird so die Rationalität der politischen Entscheide optimiert (Scharpf 1970: 22) und garantiert, dass „der zwanglose Zwang des besseren Argumentes“ (Habermas 1992: 370) über versteckte Machtressourcen zu triumphieren vermag.

Nur so hat die Minderheit eine Chance, in Zukunft zur Mehrheit werden zu können – eine wesentliche Bedingung für die Demokratie. Steht der Minderheit diese Möglichkeit offen, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass die Minderheit den Entscheid der Mehrheit als legitim anerkennt und nicht mit Widerstand oder gar Sezession reagiert. Die grundsätzliche Revidierbarkeit einmal getroffener Entscheidungen als Stabilisationsfaktor ist in diesem Sinn für den Zusammenhalt des Kollektivs zentral. Aus dem gleichen Grund werden sich die Mitglieder der Mehrheit rationalerweise hüten, der Minderheit zu hohe Kosten aufzubürden, da sie bei zukünftigen Entscheiden vielleicht selbst zur Minderheit gehören und damit der Willkür der Mehrheit ausgeliefert sein könnten (Dahl 1975: 11-13). Das Vertrauensverhältnis zwischen Mehr- und Minderheit kann allerdings unterminiert werden, wenn die Mehrheit durch die Änderung der Spielregeln ihre Position verstetigt (Offe 1984: 160/180).

Neben prozeduralen braucht es zum anderen *inhaltliche* Garantien, damit sich das Mehrheitsprinzip nie auf „Aspekte des Selbst“ (Dahl 1975: 13) erstreckt, die das Individuum für sich als

zentral definiert. Das heisst, dass der Geltungsbereich von kollektiven Entscheiden begrenzt wird: Gewisse grundlegende Freiheitsrechte müssen einer Revidierbarkeit durch die Mehrheit eben gerade entzogen sein. Das politische Kollektiv muss sich also, um seinen Fortbestand zu sichern, selbst binden, indem den Menschen *negative Abwehrrechte* zugestanden werden. Sie berücksichtigen einen unabtretbaren Grundbestand von Menschenrechten, in den der Staat niemals eingreifen darf.

Verwirklicht werden die prozeduralen Anforderungen und die Abwehrrechte im Rechtsstaat, der die staatliche Macht an das Recht bindet. Das Rechtsstaatsprinzip kennt formelle und materielle Prinzipien. Die formellen Anforderungen beinhalten die Gewaltenteilung, die Gesetzmässigkeit der Verwaltung, die Verwaltungs- und die Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Zweck der Rechtssicherheit: Staatliches Handeln soll auf gesetzte Normen zurückzuführen sein. Die materiellen Prinzipien ergänzen die formellen durch die Garantie inhaltlicher Grundrechte (Häfelin/Haller 2005: 52).

2.3 Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat: Spannungsvolle Interdependenz

Das zentrale Merkmal liberaler Demokratien ist es, dass sowohl die Mehrheitsdemokratie als auch die rechtsstaatliche Beschränkung ihrer Reichweite durch das Prinzip der individuellen Freiheit legitimiert werden, sich aber auf zwei Seiten derselben Medaille beziehen. Denn als Autoren und Adressaten sind die Bürger gleichzeitig an der Input- und an der Output-Seite des politischen Systems zu finden (Scharpf 1970: 21). Die Mehrheitsdemokratie sichert mit dem positiven Recht auf die Teilnahme an den kollektiven Entscheidungen die *politische Freiheit*. Der Rechtsstaat garantiert über das negative Recht, äussere Einschränkungen abzuwehren, die *bürgerliche Freiheit*.² Die demokratische Legitimation verlangt die gleichzeitige Beachtung beider Aspekte, weshalb die legitimierende Wirkung der mehrheitlichen Entscheidung mit dem effektiven Schutz der Abwehrrechte und der deliberativen Praxis vor der Entscheidung steht und fällt (Offe 1984: 161, Habermas 1992: 371).

Gerade weil Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat wechselseitig aufeinander bezogen sind und sich gegenseitig beschränken, liegt die Existenz von Widersprüchen zwischen den beiden Prinzipien auf der Hand, wie bereits das vorherige Kapitel illustriert. Dass *erstens* eine widerspruchsfreie Situation und *zweitens* eine völlige Unvereinbarkeit demokratisch nicht zu rechtefertigen sind, zeigen die nächsten Abschnitte.

² Die Bezeichnung der beiden Freiheiten als „bürgerlich“ und „politisch“ folgt der Terminologie von Marshall (1992). Das dritte Element des Marshallschen Rechtstetriads, die sozialen Rechte, sind hier von untergeordneter Bedeutung. Wenn in der Folge von „Freiheitsrechten“ die Rede ist, dann sind damit in Übereinstimmung mit dem üblichen Sprachgebrauch die bürgerlichen Freiheiten gemeint, solange nichts anderes spezifiziert ist.

2.3.1 Harmonie von Mehrheitsdemokratie und bürgerlichen Freiheiten?

Die Ansicht, dass sich Mehrheitsdemokratie und bürgerliche Freiheitsrechte nie widersprechen, geht auf Rousseaus *Contrat Social* zurück (1762/2003). Für Rousseau wird die individuelle Freiheit am besten in der direkten Demokratie verwirklicht, weil sie die Identität von Herrschern und Beherrschten ermögliche – und Freiheit schliesslich das Befolgen der Gesetze sei, die man sich selbst gibt. Die Gefahr, dass so entstandene Gesetze individuellen Interessen widersprechen können, anerkennt Rousseau nicht, weil gemeinsinnige Bürger immer auf ein gemeinwohldienliches Resultat kommen würden, das sich in Gestalt des Gemeinwillens (*volonté générale*) äussert. Dieser kommt einer qualitativen Bestimmung des Richtigen gleich und stellt nicht nur eine quantitative Aggregation in Form des Mehrheitswillens (*volonté de tous*) dar (Scharpf 1970: 26-28). Die entscheidende Frage an den Bürger laute dabei nicht, ob man für oder gegen ein Gesetz sei, sondern ob das Gesetz aus seiner Sicht dem offenbar unabhängig bestehenden Gemeinwohl entspreche oder nicht (Rousseau 2003: 17). Wenn eine Mehrheit der Bürger diese Frage bejahe, dann müssten die anderen falsch liegen und das allgemeine Interesse (und damit auch das, was sie „eigentlich“ wollen), nicht erkannt haben. Einer allfälligen Minderheit bleibt nichts anderes übrig, als sich dieser Entscheid zu unterordnen. Ein Rekurs ist nicht möglich, weil nur das Recht ist, was die Mehrheit als Recht bestimmt.

Diese rechtspositivistische Sicht einer absoluten und uneingeschränkten Volkssouveränität ist immer wieder kritisiert worden. So werde das Ideal der Demokratie, das ursprünglich alle willkürliche Gewalt verhindern sollte, zur Rechtfertigung für eine neue willkürliche Gewalt (von Hayek 1983: 129), und die Disqualifikation der abweichenden Meinung öffne Tür und Tor für totalitäre Tendenzen (Scharpf 1970: 28). Durch den einseitigen Fokus auf die politische Freiheit würden die bürgerlichen Freiheiten marginalisiert.

Nicht nur normativ, sondern auch analytisch werden wichtige Überzeugungen des republikanischen Ansatzes von Rousseau in Frage gestellt. Zum einen, dass die objektive Wahrheit auch immer subjektiv überzeugend sei, und zum anderen, dass die Gleichheit der subjektiven Überzeugungen das Kennzeichen des objektiven Wahrheitsgehaltes sei (Simmel 1983: 143). Der zweite Punkt bezieht sich auf den „mystische[n] Glaube[n] an das Zusammenfallen vom Logisch-Richtigen mit dem Psychologisch-Wirklichen“, der den prinzipiell unlösbaren Konflikt zwischen individuellen Interessen und einem wie auch immer definierten einheitlichen Kollektivwillen lösen soll, aber nicht kann (ebd.: 143/147). Der aggregierte Mehrheitswille habe nur mathematischen, nicht aber inhaltlichen Wert, und schon gar nicht decke er sich mit dem „Guten“ (Schumpeter 1983: 400-402). Der erste Punkt – dass die objektive Wahrheit

auch immer subjektiv überzeugend sei – führt direkt zur Frage der politischen Kompetenzen der Durchschnittsbürger und steht in der elitentheoretischen Tradition im Zentrum.

2.3.2 Widerspruch zwischen Mehrheitsdemokratie und bürgerlichen Freiheiten?

Im Gegensatz zur republikanischen Tradition sieht die elitistische Demokratietheorie einen unauflösbaren Widerspruch zwischen Mehrheitsdemokratie und bürgerlichen Freiheitsrechten, weil letztere durch direktdemokratische Entscheide massiv bedroht seien. Mindestens zwei Gründe sind dafür in der Literatur auszumachen, die auf das Menschenbild einerseits und die institutionelle Ausgestaltung des Entscheidungsprozesses andererseits zielen. *Erstens* sei der Durchschnittsbürger ganz nach dem Diktum von Schiller, „Verstand ist stets bei wenigen nur gewesen“ (zit. in Schmidt 2000: 287), politisch schlicht zu wenig kompetent, um die Bedeutung unveräusserlicher Rechte für alle angemessen würdigen zu können. Dazu sei er grundsätzlich autoritärer eingestellt als die aufgeklärten Eliten (Scharpf 1970: 35-37), denen das Eintreten für den Schutz fundamentaler Menschenrechte eher zuzutrauen sei.

In der direkten Demokratie drohe aber *zweitens* nicht nur die Herrschaft der kognitiv überforderten und illiberalen Masse. Der vereinfachende, populistisch-demagogische Umgangston, der durch die kompromisslose Nullsummenstruktur von Mehrheitsentscheiden entsteht (Sartori 1984: 90), korrumpiere sogar den gebildeten Bürger, der durch die anonyme Verantwortungslosigkeit des Abstimmungsentscheids „wieder zum Primitiven“ (Schumpeter 1993: 416) degeneriere. Dies kann nach Weber institutionell verhindert werden, wenn die Zahl der Beteiligten an Entschlüssen klein sei und diese damit ihrer Verantwortung bewusst werden können (Weber 1972: 868). Regieren im Interesse des Volkes – darunter fällt auch: die Sicherung der Freiheitsrechte – verlange deshalb, dass die Mitbestimmung des Volkes auf die periodische Wahl oder Abwahl seiner Repräsentanten beschränkt wird (Schumpeter 1993: 406/432). Die von zu hoher Transparenz möglichst ungestörte Herrschaft gewählter Eliten (Sartori 1984: 104), starke Parteien, ein starkes Parlament (Weber 1972) und die Apathie der breiten Masse (Scharpf 1970: 40) gelten in diesem Sinn als Qualitätsmerkmale der Demokratie.

Abgesehen von der normativen Kritik am übrig bleibenden, verkümmerten, rein outputorientierten Gehalt der Demokratie (Habermas 1992: 351-359) fehle dem elitistischen Modell der empirische Bezug zwischen den Interessen der Nichteliten und deren Berücksichtigung durch die Eliten (Scharpf 1970: 43). Denn die Eliten definieren nicht nur die Interessen des Volkes, sondern interpretieren auch dessen einzige Möglichkeit zur Partizipation: die Wahl. Eine allfällige Abwahl wird dann nicht als Willensäußerung der Nichteliten verstanden – zu der diese ja gar nicht imstande sind – sondern eher als irrationale, zufällige und emotionale Mehrheit disqualifiziert.

Es ist zwar nicht grundsätzlich auszuschliessen, dass einige wenige Politik im Interesse vieler machen können. Es kann auch in Systemen ohne demokratische Input-Legitimation Akzeptanz und Zufriedenheit, ja sogar: Regieren im Interesse des Volkes geben. Dafür gibt es aber keine Garantien, und es ist darüber hinaus auch für die Eliten nicht plausibel anzunehmen, dass sie die Welt und das Gute unbeeinflusst von ihrem sozioökonomischen Hintergrund und damit ihren Interessen und Werten wahrnehmen und „objektive“ politische Entscheide fällen. Insofern marginalisiert der zumindest latente Drang zu einer oligarchischen oder gar autokratischen Entscheidungselite die politischen Freiheiten.

2.4 Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat: Ideal- und Realtypen

Die Auseinandersetzung mit den zwei idealtypischen Argumentationen zeigt, dass die zu starke Vernachlässigung von bürgerlichen oder politischen Freiheiten zu einem demokratischen Legitimationsdefizit führt. In den Augen von Hayeks lassen sich die beiden Kriterien beliebig kombinieren:

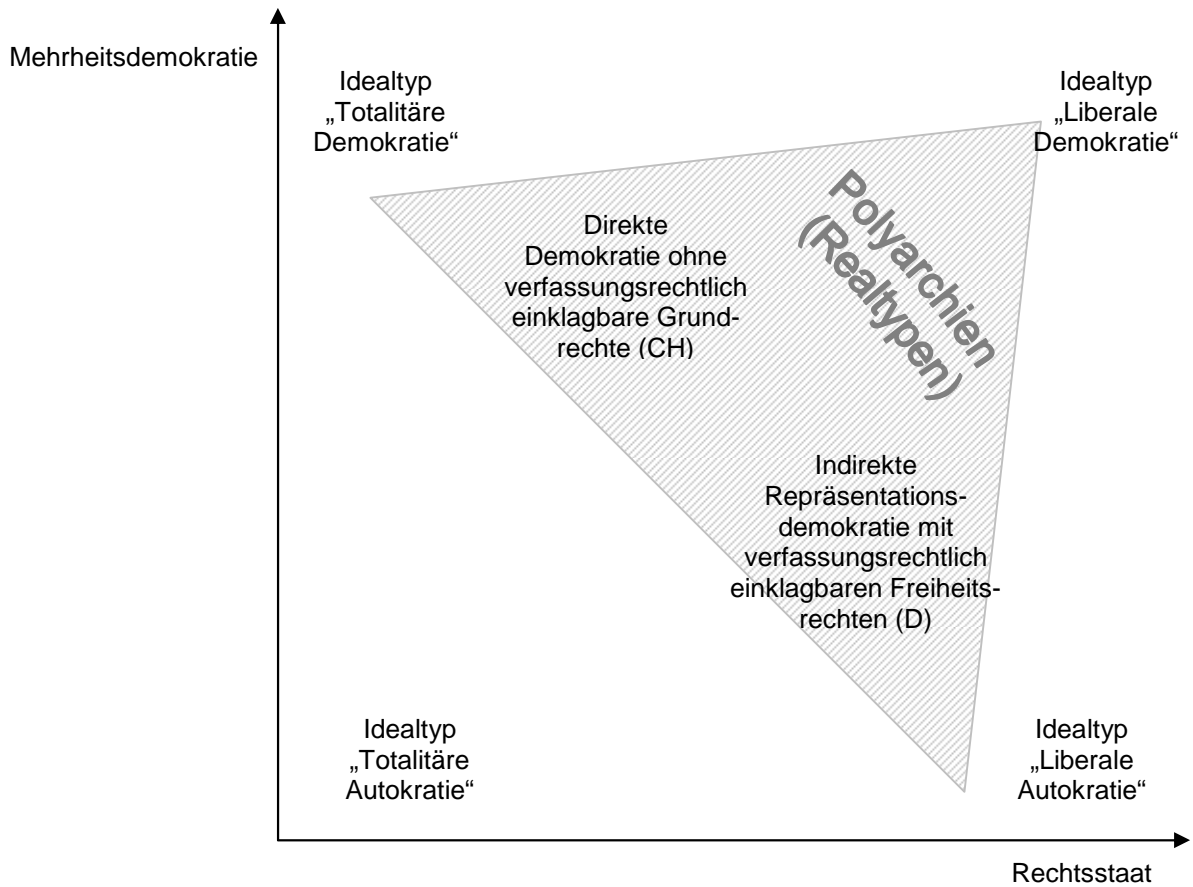
„Das Gegenteil der Demokratie ist eine autoritäre Regierung; das Gegenteil eines liberalen Systems ist ein totalitäres System. Keines der beiden Systeme schliesst das Gegenteil des anderen aus: Eine Demokratie kann totalitäre Gewalt ausüben und es ist vorstellbar, dass eine autoritäre Regierung nach liberalen Prinzipien handelt“ (von Hayek 1983: 126).

Im Gegensatz zu den jeweiligen Idealtypen – totalitäre Demokratie, liberale Autokratie – sind in realtypischen Demokratien beide Freiheiten in Form des mehrheitsdemokratischen und des rechtsstaatlichen Aspekts mehr oder weniger berücksichtigt, was je nach Kombination zu anderen Widersprüchen zwischen ihnen führen kann. Dahl nennt diese real existierenden Demokratien „Polyarchien“ und reserviert den Begriff der Demokratie für die Idealtypen (Habermas 1992: 383, Dahl 1975: 60-61).³ Gemeinsam ist den Realtypen die Auffassung, dass der Mehrheitsdemokratie bestimmte Grenzen zu setzen sind (versus republikanischer Ansatz), die aber durch das Volk selbst gesetzt werden oder zumindest worden sind (versus Elitentheorie).⁴ Abbildung 1 verdeutlicht diese Überlegungen und verortet als Beispiele die Schweiz und Deutschland im aufgespannten Polyarchie-Dreieck (Seite 10).

³ Dieser Strategie wird hier mit Ausnahme von Abbildung 1 aus Gründen der Anschlussfähigkeit nicht gefolgt, der Begriff der Demokratie wird auch weiterhin in der Diskussion des realtypischen Falls „Schweiz“ verwendet.

⁴ Normativer Hintergrund ist zudem, dass „on the whole ordinary people are more competent than anyone else to decide when and how much they shall intervene on decisions they feel important to them“ (Dahl 1975: 26). Dieser Grundsatz ist weder im republikanischen Modell noch in der Elitentheorie berücksichtigt: Entweder bestimmt die Mehrheit oder die Elite, was alle Individuen zu wollen haben.

Abbildung 1: Kombination der Kriterien „Mehrheitsdemokratie“ und „Rechtsstaat“ (angelehnt an von Hayek 1983: 126), Ideal- und Realtypen



In der Balance zwischen der Mehrheitsdemokratie und rechtsstaatlich garantierten Freiheitsrechten bevorzugt die Schweiz das demokratische Element. Dies hängt mit den ausgebauten direktdemokratischen Mitwirkungsrechten bei einer gleichzeitig stark eingeschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit zusammen, wie im folgenden Kapitel gezeigt wird (Häfelin/Haller 2005: 53). Die Bundesrepublik Deutschland hat sich dagegen vor dem Hintergrund der verheerenden Erfahrungen mit dem Dritten Reich eine Verfassung gegeben, die ewige, unabänderliche Freiheitsrechte sowie eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit beinhaltet und die direkte Demokratie bis auf klar definierte Ausnahmen zurückbindet (Schmidt 2000: 361-362).

3 Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat in der Schweiz

3.1 Sicherung politischer Freiheiten

Den politischen Freiheiten wird in der Schweiz mit dem Konzept der halbdirekten Demokratie Rechnung getragen. Die Bevölkerung wählt seine parlamentarischen Repräsentanten und verfügt im internationalen Vergleich über einzigartige direktdemokratische Mitbestimmungsmöglichkeiten. Diese Mitwirkungsrechte sind dabei nach und nach in ein System eingebaut worden, das ursprünglich einen repräsentativ-parlamentarischen Charakter hatte (Linder 2005: 242). Neben den Referendumsrechten, mit denen Beschlüsse des Parlaments vom Volk gutgeheissen oder abgelehnt werden können,⁵ bietet das Initiativrecht (eingeführt 1891) die Möglichkeit, mit 100'000 Unterschriften eine Volksinitiative einzureichen, um die Bundesverfassung partiell zu ändern. Damit sollen politische Anliegen auf die Agenda der etablierten Politik gesetzt und die politischen Entscheidungsträger gezwungen werden, sich mit einem Thema zu beschäftigen. Wenn eine Initiative zustande kommt, müssen Parlament und Regierung über den Vorschlag beraten, eventuell einen Gegenvorschlag erarbeiten und die Vorlage, gegebenenfalls beide Vorlagen, vor das Volk bringen.

Referenden unterwerfen so die Output-Seite des politischen Systems (kollektiv verbindliche Entscheidungen), Initiativen die Input-Seite (politische Willensbildung) einer starken Kontrolle des Stimmvolkes, gerade, wenn man mit repräsentativen Demokratien vergleicht (Schmidt 2000: 367). In diesem Sinn sind sowohl Volk als auch Parlament gesetzgebende Entscheidungsorgane.

Allerdings kann die direkte Demokratie wie jedes mehrheitsdemokratische Instrument zu Lasten von überstimmten Minderheiten gehen. Einer potenziellen „Tyrannei der Mehrheit“ (De Tocqueville 1835/1976: 289) wird im Schweizer System aber durch einige Institutionen und Verhaltensregeln begegnet. Der Föderalismus sorgt für eine territoriale Gewaltenteilung, das Ständemehr schützt bei Abstimmungen auf Bundesebene regionale Minderheiten (etwa Landkantone), durch Konkordanz und Korporatismus werden organisationsfähige Interessen in den Gesetzgebungsprozess mit einbezogen, und die Eliten in der Schweiz bevorzugen in der Regel Verhandeln und Argumentieren gegenüber blankem Populismus auf Kosten der Wenigen (Armingeon 2004: 63).

⁵ Konkret handelt es sich hierbei um das fakultative Gesetzesreferendum (eingeführt 1874), das fakultative Staatsvertragsreferendum (1921) und das obligatorische Referendum für allgemeinverbindliche dringliche Bundesbeschlüsse, worunter Verfassungsänderungen, der Beitritt zu supranationalen Organisationen und notstandsartige Regulierungen fallen (1949).

3.2 Sicherung bürgerlicher Freiheiten

Wie steht es aber um den Schutz *nicht* territorial definierter Interessen, die *nicht* oder nur beschränkt organisationsfähig sind, vor dem Zugriff der Mehrheit? In einem liberalen Rechtsstaat sind Angehörige von solchen Gruppen wie etwa die Arbeitslosen, die Homosexuellen oder die – nicht zum politischen Kollektiv gehörenden – Asylbewerber wie alle anderen Individuen über die formellen und materiellen Prinzipien des Rechtsstaates geschützt.

3.2.1 Materielle Prinzipien

Den materiellen Prinzipien ist in der Schweiz mit einem umfassenden Grundrechtskatalog in der Bundesverfassung (BV) Rechnung getragen. Der Katalog erwähnt neben der Menschenwürde (Art. 7), dem Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 8), der Glaubens-, Gewissens-, Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 15 und 16) noch diverse weitere Grundrechte. Allerdings sind diese verfassungsmässigen Ansprüche im nationalen Recht nicht vor dem Eingriff der Mehrheit geschützt; es gibt an sich keine unabänderlichen Verfassungsgrundsätze wie beispielsweise in Deutschland die Ewigkeitsgarantien. Dass Rechtssuchenden bei der Anwendung des Bundesgesetzes der Schutz der Bundesverfassung nicht zur Verfügung steht, sondern allein jener der ratifizierten internationalen Menschenrechtskonventionen, hängt mit der speziellen Schweizer Situation bei den formellen Prinzipien zusammen (Nay 2008: 28).

3.2.2 Formelle Prinzipien

Die formellen Prinzipien des Rechtsstaates sind in der Schweiz grösstenteils erfüllt (Häfelein/Haller 2005: 52). Die wesentliche Ausnahme ist die Verfassungsgerichtsbarkeit. Gemäss dieser sollen vom Gesetzgeber beschlossene Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft und gegebenenfalls für ungültig erklärt werden können. In der Schweiz ist dieses Prinzip stark eingeschränkt, weil es Bundesgesetze nicht einschliesst. Das heisst, dass das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Instanzen bei der Beurteilung eines Streitfalls Bundesgesetze anwenden müssen, selbst wenn diese verfassungswidrig sind (Nay 2008: 28).

Dass der Schweiz trotzdem eine eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit zugestanden wird, hängt zum einen damit zusammen, dass zumindest kantonale Gesetze seit Ende des 19. Jahrhunderts vom Bundesgericht auf Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Bundesrecht geprüft und unter Umständen aufgehoben werden, auch wenn sie vom Volk angenommen worden sind (Auer 2008). Zum anderen wirkt das Bundesgericht seit den 1990er Jahren der eingeschränkten Rechtsstaatlichkeit insofern entgegen, als dass es Bundesgesetze teilweise auf ihre Konformität mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) überprüft und ihnen

bei Widrigkeit die Anwendung versagen kann (Vatter 2008: 29). Einer der Gründe dafür ist, dass sich der Anteil des (eigentlich unprüfbaren) Bundesrechts an den gesamten Rechtsakten gegenüber dem (prüfbaren) kantonalen Recht in den letzten Jahrzehnten deutlich erhöht hat (Nay 2008: 28). Neben dem Parlament hat auch das Volk über das Initiativrecht aktiv die Möglichkeit, die Verfassung zu ändern. Im Gegensatz zu Gesetzen, die das Parlament einbringt, existiert hier nun eine rechtlich bindende inhaltliche Schranke für Verfassungsänderungen: Das zwingende Völkerrecht.

3.2.3 Ungültigkeit von Initiativen durch Unvereinbarkeit mit zwingendem Völkerrecht

Gemäss Art. 139 Abs. 2 BV erklärt die Bundesversammlung eine Initiative für ungültig, wenn sie „die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ verletzt. Als zwingendes Völkerrecht (*jus cogens*) gelten internationale Normen, die von der internationalen Staatengemeinschaft angenommen und anerkannt sind, von denen nicht abgewichen werden darf und welche nur durch gleichrangige Normen des Völkerrechts geändert werden können. Diese formale Definition wurde erstmals 1969 im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (VRK) festgehalten. Damit wurde die Idee universeller Normen, die im Naturrecht schon lange unbestritten ist, in positives Recht gegossen (Keller et al. 2008: 130-132).

Der materielle Inhalt des *jus cogens* ist allerdings umstritten und wird international unterschiedlich ausgelegt. Dazu gezählt werden in der Regel der Kern des humanitären Völkerrechts, das Gewaltverbot, das Aggressionsverbot, das Genozid- und Folterverbot sowie das Verbot, Flüchtlinge in Heimatstaaten zurückzuschaffen, wenn diese dort konkret gefährdet sind (Non-Refoulement-Prinzip). Der Bundesrat rechnet auch den Artikel 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) dazu. Er beinhaltet die notstandsfesten Garantien: So sind Folter und Sklaverei immer verboten und der Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“ gilt universell; das Recht auf Leben ist ausser bei „Todesfällen infolge rechtmässiger Kriegshandlungen“ ebenfalls geschützt (Art. 15 Abs. 2 EMRK).

Das *jus cogens* diente ursprünglich der Einschränkung der vertraglichen Dispositionsfreiheit der Staaten und war daher eine Norm, die sich genuin auf die internationale Ebene bezog. Seit den 1980er Jahren wird es aber zunehmend auch innerstaatlich angewendet. Allerdings gibt es keinen direkten Zugriff der internationalen Ebene auf eine dem zwingenden Völkerrecht widersprechende Verfassungsnorm. Im Fall eines Widerspruchs ist es nach wie vor am Parlament, die Verfassung entsprechend abzuändern oder eben die Initiative für ungültig zu erklären (Keller et al. 2008: 135).

Zu beachten ist ausserdem, dass nur zwingenden Normen des Völkerrechts ein Vorrang vor dem ganzen Schweizerischen Recht zuerkannt wird. Übrige völkerrechtliche Normen stehen in der Regel nur über dem Gesetz, nicht aber über der Verfassung (Thürer 2007).

3.3 Erfahrungen mit der Ungültigkeitserklärung von Initiativen

3.3.1 Ungültige „Initiative für eine vernünftige Asylpolitik“

Bislang ist es erst einmal vorgekommen, dass die Bundesversammlung eine Initiative wegen eines Widerspruchs zum Völkerrecht für ungültig erklärt hat, und zwar im Fall der „Initiative für eine vernünftige Asylpolitik“ (1996).⁶ Die Bundesversammlung folgte der Argumentation des Bundesrates, dass die Initiative die Genfer Flüchtlingskonvention und das Rückschiebeverbot verletze. Grundsätzlich wäre die Initiative zwar durchführbar gewesen, da es jedem Staat freigestellt sei, zwingendes Völkerrecht zu brechen. Aufgrund der drohenden internationalen Isolation und Stigmatisierung sei diese Option für eine liberale Demokratie aber faktisch nicht wählbar. Zudem sei es in einem Rechtsstaat unzulässig, dass das Parlament bei einer Annahme zwischen der Nichtanwendung einer neuen Verfassungsbestimmung und dem Bruch elementarer Völkerrechtsgrundsätze zu wählen habe. In diesem Sinn habe der Souverän gar keine Möglichkeit zur freien Willensäusserung (Keller et al. 2008: 127-128).

3.3.2 Gültige, aber umstrittene Initiativen

Der Präzedenzfall einer Ungültigkeitserklärung hat sich bis heute nicht mehr wiederholt. Aus der Sicht von Keller et al. hängt dies wesentlich mit einer grösseren Uneinigkeit der *classe politique* und einer stärkeren Polarisierung der politischen Positionen zusammen, wobei die Frage der Ungültigkeit einer Initiative Gefahr laufe, zum Schauplatz politischer Flügelkämpfe zu werden (Keller et al. 2008: 128). Dabei sind in den letzten Jahren vermehrt Volksinitiativen zustandegekommen und eingereicht worden, die grundsätzlich ähnliche Fragen wie bei der Asylpolitik-Initiative von 1996 aufwerfen. Als Beispiele sind etwa die Einbürgerungsinitiative, die 2008 mit 63.8 Prozent Nein-Stimmen verworfen wurde, die in naher Zukunft zur Abstimmung kommende Minarettinitiative, die Ausschaffungsinitiative oder die Offroaderr-

⁶ Insgesamt wurden erst vier Initiativen für ungültig erklärt, was auf ein Total von 265 zustandegekommenen Initiativen (Stand 02.09.2009) seit Einführung des Initiativrechts ein sehr geringer Anteil darstellt (Schweizerische Bundeskanzlei o.J.). Anders als bei der im Fliesstext erwähnten Initiative führten andere Gründe als die Unvereinbarkeit mit dem Völkerrecht zur Ungültigkeitserklärung, so etwa die einzige ungeschriebene Gültigkeitschranke der Undurchführbarkeit. Konkret handelte es sich dabei um die „Initiative zur vorübergehenden Herabsetzung der militärischen Ausgaben (Rüstungspause“ (1955). Die anderen beiden Initiativen waren die „Initiative gegen Teuerung und Inflation (1977) und die „Initiative für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik“ (1995) (Keller et al. 2008: 126).

Initiative zu nennen. Sie verstossen zwar nach Auffassung des Bundesrates nicht gegen zwingendes Völkerrecht, verletzen jedoch in unterschiedlicher Weise verfassungsmässige Grundrechte oder internationales Recht (Schoch 2008).

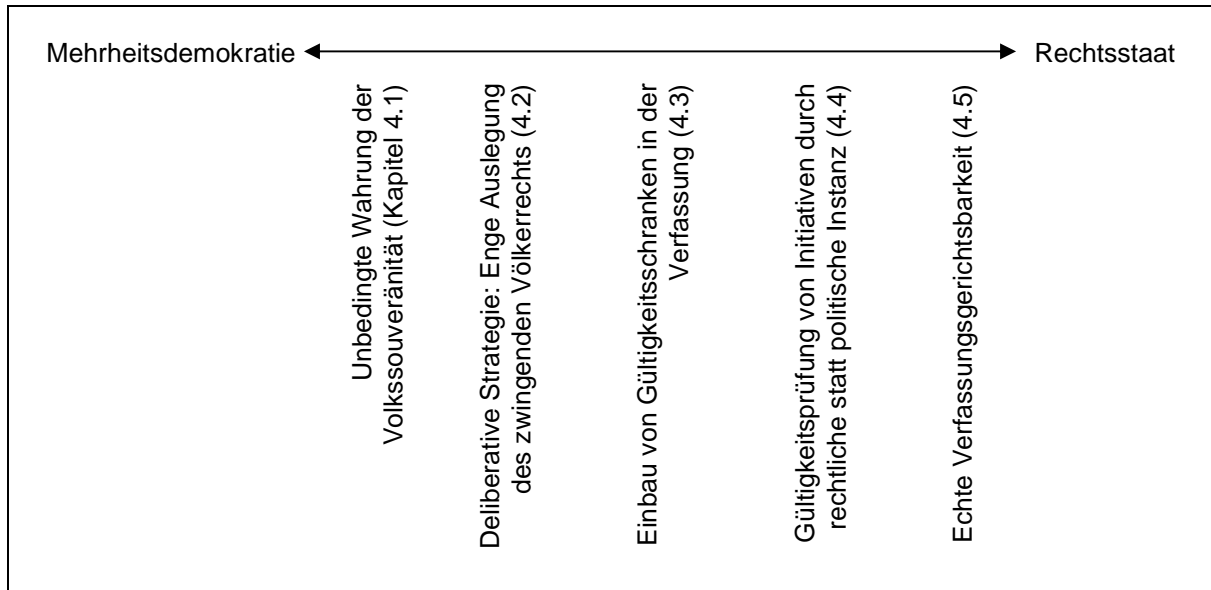
Hohe Wellen warf 2004 die Annahme der Verwahrungsinitiative (56.2 Prozent Ja-Stimmen), die eine lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter forderte. Bundesrat und Parlament gingen davon aus, dass eine weite Auslegung der Initiative, welche zwar mit deren Wortlaut, nicht aber mit dem Willen der Initiantinnen und Initianten vereinbar sei, keinen Konflikt mit dem *jus cogens* darstelle. Der Punkt, dass nur bei „neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen“ und nicht periodisch überprüft werde, ob eine Fortsetzung der Verwahrung notwendig sei, widersprach aber dem nicht-zwingenden Teil der EMRK (Das Parlament 2006). Trotzdem folgte die Bundesversammlung dem Prinzip *in dubio pro populo* und entschied sich zugunsten der Volksrechte statt der Völkerrechte.

In der Umsetzungsphase gilt dieser Grundsatz hingegen jeweils nicht mehr, das heisst, dass eine buchstabengetreue Umsetzung solcher Vorlagen eben nicht immer im Voraus garantiert werden kann. Denn nach der Annahme wird eine Bestimmung als Teil der Bundesverfassung gelesen und ausgelegt, womit auch völkerrechtliche Bestimmungen und widersprechende Verfassungsartikel Anwendung finden können (Keller et al. 2008: 140). Diesbezügliche Erwägungen waren auch der Grund dafür, dass die Umsetzung des Verfassungsartikels erst nach einer dreijährigen Debatte angegangen werden konnte. Die Rechtskommission des Nationalrates hatte sich zunächst gegen das Ausführungsgesetz gewandt (Das Parlament 2006).

4 Spannungsabbau zwischen Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat

Zwar ist man sich weitgehend einig, dass in Zukunft nachträgliche „Zurechtbiegungen“ (Auer 2008: 15) von angenommenen Initiativen wie im Fall der Verwahrungsinitiative zu verhindern sind, weil dadurch die Unsicherheit über den Inhalt getroffener Volksentscheide wächst und letztlich die Legitimität der direkten Demokratie Schaden nimmt (Schoch 2008). Wie die in letzter Zeit offener zu Tage getretenen Spannungen zwischen mehrheitsdemokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien abgeschwächt werden können, ist hierbei die grosse Frage. Die Antworten darauf sind unterschiedlich und lassen sich anhand der zugrundeliegenden demokratiethoretischen Überlegungen auf einer Achse mit den Polen „Mehrheitsdemokratie“ und „Rechtsstaat“ verorten (Abbildung 2, Seite 16).

Abbildung 2: Vorschläge zum Abbau der Spannungen zwischen Mehrheitsdemokratie und Rechtsstaat



4.1 Unbedingte Wahrung der Volkssouveränität

Eine Position, die in der Regel von den Initianten der umstrittenen Begehren vertreten wird, vertritt den Vorrang der Volkssouveränität vor rechtsstaatlichen und völkerrechtlichen Normen. Auf die Folgen dieser Position für die Legitimität eines demokratischen Rechtsstaates wurde bereits in der Diskussion des republikanischen Ansatzes von Rousseau hingewiesen (Kapitel 2.3.1). Darüber hinaus trägt diese Position der zunehmenden Verflechtung zwischen Innen- und Aussenpolitik keine Rechnung. Die grenzüberschreitenden sozialen Interaktionen sind im Zuge der Globalisierung zahlreicher und dichter geworden, und das nationale Recht wird zunehmend in ein inter- und supranationales Rechtsumfeld eingebettet. Faktisch gibt es zu den bestehenden Strukturen des Völkerrechts keine Alternative. „Ein Austritt aus den von den Staaten bisher akzeptierten grossen Vertragswerken und internationalen Organisationen (...) wird selbst von eifrigen Völkerrechtsskeptikern – obwohl logische Folgerung ihrer Rhetorik – wohl nicht im Ernste gefordert“ (Thürer 2007). Der zweifellos grossen Herausforderung für die direkte Demokratie, die aus der internationalen Verflechtung erwächst, kann durch ein „Zurück“ und das kompromisslose Verfechten einer unbedingten Volkssouveränität nicht begegnet werden. Zudem sei darauf hingewiesen, dass das Völkerrecht nach wie vor auf der Zustimmung von Staaten beruht und in den Staaten verankert sein muss, was in der Schweiz in aller Regel ja auch der Fall ist.

4.2 *Deliberative Strategie: Enge Auslegung des zwingenden Völkerrechts*

Die aktuelle Praxis von Bundesrat und Parlament steht für eine enge Auslegung des zwingenden Völkerrechts, so dass nach dem Prinzip *in dubio pro populo* möglichst alle Initiativen dem Volk vorgelegt werden. Eine weite Auslegung könnte aus dieser Sicht dazu führen, dass politisch unliebsame Volksbegehren willkürlich für ungültig erklärt werden und nicht zur Abstimmung gelangen (Fontana 2008). Im Unterschied zu Vertretern der absoluten Volkssouveränität wird hier betont, dass die Grundrechte nicht verhandelbar seien. Sie müssten sich aber in der konkreten Auseinandersetzung immer wieder bewähren (Humanrights.ch 2009). Gemäss Offe besteht die Bindungskraft der obersten Verfassungsentscheide nicht in ihrer Unumstösslichkeit, sondern „umgekehrt gerade darin, dass sie sich dem Test ihrer eigenen Rationalität und damit Stabilität aussetzen und ihn laufend bestehen“ (Offe 1984: 151). Solche Normen seien eigentümlicherweise gleichzeitig fraglos gültig und kontinuierlich in Frage gestellt. Er argumentiert damit in der liberal-aufklärerischen Tradition etwa eines John Stuart Mill, die davon ausgeht, dass sich „wahre“ Normen nur durch die beständige Rivalität mit „falschen“ Normen als „wahr“ bestätigen (ebd.).

Habermas setzt den Schwerpunkt etwas anders und geht davon aus, dass eine Verfassung nie fertig geschrieben ist und daher nicht als abgeschlossenes Gebilde, sondern als „anfälliges, irritierbares, vor allem fehlbares und revisionsbedürftiges Unternehmen“ (Habermas 1992: 464) zu konzipieren sei. Weil einerseits auch demokratisch illegitime Grundsätze in eine Verfassung gelangen und sich andererseits die grundlegenden Werte einer Gesellschaft langfristig verschieben können, sei ihre Abänderbarkeit Ausdruck davon, dass der „eigentliche Gehalt“ der legitimen Verfassung letztlich nie erreicht ist, sondern als normatives Ideal immer wieder zu einer Angleichung von „Faktizität und Geltung“ führt (So der Titel des Buches. Ebd.).

Voraussetzung ist dabei immer, dass dem Stimmvolk zugetraut wird, die Wichtigkeit von rechtsstaatlichen und völkerrechtlichen Normen zu würdigen und dementsprechend Initiativen abzulehnen, die diese Normen verletzen. So weist der Bundesrat im aktuellen Beispiel der Minarettinitiative, über die am 29. November 2009 abgestimmt wird, auf die klaren Verstösse gegen mehrere international garantierte Menschenrechte hin, weshalb die Initiative abzulehnen sei (Bundesamt für Justiz 2009). All die verletzten Normen – beispielsweise die Religionsfreiheit – gehören aber nach der aktuellen Auslegung nicht zum *jus cogens*, weshalb die Initiative gültig ist (Schaer 2008: 1133-1138).

Im Fall der Einbürgerungsinitiative von 2008 ist diese Strategie aus Sicht der Bundesbehörden aufgegangen. Sie wurde abgelehnt, und zwar wesentlich aufgrund ihrer rechtsstaatlich fragwürdigen Konsequenzen, wie eine Analyse des Abstimmungsverhaltens gezeigt hat

(Engeli et al. 2008). Bei der bereits angesprochenen Verjährungsinitiative von 2004 war das Resultat bekanntlich gerade umgekehrt, wobei die unterlegene Gegnerschaft auch hier vor allem rechtsstaatliche Gründe für ihre Ablehnung der Initiative geltend machte (Hirter/Linder 2004). Im Fall der thematisch ähnlich gelagerten und ebenfalls angenommenen Unverjährbarkeitsinitiative von 2008 wurde demgegenüber festgestellt, dass sich die Befürworter den rechtsstaatlichen Mängeln der Vorlage durchaus bewusst waren (Krömmer et al. 2009).

Es gibt also keine Garantie dafür, dass eine Mehrheit des Volkes rechtsstaatliche Normen in jedem Fall hoch genug gewichtet. Damit droht bei der Umsetzung solcher umstrittener Initiativen, die angenommen werden, weiterhin eine ähnlich problematische Lage wie bei der Verjährungsinitiative.

4.3 Einbau von Gültigkeitsschranken in der Verfassung

Wenn das Parlament lediglich vor der Abstimmung deutlich auf grund- und völkerrechtliche Probleme bei der Umsetzung hinweisen kann und danach allenfalls angenommene Vorlagen pragmatisch „zurechtbiegen“ muss, um volks- und völkerrechtliche Aspekte fallweise in Übereinstimmung zu bringen, ist das keine befriedigende Lösung (Schoch 2008) – weder für die Demokratie noch für den Rechtsstaat. Aus diesem Grund folgte der Nationalrat im März 2009 den meisten Völkerrechtlern und der nationalrätlichen Rechtskommission: Er überwies dem Bundesrat eine parlamentarische Initiative (Daniel Vischer, Grüne, NR ZH), wonach eine Volksinitiative dann ungültig zu sein habe, wenn sie materiell gegen den Grundrechtsschutz und gegen Verfahrensgarantien des Völkerrechtes verstösst (Amtliches Bulletin 2009). Schranken für Verfassungsrevisionen sollen also in der Verfassung verankert werden und nicht mehr nur aus dem *jus cogens* abgeleitet werden können (obwohl die elementaren Verfassungsnormen diesem entsprechen). Dabei ist allerdings die Frage zu beantworten, welche Völkerrechtsverträge – unkündbare Verträge von erheblicher Tragweite? Faktisch unkündbare Verträge von erheblicher Tragweite? – als Schranken gelten sollen. Je nachdem würden dann die Volksrechte zugunsten der Rechtsstaatlichkeit mehr oder weniger geschwächt (Keller et al. 2008: 134-141, Auer 2008).

4.4 Gültigkeitsprüfung von Initiativen durch rechtliche statt politische Instanz

Noch weiter gehen Vertreter einer institutionellen Bereinigung der Gültigkeitsprüfung von Initiativen. Zwar sei der Schutz liberaler Freiheiten durch die verfassungsrechtlichen Schranken für die Verfassungsrevision nicht mehr auf übernationale Menschenrechtsgarantien angewiesen. Wenn aber nach wie vor die Bundesversammlung die Gültigkeitsprüfung durchführe, sei die Gewaltenteilung nicht gewahrt. Darüber hinaus sei sie als politisches Organ nicht für die komplexen rechtlichen Einschätzungen geeignet. Denn die Kriterien zur Gültigkeit einer Volksinitiative sind prinzipiell rechtlicher Natur, weshalb sie gemäss Rechtswegegarantie dem Bundesgericht unterliegen sollten (Keller et al. 2008: 125/138, Auer 2008: 15). Als schwache Variante wäre zumindest die Schaffung einer unabhängigen juristischen Fachkommission denkbar, die der Bundesversammlung beratend zur Seite steht (Dutoit et al. 2007: 432-433).

4.5 Echte Verfassungsgerichtsbarkeit

Verfechter der Einführung einer echten Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz sehen eine institutionelle Bereinigung nur als Zwischenschritt an. Denn, so fragen sie: Wenn Volksinitiativen vom Bundesgericht auf den verfassungskonformen Gehalt geprüft werden können, müssten dann nicht auch Gesetze einer Verfassungsprüfung unterliegen, die das Parlament beschliesst (Auer 2008:15)? Die Erhebung des Bundesgerichts in den Rang eines Verfassungsgerichts würde die als problematisch erachtete Lücke in der Schweizerischen Rechtsstaatlichkeit schliessen. Denn das Bundesgericht prüfe aktuell das Bundesrecht nicht konsequent genug auf dessen Vereinbarkeit mit der EMRK (Nay 2008: 28-29). Und auch wenn völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Normen der Schweiz weitestgehend kompatibel sind: Für die Lösung von Kollisionen dazwischen existiert zur Zeit keine kohärente rechtliche Handhabe. Diese Erwägungen spielten auch in der Staatpolitischen Kommission des Nationalrates bei der Diskussion der parlamentarischen Initiative Vischer eine Rolle (Staatpolitische Kommission 2009).

Eine echte Verfassungsgerichtsbarkeit würde dazu führen, dass Rechtsakte unabhängig von der Entscheidungsinstanz behandelt und das Volk dem Parlament in der Rechtssetzung gleichgesetzt wird. Die Prüfung müsste allerdings für eine effektive Gleichbehandlung konsequenterweise jeweils *nach* und nicht *vor* der Verabschiedung stattfinden, weshalb nach wie vor auch strittige Initiativen vor das Volk gelangen könnten (Auer 2008). Damit bleibt aber

das Problem bestehen, dass über die Gültigkeit eines direktdemokratischen Entscheids jeweils erhebliche Unsicherheit besteht, womit das Volk sich bei einer Häufung solcher Fälle nicht ernst genommen fühlen wird (Keller et al. 2008: 126).

5 Fazit und Ausblick

Politische und bürgerliche Freiheiten sind in liberalen Demokratien wechselseitig aufeinander bezogen und in allen Staaten dieses Typs mehr oder weniger verwirklicht. Die Mehrheitsdemokratie sichert das politische Recht auf die Teilnahme an den kollektiven Entscheidungen. Die bürgerlichen Freiheiten werden in den Prinzipien des Rechtsstaats verwirklicht. Sie bestehen zum einen aus prozeduralen Garantien, die sicherstellen, dass die vorgängige Meinungsbildung frei und fair abläuft. Zum anderen begrenzen inhaltliche Garantien den Geltungsbereich von kollektiven Entscheiden. Grundlegende Menschenrechte müssen einer Revidierbarkeit durch die Mehrheit entzogen sein, damit die politische Ordnung für das Individuum zustimmungswürdig wird. In der anforderungsreichen und potentiell widersprüchlichen Balance zwischen der Mehrheitsdemokratie und bürgerlichen Freiheitsrechten bevorzugt die Schweiz das demokratische Element. Dies hängt, wie gezeigt wurde, mit der starken direkten Demokratie – das Volk figuriert neben dem Parlament als gesetzgebende Instanz – bei einer gleichzeitig schwachen Verfassungsgerichtsbarkeit zusammen. Das bedeutet, dass die Gerichte auch verfassungswidriges Bundesrecht anwenden müssen, obwohl das Bundesgericht seit den 1990er Jahren Bundesgesetze teilweise auf ihre Konformität mit der EMRK überprüft und ihnen bei Widrigkeit die Anwendung versagt.

Bei Verfassungsänderungen via Initiativen gibt es nur eine materielle Schranke, die zu deren Ungültigkeit führen kann: Das zwingende Völkerrecht (*jus cogens*). Bundesrat und Parlament folgen aktuell dem Prinzip *in dubio pro populo* und legen das zwingende Völkerrecht eng aus, so dass nur die elementarsten völkerrechtlichen Normen darunterfallen und Initiativen auch bei Unvereinbarkeiten mit „einfachen“ Menschenrechten, die in der Schweizerischen Bundesverfassung festgeschrieben sind, zur Abstimmung gelangen. Wie im Fall der Verwahrunginitiative geschehen, wird in einem solchen Fall eine menschenrechtskonforme Umsetzung höchstwahrscheinlich nur durch nachträgliches Anpassen der Vorlage möglich.

Der Spannung zwischen Mehrheitsdemokratie und bürgerlichen Freiheitsrechten, die in letzter Zeit zugenommen hat, ist nicht mit einer Patentlösung beizukommen. Die aktuelle Praxis be ruht sich auf die deliberative Tradition und postuliert, dass sich die höchsten Verfassungsnormen immer wieder vor dem Volk bestätigen müssen – und bestätigt werden, weil dieses ein

feines Sensorium für die elementaren Normen des Zusammenlebens besitzt. In der Regel mag dies stimmen; wenn aber in nächster Zeit trotzdem vermehrt menschenrechtswidrige Initiativen angenommen werden sollten – wogegen es keine Garantie gibt –, die nur in angepasster Form umgesetzt werden können, nimmt die Legitimität der direkten Demokratie Schaden.

Problematisch an der aktuellen Situation ist, dass durch die fehlenden Grundrechtsgarantien auf der nationalen Ebene die Menschenrechte letztlich nur durch zwingende Völkerrechtsnormen geschützt sind, der Menschenrechtsschutz also gewissermassen „outgesourct“ ist (Auer 2008). Insofern wäre es rechtsstaatlich angebracht, die Verfassungsgerichtsbarkeit auch in der Schweiz einzuführen und gewisse Grundrechte dem Zugriff des Souveräns zu entziehen. Selbstverständlich bräuchte es dafür einen Volksentscheid. Die Praxis eines wie auch immer ausgestalteten Verfassungsgerichts müsste aber wohldosiert sein und sollte die Einschränkungen der Volksrechte keinesfalls zu weit auslegen, um die Substanz der direkten Demokratie nicht zu gefährden.

Einrichtungen wie die direkte Demokratie oder die Verfassungsgerichtsbarkeit erzielen ihre Wirkung immer zusammen mit dem umgebenden Institutionengefüge, das in der Regel historisch gewachsen und fein austariert ist (Armingeon 2004). Genauso wie die direkte Demokratie wohl nicht ohne Probleme in Deutschland eingeführt werden könnte und ihre Wirkungen im deutschen institutionellen Umfeld anders wären, lässt sich auch nicht mit Bestimmtheit sagen, wie sich die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz auswirken würde. Schmidt ist jedenfalls skeptisch:

Es „...entstünden grösste Spannungen, wenn eine Direktdemokratie nach Schweizer Art mit dem Primat der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit nach deutscher Spielart zusammenfliessen und auf diese Weise die ‚Volksouveränität‘ mit der ‚Verfassungssouveränität‘ (Abromeit 1995) aneinander geriete.“ (Schmidt 2000: 372)

Aber ob Volks- oder Verfassungssouveränität: Tatsache ist, dass die rasant zunehmende internationale Verflechtung und Verrechtlichung die Souveränität nationalstaatlicher Institutionen wenn nicht erodiert, so doch herausfordert. Durch die Reallokation von politischer Autorität verändert sich die Art und Weise, wie kollektiv verbindliche Entscheidungen gesetzt und durchgesetzt werden. Entscheidungen kommen zunehmend nicht mehr hierarchisch durch einen letztinstanzlichen Souverän, sondern durch informelles *bargaining* und *arguing* zwischen Delegierten zustande (Zürn 1998: 92). Nationalstaaten sind damit zunehmend in ein Interdependenzgeflecht eingebunden, aus dem sie sich faktisch nicht mehr loslösen können.

Allerdings wäre die Verabsolutierung der internationalen Verpflichtungen ebenso falsch wie diejenige des Initiativrechts und der Volkssouveränität (Keller et al. 2008: 154). In der post-modernen Unübersichtlichkeit gibt es eher geteilte als ungeteilte Souveränitäten, was grundsätzlich weder gut noch schlecht ist, sondern schlicht die bis anhin bekannten Institutionen und Theorien in Frage stellt. Vielleicht sind ja in einer solchen Welt die Spannungen zwischen den beiden höchsten Legitimationszielen moderner politischer Gemeinschaften – den bürgerlichen und politischen Freiheiten des Individuums – ähnlich gut oder besser aufzulösen als im vertrauten Umfeld polyarchischer Nationalstaaten. Suchen wir nach Möglichkeiten dafür.

6 Bibliografie

6.1 Fachliteratur

- Abromeit**, Heidrun 1995: Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität: Drei Realmodelle der Legitimation staatlichen Handelns. In: *Politische Vierteljahresschrift* 36, 49-66.
- Armingeon**, Klaus 2004: Direkte Demokratie und Demokratie in Europa. In: *LEGES* 3, 59-72.
- Auer**, Andreas 2008: *Statt Abbau der Volksrechte – Ausbau des Rechtsstaates. Völkerrechtswidrige Volksinitiativen als Anstoss zum Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit*. In: Neue Zürcher Zeitung, 10.09.2008, 15.
- Becker**, Michael et al. 2001: Die Demokratie und das Recht. Beiträge zu Theorie und Praxis politisch-rechtlicher Selbstbestimmung. In: Ders. (Hrsg.): *Rechtsstaat und Demokratie: Theoretische und empirische Studien zum Recht in der Demokratie*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 7-21.
- Bobbio**, Norberto 1984: Die Mehrheitsregel: Grenzen und Aporien. In: Guggenberger, Bernd/Offe, Claus (Hrsg.): *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 108-131.
- Dahl**, Robert 1975: *Und nach der Revolution?* Frankfurt: Campus.
- De Tocqueville**, Alexis 1835/1976: *Über die Demokratie in Amerika*. München: Deutscher Taschenbuch Verlag.
- Dutoit**, Bernard et al. 2007: Volksinitiativen: Gefahren des Missbrauchs. Vorwort der Herausgeber. In: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (1), 429-434.
- Engeli**, Isabelle et al. 2008: *Analyse der eidgenössischen Abstimmungen vom 1. Juni 2008*. URL: <http://www.polittrends.ch/abstimmungen/abstimmungsanalysen/vox-analysen/080601d.html> [02.09.2009]
- Fontana**, Katharina 2008: *Völkerrechtswidrig, aber gültig. Bundesrätliche Absage an die Anti-Minarett-Initiative*. In: NZZ Online, 28.08.2008. URL: http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/voelkerrechtswidrig_aber_gueltig_1.817423.html [02.09.2009]
- Habermas**, Jürgen 1992: Deliberative Politik – ein Verfahrensbegriff der Demokratie; Zur Rolle von Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit. In: Ders.: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 349-467.
- Häfelin**, Ulrich/**Haller**, Walter 2005: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Zürich: Schulthess.
- Hirter**, Hans/**Linder**, Wolf 2004: *Analyse der eidgenössischen Abstimmungen vom 8. Februar 2004*. URL: <http://www.polittrends.ch/abstimmungen/abstimmungsanalysen/vox-analysen/040802d.html> [02.09.2009]
- Hobbes**, Thomas 1651/1966: *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Keller**, Helen et al. 2008: Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung. In: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 109(3), 121-154.

- Krömmer**, Oliver et al. 2009: *Analyse der eidgenössischen Abstimmungen vom 30. November 2008*. URL: <http://www.polittrends.ch/abstimmungen/abstimmungsanalysen/vox-analysen/081130d.html> [02.09.2009]
- Linder**, Wolf 2002: Direkte Demokratie. In: Klöti, Ulrich et al. (Hrsg.): *Handbuch der Schweizer Politik*. Zürich: Verlag NZZ, 109-130.
- Linder**, Wolf 2005: *Schweizerische Demokratie. Institutionen, Prozesse, Perspektiven*. Bern/Stuttgart/Wien: Haupt.
- Marshall**, Thomas H. 1992: Staatsbürgerrechte und soziale Klassen. In: Ders.: *Bürgerrechte und soziale Klassen: Zur Soziologie des Wohlfahrtsstaats*. Frankfurt a. M.: Campus, 33-94.
- O'Donnell**, Guillermo 1999: Horizontal Accountability in New Polyarchies. In: Schedler, Andreas et al. (Hrsg.): *Institutionalizing Accountability*. Boulder, 29-51.
- Offe**, Claus 1984: Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung? In: Guggenberger, Bernd/Offe, Claus (Hrsg.): *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 150-183.
- Reus-Smit**, Christian 2004: The Politics of International Law. In: ders. (Hrsg.): *The Politics of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 14-44.
- Rousseau**, Jean-Jacques 1762/2003: *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts*. Stuttgart: Reclam.
- Sartori**, Giovanni 1984: Selbsterstörung der Demokratie? Mehrheitsentscheidungen und Entscheidung in Gremien. In: Guggenberger, Bernd/Offe, Claus (Hrsg.): *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 83-107.
- Schaer**, Alexander 2008: Das Minarett im (politischen) Kreuzfeuer. Rechtliche Überlegungen anlässlich der Einreichung der „Minarettinitiative“. In: *Aktuelle Juristische Praxis*, 1133-1138.
- Scharpf**, Fritz W. 1970: *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*. Konstanz.
- Schmidt**, Manfred G. 2000: *Demokratiethorien*. Opladen: Leske+Budrich.
- Schoch**, Claudia 2008: *Volk oder Richter – wenn keiner das letzte Wort hat*. In: NZZ Online, 13.09.2008. URL: http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/volk_oder_richter_wenn_keiner_das_letzte_wort_hat_1.830503.html [02.09.2009]
- Schumpeter**, Josef A. 1993: Die klassische Lehre der Demokratie; eine andere Theorie der Demokratie. In: Ders.: *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*. 7. Auflage. Tübingen/Basel: UTB, 397-450.
- Simmel**, Georg 1983: Exkurs über die Überstimmung. In: *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*. 6. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 142-147.
- Thürer**, Daniel 2007: *Wer hat Angst vor dem Völkerrecht? Wer vor den Volksrechten? Keine unlösbaren Widersprüche, sondern gegenseitige Stärkung*. In: Neue Zürcher Zeitung, 21.08.2007. URL: http://www.unser-recht.ch/fileadmin/user_upload/nzz_thuerer_070817.pdf [02.09.2009]
- Vatter**, Adrian 2008: Vom Extremtyp zum Normalfall? Die schweizerische Konsensusdemokratie im Wandel: Ein Re-Analyse von Lijpharts Studie für die Schweiz von 1997 bis 2007. In: *Swiss Political Science Review* 14(1), 1-47.
- Von Hayek**, Friedrich August 1983: Die Herrschaft der Mehrheit. In: Ders.: *Die Verfassung der Freiheit*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr, 125-143.
- Weber**, Max 1972: Parteiwesen und Parteiorganisation; Das Parlament als Staatsorgan und das Problem der Verwaltungsöffentlichkeit. Die Aufgabe der Führerauslese; Parlamentarismus und Demokratie. In: Ders.: *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. Auflage. Tübingen: Mohr, 837-868.
- Zürn**, Michael 1998: *Regieren jenseits des Nationalstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

6.2 Rechtstexte und Dokumente

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand: 30. November 2008) (BV).

URL: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/101/index.html> [02.09.2009]

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK). URL:

<http://www.admin.ch/ch/d/sr/i1/0.101.de.pdf> [02.09.2009]

Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (VRK). URL:

http://www.admin.ch/ch/d/sr/0_111/ [02.09.2009]

Amtliches Bulletin 2009: *Parlamentarische Initiative 07.477. Vischer Daniel. Gültigkeit von Volksinitiativen.*

Protokoll der Beratung vom 11.03.2009. URL:

http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4807/292787/d_n_4807_292787_292967.htm [02.09.2009]

Bundesamt für Justiz 2009: *Minarette.* URL:

http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_minarettverbot.html
[02.09.2009]

Das Parlament 2006: *Kein Gesetz zur Verwahrunginitiative. Für die Nationalratskommission geht das Völkerrecht vor.* URL: http://www.parlament.ch/d/mm/2006/seiten/mm_2006-11-24_999_01.aspx [02.09.2009]

Freedom House 2009: *Methodology.* URL:

http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=351&ana_page=354&year=2009 [02.09.2009]

Geschäftsdatenbank des Parlamentes 2009: *Parlamentarische Initiative 07.477. Gültigkeit von Volksinitiativen.*

URL: http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20070477 [02.09.2009]

Humanrights.ch 2009: *Parlament erklärt Minarettinitiative für gültig.* URL:

http://www.humanrights.ch/home/de/Schweiz/Politik/Gruppen/Kulturelle/idart_6023-content.html [02.09.2009]

Schweizerische Bundeskanzlei o.J.: *Volksinitiativen.* URL:

<http://www.bk.admin.ch/themen/pore/vi/index.html?lang=de> [02.09.2009]

Staatspolitische Kommission 2009: *Parlamentarische Initiative 07.477. Gültigkeit von Volksinitiativen. Bericht der Staatspolitischen Kommission vom 22. Januar 2009.* URL:

http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2007/d_bericht_n_k11_0_20070477_0_20090122.htm [02.09.2009]
